SUOMALAISEN LAKIMIESYHDISTYKSEN JULKAISUJA
A-sarja N:o 314

Outi Anttila

KOHTI TOSIASIALLISTA TASA-ARVOA?

Sukupuolisyrjinnän kiellot oikeudellisen pluralismin aikana

Kohti tosiasiallista tasa-arvoa?

SUOMALAISEN LAKIMIESYHDISTYKSEN JULKAISUJA
A-sarja N:o 314

Outi Anttila

Kohti tosiasiallista tasa-arvoa?

Sukupuolisyrjinnän kiellot oikeudellisen pluralismin aikana

Yliopistollinen väitöskirja, joka Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan suostumuksella esitetään julkisesti tarkastettavaksi Calonian luentosalissa 1, lauantaina 17.8.2013 klo 12.

With an English abstract

SUOMALAINEN LAKIMIESYHDISTYS • HELSINKI 2013

Tilausosoite
Suomalainen Lakimiesyhdistys
Kasarmikatu 23 A 17
00130 Helsinki
p. (09) 6120 300
f. (09) 604 668
toimisto@lakimiesyhdistys.fi
www.lakimiesyhdistys.fi

Verkkokirjan ISBN 978-951-855-469-4

© 2013 Suomalainen Lakimiesyhdistys ja Outi Anttila

ISSN-L 0356-7206
ISSN 0356-7206
ISBN 978-951-855-328-4

Oy Nord Print Ab, Helsinki 2013

Esipuhe

Syksyllä 2008 odotin toisen poikani Jaakon syntymää kirjoittaessani esipuhetta lisensiaatintutkimukseen, joka toimi tämän väitöskirjan aihiona. Esipuheessa purin tuskaani näin:

> ”Tämä lisensiaatintutkimus syntyi vahingossa. Tämän kesän oli tarkoitus olla viimeinen ennen väitöskirjan loppurutistusta, mutta elämässä hyvin harvoin asiat menevät niin kuin on suunnitellut. Tutkimusalani, EU:n tasa-arvo-oikeuden, keskiössä on sukupuolten tasa-arvo työelämässä. En tiedä kuinka suhtautua siihen, että oma työni, väitöskirjaprosessini, kerta toisensa jälkeen keskeytyy naisen ikiaikaisen Suuren Tehtävän edessä. Tiedän kuitenkin, että tutkimustyötä tehdessäni olisin silti joka ikinen päivä katsellut mieluummin myyränkoloja kanssasi Kalle, istunut kannonnokassa syömässä eväitä, lauleskellut hämähäkeistä ja mörrimöykyistä, taistellut kurahaalareista. Omistan tämän lisensiaatintutkimuksen äidilleni, joka lauloi mörrimöykyt puolestani.”

Nyt tuosta Kallesta on tulossa koululainen, ja kymmenen vuotta kypsytelty väitöskirja on valmis. Väitöskirjaprojektini venyi, sillä halusin olla läsnä myös pienille pojilleni. Samalla tulin pohtineeksi paljon sitä, mitä minun feminismini on. Tarkoittaako feminismi vain sitä, että naiset vapautetaan nyrkin ja hellan välistä, köyhdyttävien kakkavaippojen ja kurahousujen keskeltä taloudellisen itsenäisyyden turvaavaan työelämään? Vai voiko se olla jotakin muuta(kin)? Itse kuulin väitöskirjatyön tiiviimmissä vaiheissa liian monta kertaa kysymyksen: ”Äiti, miksi sä teet aina vaan töitä?” Koin vahvasti, että feminismillä, joka mittaa tasa-arvon toteutumista vain taloudellisin ja työllisyyteen liittyvin mittarein, maksetaan liian kova hinta.

Tasa-arvo voidaan ymmärtää monella eri tavalla. Sen on todettu saavan sisältönsä tietyssä ajassa ja paikassa, tietyn poliittisen ja oikeudellisen määrittelyn tuloksena. Ei ole ollut aivan yksinkertainen tehtävä selvittää, mitä tasa-arvo minulle merkitsee. Yksinkertainen tehtävä ei ole ollut myöskään selvittää sukupuolisyrjinnän kieltojen sisältöä. Kun puhutaan sukupuolisyrjinnästä, juristi etsii lakikirjasta ensimmäiseksi tasa-arvolain. Lain säännösten tulkinnassa taas EU-oikeuden tuntemuksella on suuri merkitys. Näillä pääseekin jo pitkälle. Syrjinnän kielto on kuitenkin myös tärkeä perus- ja ihmisoikeus. Tämä usein unohtuu, vaikka jokainen juristi sen periaatteessa tietääkin. Näkökulman laajentaminen on kuitenkin vaikeaa. Kaikkien relevanttien oikeudenalojen ja niiden yleisten oppien haltuunotto on nuorelle väitöskirjatutkijalle mahdoton tehtävä. Erilaisten doktriinien huomioon ottaminen on kuitenkin välttämätöntä, vaikka se olisikin vaikeaa ja tarkoittaisi altistumista kritiikille. Oikeudellisen

pluralismin aikana on vain tehtävä parhaansa ja tyydyttävä vähemmän täydelliseen suoritukseen.

Käsitykseni tasa-arvosta on muovautunut pitkälti ympäröivien ihmisten vaikutuksesta. Minulla on ollut etuoikeus saada työskennellä monitieteisessä tasa-arvo-osaajien tiimissä. Yhteisestä lukupiiristä vuonna 2004 alkunsa saanut yhteistyö johti vuosien edetessä yhteisiin tutkimushankkeisiin, joissa oli mahdollista yhdistää oikeustieteellinen ja yhteiskuntatieteellinen näkökulma tasa-arvoon ja syrjintään. Aluksi oli yllättävää, miten eri tavalla puhuimme samoista käsitteistä. Kesti vuosia, ennen kuin opimme ymmärtämään toistemme kieltä. Tästä pluralismista oli toki vain hyötyä: uudet näkökulmat tunnetusti auttavat näkemään asioita uudella tavalla. Suuri kiitos teille Genie-naiset Kevät Nousiainen, Anu Pylkkänen, Anne Holli, Johanna Kantola, Milja Saari, Linda Hart, Eeva Raevaara, Marjo Rantala, Venla Roth ja ne lukuisat muut, jotka ovat olleet vuosien varrella tiimissä mukana. En olisi voinut saada parempaa johdatusta tasa-arvoon. En myöskään olisi voinut saada parempaa työnohjaajaa kuin Kevät, joka on kärsivällisesti jaksanut jakaa viisauttaan välillä rautalangasta väntäen, hankkeeni onnistumiseen luottaen ottanut minut mukaan moniin tutkimusprojekteihinsa ja kannustanut eteenpäin omaan länsisuomalaiseen tyyliinsä. Suuret kiitokset Kevät! Myös Miljaa haluan muistaa erityiskiitoksella kiinnostavista ja voimaannuttavista keskusteluista, iloisesta matkaseurasta ja työhuoneen jakamisen riemuista vuosia sitten. Miten kävisikään tasa-arvolle ilman sinua!

Väitöskirjan esitarkastusvaiheella on suuri merkitys siinä vaiheessa, kun omasta tekstistään ei enää erota metsää puilta. Kiitän esitarkastajiani Liisa Niemistä ja Jorma Saloheimoa kannustavasta kritiikistä, joka auttoi huomaamaan työn heikkoudet ja vahvuudet. Liisa Niemistä kiitän lupautumisesta vastaväittäjäkseni. Tutkimustyöni on mahdollistanut Suomen Kulttuurirahasto, Suomen Akatemia ja Työsuojelurahasto, joita kiitän saamastani taloudellisesta tuesta. Kiitos Suomalaiselle Lakimiesyhdistykselle, joka otti väitöskirjani julkaisusarjaansa, sekä Pipsa Kostamolle, jonka ansiosta kirja on saatu painokuntoon.

Aloitin auskultoinnin Pirkanmaan käräjäoikeudessa huhtikuussa 2012. Tämän jälkeen ilmestynyttä oikeuskirjallisuutta ja oikeuskäytäntöä olen voinut ottaa tutkimuksessa huomioon vain rajoitetusti. Pirkanmaan käräjäoikeuden käräjänotaareita haluan kiittää tsemppauksesta väitöskirjatyön viime metreillä. Olette mahtavia! Kiitokset myös niille tuomareille, joiden käytännön työtä seuraten opin oikeudellisesta ratkaisutoiminnasta enemmän kuin tutkijankammiossa koskaan olisi mahdollista. Hannele Stenforsia kiitän Oikeudenjumalatar Themistä esittävästä piirroksesta, jonka sain väitöskirjani sivuille.

Väitöskirja ei olisi koskaan valmistunut ilman kaikkein läheisimpiä. Suurimmat kiitokset kuuluvat vanhemmilleni Kaisa ja Jukka Alarodulle. Kiitos kaikesta teiltä saamastani kannustuksesta, henkisestä ja taloudellisesta tuesta, käytännön avusta sekä hyvän elämän eväistä näiden vuosien ja vuosikymmenten var-

rella. Mikaa haluan kiittää taloudellisesta panostuksesta ja kaikenlaisesta venymisestä ja joustamisesta näinä routavuosina. Kiitos että olet edelleen siinä. Kiitokset myös Mikan vanhemmille Terttu ja Jorma Anttilalle. Ystäviäni kiitän ilojen ja surujen jakamisesta sekä arjen pienistä irtiotoista, joiden avulla olemme pitäneet toisiamme pystyssä silloinkin, kun voimat ovat olleet vähissä.

Suuria elämänviisauksia voi joskus löytää myös naistenlehdistä. Olivia-lehden päätoimittaja Niina Leino kirjoitti pääkirjoituksessaan 26.9.2011, ettei suuritöisen projektin onnistuminen ole vain yksi iso ponnistus vaan monta pientä pakerruksen hetkeä. ”Voi tuntua raskaalta kuoria potut sadan hengen juhliin, mutta ei se mahdotonta ole. Istut vain alas ja alat kuoria. Peruna kerrallaan.” Nyt on perunat kuorittu eikä äiti enää aio tehdä aina vaan töitä. Sitä se minun feminismini on.

Toukokuun toisena sunnuntaina vuonna 2013

Outi Anttila

Sisällys

ESIPUHE V
SISÄLLYS IX
LÄHTEET XV
LYHENTEET XLIII

I JOHDANTO 1

1 TUTKIMUKSEN LÄHTÖKOHDAT 3

2 TUTKIMUSKYSYMYKSET 11

3 AIKAISEMPI TUTKIMUS JA TUTKIMUKSEN RAKENNE 15

II OIKEUDENMUKAISUUS, YHDENVERTAISUUS, TASA-ARVO JA SYRJINTÄ 17

1 OIKEUDENMUKAISUUS YHDENVERTAISUUTENA JA FEMINISTINEN KRITIIKKI 19
1.1 Liberaalifeminismi 20
1.2 Radikaalifeminismi 22
1.3 Sukupuolten välistä eroa korostava feminismi 24
1.4 Pohjoismainen feminismi 25
1.5 Samanlaisia vai erilaisia… 26
1.6 … vaiko sittenkin moninaisia? 28

2 JOHN RAWLSIN OIKEUDENMUKAISUUSTEORIA 31
2.1 Keskeiset elementit 32
2.2 Feministinen kritiikki 37

3 OIKEUDELLINEN YHDENVERTAISUUDEN KÄSITE 45
3.1 Muodollinen yhdenvertaisuus 46
3.2 Tosiasiallinen tasa-arvo 47
3.2.1 Tulosten tasa-arvo 48
3.2.2 Mahdollisuuksien tasa-arvo 49
3.2.3 Tosiasiallisen tasa-arvon neljä ulottuvuutta 50
3.2.3.1 Resurssien tasaamista koskeva ulottuvuus ... 50
3.2.3.2 Yhtäläistä ihmisarvoa korostava ulottuvuus ... 51

3.2.3.3 Transformatiivinen ulottuvuus 52
3.2.3.4 Osallistava ulottuvuus 53
3.3 Yhdenvertaisuuden ja tasa-arvon suhde syrjinnän kieltoon ... 54
3.3.1 Kolikon kaksi eri puolta? 54
3.3.2 Syrjinnän kiellon jaotteluja 58
3.3.3 Syrjinnän kiellon suhde korjaavaan ja jako-oikeudenmukaisuuteen 60
3.4 Yhdenvertaisuuden ja syrjinnän kiellon suhde muihin tasa-arvo-oikeuden käsitteisiin 61
3.4.1 Tasa-arvon edistämisvelvoitteet 62
3.4.2 Positiivinen erityiskohtelu 65
3.5 Kokoavasti yhdenvertaisuudesta oikeudellisena käsitteenä ... 66

III YHDENVERTAISUUS JA SYRJINNÄN KIELTO PERUS- JA IHMISOIKEUTENA 69

1 JOHDANTO 71

2 MITÄ OVAT PERUS- JA IHMISOIKEUDET? 73
2.1 Määritelmiä ja kritiikkiä 73
2.2 Jaotteluja 77
2.3 Ihmisoikeussopimusten asema Suomen oikeudessa 79
2.4 Perusoikeuksien oikeudellinen merkitys Suomessa – suppea ja laaja perusoikeusnäkemys 80
2.5 Keitä perus- ja ihmisoikeudet velvoittavat? 83
2.6 Miksi perusoikeudet voivat antaa tehokkaampaa suojaa kuin ihmisoikeudet? 85
2.7 Jako sääntöihin ja periaatteisiin 87

3 PERUS- JA IHMISOIKEUKSIEN VALVONTA SUOMESSA 91

4 PERUS- JA IHMISOIKEUKSIEN VAIKUTUSTAVAT TUOMIOISTUIMESSA 95
4.1 Tulkintavaikutus 96
4.2 Suora sovellettavuus 98
4.3 Etusija 100

5 PERUSOIKEUKSIEN RAJOITTAMISESTA 111

6 SUOMEN PERUSTUSLAIN 6 § 117

6.1 Yleinen yhdenvertaisuuslauseke 117
6.1.1 Yhdenvertaisuussäännöksen varhaisesta merkityksestä 119
6.1.2 Samanlaisia samalla tavalla – vertailuperiaate osana yhdenvertaisuussäännöstä 121
6.1.3 Hyväksyttävät erotteluperusteet 122
6.2 Syrjinnän kielto 124
6.2.1 Ikään perustuva erottelu perustuslakivaliokunnassa .. 127
6.2.2 Seksuaalivähemmistöjä koskeva erottelu perustuslakivaliokunnassa 128
6.2.3 Sukupuoleen perustuva erottelu perustuslakivaliokunnassa 133
6.2.4 Positiivinen erityiskohtelu 134
6.3 Sukupuolten tasa-arvon edistämisvelvoite 139
6.4 Perustuslain 6 § tuomioistuimissa 141
6.4.1 Perustuslain 6 § ylimpien tuomioistuinten ratkaisukäytännössä 142
6.4.2 Perustuslain 6 § työtuomioistuimen ratkaisukäytännössä 146
6.5 Kokoavasti PL 6 §:n tulkintakriteereistä 152

7 SYRJINNÄN KIELTO IHMISOIKEUTENA 155
7.1 Euroopan ihmisoikeussopimus 155
7.1.1 Ihmisoikeussopimuksen 14 artikla ja kahdestoista lisäpöytäkirja 156
7.1.2 Syrjinnän kiellon elementit – syrjintäolettaman luominen ja sen kumoaminen 160
7.1.3 Valtion harkintamarginaalia koskeva oppi syrjinnän kieltoa sovellettaessa 164
7.1.4 Erilaista eri tavalla ja välillinen syrjintä – kohti tosiasiallista tasa-arvoa? 168
7.1.5 Sukupuolisyrjinnän kielto 177
7.1.6 Kokoavasti syrjinnän kiellosta Euroopan ihmisoikeussopimuksessa 191
7.1.6.1 Syrjinnän kiellon elementit 191
7.1.6.2 EIS ja tosiasiallinen tasa-arvo 193
7.2 CEDAW-sopimus 194
7.3 Muita ihmisoikeusasiakirjoja 203
7.3.1 KP-sopimus 204
7.3.2 TSS-sopimus 207

IV SUKUPUOLTEN VÄLINEN TASA-ARVO EU-OIKEUDESSA 213

1 JOHDANTO 215

2 SUKUPUOLTEN VÄLINEN TASA-ARVO PRIMÄÄRISESSÄ EU-OIKEUDESSA 219
2.1 Perussopimukset 219
2.2 Perusoikeuskirja 222
2.2.1 Tasa-arvo perusoikeuskirjassa 223
2.2.2 Perusoikeuskirjan horisontaaliartiklat 225
2.3 Sukupuolten tasa-arvo EU-oikeuden yleisenä oikeusperiaatteena 230

3 SUKUPUOLTEN VÄLINEN TASA-ARVO SEKUNDÄÄRISESSÄ EU-OIKEUDESSA 239

4 SUKUPUOLTEN VÄLINEN TASA-ARVO EU-TUOMIOISTUIMEN RATKAISUKÄYTÄNNÖSSÄ 243

5 SUKUPUOLTEN VÄLINEN TASA-ARVO JA NS. PEHMEÄ SÄÄNTELY 245

6 EU-OIKEUDEN JA KANSALLISEN OIKEUDEN VÄLINEN SUHDE – EU-OIKEUDEN VALTIONSISÄISET VAIKUTUSTAVAT 247
6.1 Välitön oikeusvaikutus 248
6.2 Etusija 249
6.3 Tulkintavaikutus 250

V VÄLITTÖMÄN JA VÄLILLISEN SYRJINNÄN KIELTO TASA-ARVOLAISSA 253

1 JOHDANTO 255

2 VÄLITÖN SYRJINTÄ 259
2.1 Syrjintäolettaman luominen 259
2.1.1 Syrjintäperusteena sukupuoli, raskaus tai synnytykseen liittyvä syy 259
2.1.2 Eri asema 260
2.2 Syrjintäolettaman kumoaminen 267

2.2.1 Naisten erityinen suojelu raskauden ja synnytyksen vuoksi 269
2.2.2 Positiivinen erityiskohtelu 270

3 VÄLILLINEN SYRJINTÄ 277
3.1 Syrjintäolettaman luominen 278
3.1.1 Syrjintäperusteena vanhemmuus tai perheenhuoltovelvollisuus 278
3.1.2 Neutraali peruste johtaa tosiasiassa epäedulliseen asemaan 281
3.1.2.1 Epäedullinen asema 282
3.1.2.2 Vertailupiirien muodostaminen 284
3.1.2.3 Haitta kohdistuu naisiin – tilastot vai yleinen sosiologinen tieto? 288
3.1.2.4 Vertailtavuusperiaate välillisessä syrjinnässä 294
3.2 Syrjintäolettaman kumoaminen 298
3.2.1 Työn luonteeseen liittyvät oikeuttamisperusteet ja yleisemmät oikeuttamisperusteet 299
3.2.2 EU-tuomioistuimen kolme erilaista oikeuttamistestiä 302
3.2.3 Esimerkkinä KKO 2004:59 – tapauksen esittely 304
3.2.4 Esimerkkinä KKO 2004:59 – ratkaisun kritiikkiä 306
3.2.5 ”Hyväksyttävät syyt” – välillisen syrjinnän oikeuttamista vai syy-yhteyden kumoamista? 307

4 ERÄITÄ ERITYISKYSYMYKSIÄ 309
4.1 Lyhyesti työhönottosyrjinnästä 309
4.2 Palkkasyrjinnän ongelmakohdista 313
4.3 Syrjintä raskauden perusteella 321
4.3.1 Raskauden ja tasa-arvon ongelmallinen suhde 324
4.3.2 Työhönottosyrjintä raskauden perusteella 327
4.3.3 Määräaikainen työ 330
4.3.4 Palkkasyrjintä raskauden ja äitiysvapaan aikana 333
4.3.5 Irtisanominen 340
4.3.6 Lopuksi 344
4.4 Työsyrjintä rikoksena 347

5 KOKOAVASTI SYRJINNÄN ELEMENTEISTÄ 351
5.1 Välitön syrjintä (tasa-arvolain 7 § 2 momentti) 351
5.2 Lopputuloslähtöinen välillinen syrjintä (tasa-arvolain 7 § 3 momentin 1 kohta) 353

5.3 Vanhemmuuteen tai perheenhuoltovelvollisuuteen perustuva välillinen syrjintä (tasa-arvolain 7 § 3 momentin 2 kohta) 355

VI JOHTOPÄÄTÖKSIÄ 357

ABSTRACT 365
OIKEUSTAPAUSHAKEMISTO 369
ASIAHAKEMISTO 381

Lähteet

KIRJALLISUUS

Aarnio, Aulis: Uusi varallisuusoikeus – vai vanha? Lakimies 2002, 515–534.

Aarnio, Aulis: Oikeusvaltio – tuomarivaltio? Teoksessa Aarnio, Aulis – Uusitupa, Timo: Oikeusvaltio. Helsinki 2002, 1–12. (Aarnio 2002b)

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

Ahtela, Karoliina: Promoting Equality in the Workplace: Legislative Intent and Reality. Teoksessa Svensson, Eva-Maria – Pylkkänen, Anu – Niemi-Kiesiläinen, Johanna (eds): Nordic Equality at a Crossroads. Feminist Legal Studies Coping with Difference. Ashgate 2004, 69–89. (Ahtela 2004b)

Ahtela, Karoliina: The Revised Provisions on Sex Discrimination in European Law: A Critical Assessment. European Law Journal 11 (1), 2005, 57–78.

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

Alarotu (nyk. Anttila), Outi: Perheen ja pätkätyön yhdistäminen – raskaussyrjinnän kiellosta määräaikaisissa palvelussuhteissa. Oikeus 2003 (32); 4, 376–396.

Alexy, Robert: Theorie der Grundrechte. Suhrkamp 1986.

Alston, Philip (ed.): The EU and Human Rights. Oxford University Press 1999.

Alston, Philip – De Schutter, Olivier (eds): Monitoring Fundamental Rights in the EU. The Contribution of the Fundamental Rights Agency. Hart Publishing 2005.

Anttila, Outi: Sukupuolisyrjinnän kielto Suomen ja EU:n oikeudessa. Oikeustiede–Jurisprudentia XXXVIII:2005. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen vuosikirja, 81–149.

Anttila, Outi: Määräaikaiset palvelussuhteet ja tasa-arvolain mukainen välillisen syrjinnän kielto. Lakimies 1/2006, 42–64.

Anttila, Outi: Sukupuolisyrjinnän kielto Suomen ja EU:n oikeudessa. Edita 2010. (Lisensiaatintutkimus vuodelta 2008, julkaistu Edilexissä osoitteessa http://www.edilex.fi) (Anttila 2010a)

Anttila, Outi: Moniperusteinen syrjintä tasa-arvo-oikeuden tulevaisuuden haasteena. Teoksessa Engström, Viljam (red.): Rätt och utveckling – Oikeus ja kehitys. XIII Rättsvetenskapens dagar 10–11.12.2009. Åbo Akademis Förlag 2010, 33–52. (Anttila 2010b)

Anttila, Outi: Hunnuttautuneet musliminaiset moniperusteisen syrjinnän symboleina. Naistutkimus 4/2010, 18–32. (Anttila 2010c)

Anttila, Outi: Raskaussyrjinnän kielto. Teoksessa Kantola, Johanna – Nousiainen, Kevät – Saari, Milja (toim.): Tasa-arvo toisin nähtynä. Oikeuden ja politiikan näkökulmia tasa-arvoon ja yhdenvertaisuuteen. Gaudeamus 2012, 226–244.

Anttonen, Anneli: Feminismi ja sosiaalipolitiikka. Miten sukupuolesta tehtiin yhteiskuntateoreettinen ja sosiaalipoliittinen avainkäsite. Tampere University Press 1997.

Anttonen, Anneli – Henriksson, Lea – Nätkin, Ritva (toim.): Naisten hyvinvointivaltio. Vastapaino 1994.

Arai-Takahashi, Y.: The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR. Intersentia 2002.

Arajärvi, Pentti – Sakslin, Maija: Yhdenvertaisuus oikeudenmukaisuutena. Teoksessa Saari, Juho – Yeung, Anne Birgitta (toim.): Oikeudenmukaisuus hyvinvointivaltiossa. Gaudeamus – Helsinki University Press 2007, 47–61.

Arnardottir, Oddny Mjöll: Equality and non-discrimination under the European Convention on Human Rights. Martinus Nijhoff Publishers 2003.

Arnardottir, Oddny Mjöll: Multidimensional equality from within. Themes from the European Convention on Human Rights. Teoksessa Schiek, Dagmar – Chege, Victoria (eds): European Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives on Multidimensional Equality Law. Routledge 2008, 53–72.

Arnull, Anthony: The European Union and its Court of Justice. Oxford 1999.

Bamforth, Nicholas – Malik, Maleiha – O'Cinneide, Colm: Discrimination Law: Theory and Context. Sweet & Maxwell 2008.

Barbera, Marzia: The Unresolved Conflict: Reshaping Family Work and Market Work in the EU Legal Order. Teoksessa Hervey, Tamara – Kenner, Jeff (eds): Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights. Hart Publishing, Oxford – Portland Oregon 2003, 139–160.

Barnard, Catherine: The economic objectives of Article 119. Teoksessa Hervey, Tamara – O'Keeffe, David (eds): Sex Equality Law in the European Union. John Wiley & Sons 1996, 321–334.

Barnard, Catherine: The Principle of Equality in the Community Context: *P*, *Grant*, *Kalanke* and *Marschall*: Four Uneasy Bedfellows? Cambridge Law Journal, 57(2), July 1998, 352–373.

Barnard, Catherine: Gender Equality in the EU: A Balance Sheet. Teoksessa P Alston (ed.): The European Union and Human Rights. Oxford University Press 1999, 215–279. (Barnard 1999b)

Barnard, Catherine: EC Employment Law. Second Edition, Oxford University Press 2000.

Barnard, Catherine – Hepple, Bob: Substantive Equality. Cambridge Law Journal, 59(3), November 2000, 562–585.

Barnard, Catherine: EC Employment Law. Third Edition. Oxford University Press 2006.

Barnard, Catherine (ed.): The Fundamentals of EU Law Revisited. Assessing the Impact of the Constitutional Debate. Oxford University Press 2007.

Barnard, Catherine – Hepple, Bob: Indirect Discrimination: Interpreting *Seymour-Smith*. Cambridge Law Journal, 58(2), July 1999, 399–412.

Bartlett, Katharine T.: Feminist Legal Methods. Harvard Law Review, Vol. 103, February 1990, No. 4, 829–888.

Bayefsky, *Anne* : The Principle of Equality or Nondiscrimination in International Law. 11 Human Rights Quarterly 1–2 (1990), 1–34.

Bell, Mark: Anti-Discrimination Law and the European Union. Oxford University Press 2002.

Bell, Mark: The Right to Equality and Non-Discrimination. Teoksessa Hervey, Tamara – Kenner, Jeff (eds): Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights. Hart Publishing 2003, 91–110.

Bell, Mark: A Hazy Concept of Equality. Feminist Legal Studies 12, 2004, 223–231.

Bell, Mark: Direct Discrimination. Teoksessa Schiek, Dagmar – Waddington, Lisa – Bell, Mark (eds): Materials, Cases and Text on national, supranational and international non-discrimination law. Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe. Hart Publishing 2007, 185–322.

Benhabib, Seyla: The Claims of Culture. Equality and Diversity in the Global Era. Princeton University Press 2002.

Bergqvist, Christina ym. (toim.): Tasa-arvoiset demokratiat? Sukupuoli ja politiikka Pohjoismaissa. Suomentanut Satu Savolainen. Edita Publishing Oy 2001.

Besson, Samantha: Gender Discrimination under EU and ECHR Law: Never Shall the Twain Meet? Human Rights Law Review 8:4 (2008), 647–682.

Beveridge, Fiona – Nott, Sue: Mainstreaming: A case for optimism and cynicism. Feminist Legal Studies 10 (3), 2002, 299–311.

Beveridge, Fiona – Shaw, Jo: Introduction: Mainstreaming Gender in European Public Policy. Feminist Legal Studies 10 (3), 2002, 209–212.

Bielefeld, Heiner: Philosophical and Historical Foundations of Human Rights. Teoksessa Krause, Catarina – Scheinin, Martin (eds): International Protection of Human Rights: A Textbook. Åbo Akademi University Institute for Human Rights 2009.

Birkinshaw, Patrick – Varney, Mike (eds): The European Union Legal Order after Lisbon. Kluwer Law International 2010.

Björklund, Liisa – Sarlio-Siintola, Sari: Inhimilliset toimintavalmiudet suomalaisessa hyvinvointipolitiikassa. Teoksessa Hiilamo, Heikki – Saari, Juho (toim.): Hyvinvoinnin uusi politiikka: Johdatus sosiaalisiin mahdollisuuksiin. Diakonia-ammattikoulu 2010.

Boch, Christine: Case C-32/93, Webb v. EMO Air Cargo (U.K) Ltd., [1994] ECR I-3567; in the House of Lords [1995] 1 WLR 1454. 33 Common Market Law Review 1996, 547–567.

Bock, Gisela – James, Susan (eds): Beyond Equality and Difference. Routledge 1992.

Booth, Christine – Bennet, Cinnamon: Gender Mainstreaming in the European Union. Towards a New Conception and Practice of Equal Opportunities? The European Journal of Women's Studies 9 (4), 2002, 430–446.

Bowers, John – Moran, Elena: Justification in Direct Sex Discrimination Law: Breaking the Taboo. Industrial Law Journal, Vol. 31, No. 4, December 2002, 307–320.

Bowers, *John – Moran, Elena – Honeyball, Simon*: Justification in Direct Sex Discrimination: A Reply. Industrial Law Journal, Vol. 32, No. 3, September 2003, 185–187.

Brayson, Kimberley – Millns, Susan: Gendered Rights on the European Stage: Do Marginalized Groups Find a 'Voice' in the European Court of Human Rights? European Public Law 16, no. 3 (2010), 437–454.

Browne, Kingsley R.: The Use and Abuse of Statistical Evidence in Discrimination Cases. Teoksessa Loenen, Titia – Rodrigues Peter R. (eds): Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives. Kluwer Law International 1999, 411–423.

Bruun, Niklas: Työelämän perusoikeuksista. Teoksessa Nieminen, Liisa (toim.): Perusoikeudet Suomessa. Lakimiesliiton Kustannus. Helsinki 1999, 255–272.

Bruun, Niklas – Kangasperko, Raila: Tasa-arvolain uudet säännökset. Defensor Legis 1993, 163–178.

Bruun, Niklas – Koskinen, Pirkko K.: Tasa-arvolaki. Lakimiesliiton Kustannus. Helsinki 1986.

Bruun, Niklas – Koskinen, Pirkko K.: Tasa-arvolaki. Lakimiesliiton Kustannus. Helsinki 1997.

de Búrca, Graínne: The Drafting of the European Union Charter of Fundamental Rights. European Law Review 2001, 126–138.

de Búrca, Graínne: The European Court of Justice and the International Legal Order After *Kadi*. Harvard International Law Journal, Vol. 51, No. 1, Winter 2010, 1–50.

Burri, Susanne – Prechal, Sacha: Comparative approaches to gender equality and non-discrimination within Europe. Teoksessa Schiek, Dagmar – Chege, Victoria (eds): European Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives on Multidimensional Equality Law. Routledge 2008, 215–247.

Burrows, Noreen – Mair, Jane: European Social Law. John Wiley & Sons 1996.

Burrows, Noreen – Robison, Muriel: An Assessment of the Recast of Community Equality Laws. European Law Journal, Vol. 13, No. 2, March 2007, 186–203.

Caracciolo di Torella, Eugenia – Masselot, Annick: Pregnancy, maternity and the organization of family life: an attempt to classify the case law of the Court of Justice. European Law Review, June 2001, 239–260.

Cartabia, Marta: The Italian Constitutional Court and the Relationship Between the Italian Legal System an the European Union. Teoksessa Slaughter, Anne-Marie – Stone Sweet, Alec – Weiler, J.H.H. (eds): The European Court and National Courts – Doctrine and Jurisprudence. Legal Change in Its Social Context. Hart Publishing 2000, 133–146.

Chapman, Audrey R. – Carbonetti, Benjamin: Human Rights Protections for Vulnerable and Disadvantaged Groups: The Contributions of the UN Committee of Economic, Social and Cultural Rights. Human Rights Quarterly (33) 2011, 682–732.

Charlesworth, Hilary – Chinkin, Christine – Wright, Shelley: Feminist Approaches to International Law. American Journal of International Law, Vol. 85, No. 4 (1991), 613–645.

Charlesworth, Hilary – Chinkin, Christine: The boundaries of international law: a feminist analysis. Manchester University Press 2000.

Claridge, Lucy: Protocol 12 and Sejdic and Finci v Bosnia and Herzegovina: A Missed Opportunity? European Human Rights Law Review 2011, Issue 1, 82–91.

Connolly, Michael: Discrimination Law: Justification, Alternative Measures and Defences Based on Sex. Industrial Law Journal, Volume 30, September 2001, 311–318.

Cook, Rebecca: State Accountability Under the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women. Teoksessa Cook, Rebecca (ed.): Human Rights of Women. National and International Perspectives. University of Pennsylvania Press, Philadelphia 1994, 228–256.

Cook, Rebecca: State Responsibility for Violations of Women's Human Rights. Harvard Human Rights Journal, Vol. 7 (1994), 125–175. (Cook 1994b)

Cook, Rebecca – Cusack, Simone: Combating Discrimination Based on Sex and Gender. Teoksessa Krause, Catarina – Scheinin, Martin (eds): International Protection of Human Rights. A Textbook. Institute for Human Rights. Åbo Akademi University 2009, 205–226.

Cook, Rebecca – Cusack, Simone: Gender Stereotyping. Transnational Legal Perspectives. University of Pennsylvania Press 2010.

Costello, Cathryn: Gender Equalities and the Charter of Fundamental Rights of the European Union. Teoksessa Hervey, Tamara – Kenner, Jeff (eds): Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights. Hart Publishing 2003.

Costello, Cathryn – Davies, Gareth: The case law of the Court of Justice in the field of sex equality since 2000. 43 Common Market Law Review 2006, 1567–1616.

Crenshaw, Kimberle: Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics. University of Chicago Legal Forum, 1989, 139–167.

Crenshaw, Kimberle: Mapping the Margins. Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color. *Stanford Law Review* 43:6, 1991, 1241–1299.

Cusack, Simone – Timmer, Alexandra S. H.: Gender Stereotyping in Rape Cases: The CEDAW Committee's Decision in Vertido v The Philippines. Human Rights Law Review 11:2 (2011), 329–342.

Daly, Mary: Gender Mainstreaming in Theory and Practice. Social Politics: International Studies in Gender, State and Society 12, Fall 2005, 433–450.

Dashwood, Alan – O'Leary, Síofra (eds): The Principle of Equal Treatment in EC Law. Sweet and Maxwell 1997.

Dashwood, Alan – Dougan, Michael – Rodger, Barry – Spaventa, Eleanor – Wyatt, Derrick: Wyatt and Dashwood's European Union Law. Hart Publishing 2011.

Davies, Margaret: Asking the Law Question. Second Edition. Lawbook Co. Sydney 2002.

Davies, Margaret: Unity and Diversity in Feminist Legal Theory. Philosophy Compass 2/4 (2007), 650–664.

Dembour, Marie-Benedicte: Who Believes in Human Rights? Reflections on the European Convention. Cambridge University Press 2006.

van Dijk, Pieter – van Hoof, Fried – van Rijn, Arjen – Zwaak, Leo (eds): Theory and Practice of the European Convention on Human Rights. Fourth Edition. Intersentia 2006.

Dworkin, Ronald: Taking Rights Seriously. Harvard University Press 1978.

Dworkin, Ronald: Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality. Harvard University Press 2002.

Eide, Asbjorn: Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights. Teoksessa Eide, Asbjorn – Krause, Catarina – Rosas, Allan (eds): Economic, Social and Cultural Rights. A Textbook. Second Revised Edition. Martinus Nijhoff Publishers 2001, 9–28.

Ellis, Evelyn: The Definition of Discrimination in European Community Sex Equality Law. European Law Review, December 1994, 563–580.

Ellis, Evelyn: EC Sex Equality Law. Second Edition, Clarendon Press, Oxford 1998.

Ellis, Evelyn: The Concept of Proportionality in European Community Sex Discrimination Law. Teoksessa Ellis, Evelyn (ed.): The Principle of Proportionality in the Laws of Europe. Hart Publishing, Oxford – Portland Oregon 1999, 165–181.

Ellis, Evelyn: Case C-394/96, Brown v. Rentokil Ltd, judgment of 30 June 1998, nyr. 36 Common Market Law Review 1999, 625–633. (Ellis 1999b)

Ellis, Evelyn: EU Anti-Discrimination Law. Oxford University Press 2005.

Ellis, Evelyn: The Impact of Lisbon Treaty on Gender Equality. European Gender Equality Law Review 1/2010, 7–13.

English, Jane: Justice Between Generations. Philosophical Studies, Vol. 31, No. 2 (1977), 91–104.

Eriksson, Lars D.: Syrjintäkielto ja yhdenvertaisuus. Lakimies 5–6/1996, 862–872.

Fineman, Martha Albertson: Introduction: Feminist and Queer Legal Theory. Teoksessa Fineman, Martha Albertson – Jackson, Jack E. – Romero, Adam P.: Feminist and Queer Legal Theory. Intimate Encounters, Uncomfortable Conversations. Ashgate 2009, 1–6.

Flynn, Leo: Equality between Men and Women in the Court of Justice. Yearbook European Law 1998, 259–287.

Fransson, Susanne: Lönediskriminering. En arbetsrättslig studie av könsdiskriminerande löneskillnader och konflikter mellan kollektivavtal och lag. Iustus Förlag, Uppsala 2000.

Fraser, Nancy: Justice Interruptus. Critical Reflections on the "Postsocialist" Condition. Routledge 1997.

Fraser, Nancy: Scales of Justice. Reimagining Political Space in a Globalizing World. Polity Press 2008.

Fraser, Nancy – Honneth, Axel: Redistribution or Recognition? A Political – Philosophical Exchange. Verso 2003.

Fredman, Sandra: European Community Discrimination Law: A Critique. Industrial Law Journal, 21:2, 1992, 119–134.

Fredman, Sandra: A Difference with Distinction: Pregnancy and Parenthood Reassessed. 110 Law Quarterly Review 1994, 106–123.

Fredman, Sandra: Discrimination Law. Oxford University Press 2002.

Fredman, Sandra: Women and the Law. Oxford University Press 2002. (Fredman 2002b)

Fredman, Sandra – Spencer, Sarah (eds): Age as an equality issue. Legal and Policy Perspectives. Hart Publishing 2003.

Fredman, Sandra: Transformation or Dilution: Fundamental Rights in the EU Social Space. 12 European Law Journal 2006, 41–60.

Fredman, Sandra: Positive rights and positive duties. Addressing intersectionality. Teoksessa Schiek, Dagmar – Chege, Victoria (eds): European Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives on Multidimensional Equality Law. Routledge 2008, 73–89. (Fredman 2008a).

Fredman, Sandra: Human Rights Transformed. Positive Rights and Positive Duties. Oxford University Press 2008. (Fredman 2008b)

Fredman, Sandra: Engendering Socio-Economic Rights. Oxford Legal Studies Research Paper No. 54/2010, June 2010. – Http://ssrn.com/abstract=1631765. (Luettu 21.3.2012.)

Fredman, Sandra: Discrimination Law. Second Edition. Oxford University Press 2011.

Freeman, Marsha A. – Chinkin, Christine – Rudolf, Beate (eds): The UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women. Oxford University Press 2011.
Freeman, Samuel (ed.): The Cambridge Companion to Rawls. Cambridge University Press 2003.
Frostell, Katarina: Gender Difference and the Non-Discrimination Principle in the CCPR and the CEDAW. Teoksessa Hannikainen, Lauri – Nykänen, Eeva (eds): New trends in discrimination law – international perspectives. Publications of Turku Law School, Vol. 3, No 1/1999, 29–57.
Frostell, Katarina – Scheinin, Martin: Women. Teoksessa Eide, Asbjorn – Krause, Catarina – Rosas, Allan (eds): Economic, Social and Cultural Rights. A Textbook. Second Revised Edition. Martinus Nijhoff Publishers 2001, 331–352.
Gerards, Janneke: Judicial Review in Equal Treatment Cases. Martinus Nijhoff Publishers 2005.
Gerards, Janneke: Discrimination Grounds. Teoksessa Schiek, Dagmar – Waddington, Lisa – Bell, Mark (eds): Materials, Cases and Text on national, supranational and international non-discrimination law. Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe. Hart Publishing 2007, 33–183.
Gerards, Janneke: Pluralism, Deference and the Margin of Appreciation Doctrine. European Law Journal, January 2011, 80–120.
Gill, Tess – Monaghan, Karon: Justification in Direct Sex Discrimination Law: Taboo Upheld. Industrial Law Journal, Vol. 32, No. 2, June 2003, 115–122.
Gilligan, Carol: In a Different Voice: Psychological Theory and Women's Development. Harvard University Press, Cambridge Mass 1982.
Goodwin, Morag: Multidimensional exclusion. Viewing Romani marginalization through the nexus of race and poverty. Teoksessa Schiek, Dagmar – Chege, Victoria (eds): European Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives on Multidimensional Equality Law. Routledge 2008, 137–161.
Gordon, Anthony: EU Law's Fundamental Rights Regime and Post-National Constitutionalism: *Kadi's* Global Setting. Teoksessa Birkinshaw, Patrick – Varney, Mike (eds): The European Union Legal Order after Lisbon. Kluwer Law International 2010, 179–196.
Greer, Steven: The European Convention on Human Rights. Achievements, problems and prospects. Cambridge University Press 2006.
Gunnarsson, Åsa – Svensson, Eva-Maria – Davies, Margaret (eds): Exploiting the Limits of Law. Swedish Feminism and the Challenge to Pessimism. Ashgate 2007.
Gunnarsson, Åsa – Svensson, Eva-Maria: Genusrättsvetenskap. Studentlitteratur 2009.
Haataja, Anita: Suomalainen äitiys-, isyys- ja vanhempainrahajärjestelmä: ylistämisestä alistamiseen. Teoksessa Castrén, Anna-Maija (toim.): Työn ja perheen tasapaino: sääntelyä, tutkimusta ja kehittämistä. Helsinki 2007, 14–37.
Habermas, Jürgen: Between Facts and Norms. Polity Press in association with Blackwell Publishing Ltd 1996.
Hafner-Burton, Emilie – Pollack, Mark: Mainstreaming Gender in the European Union: Getting the Incentives Right. Comparative European Politics 7 (1), 2009, 114–138.
Hallberg, Pekka: Perusoikeusuudistus ja tuomioistuimet. Lakimies 5–6/1996, 832–844.
Hallberg, Pekka: Perusoikeusjärjestelmä. Teoksessa Hallberg, Pekka – Karapuu, Heikki – Ojanen, Tuomas – Scheinin, Martin – Tuori, Kaarlo – Viljanen, Veli-Pekka: Perusoikeudet. Oikeuden perusteokset. 2. uud. p. Werner Söderström lakitieto 2011, 29–60. (Hallberg 2011a)
Hallberg, Pekka: Perusoikeudet tuomioistuimissa. Teoksessa Hallberg, Pekka – Karapuu, Heikki – Ojanen, Tuomas – Scheinin, Martin – Tuori, Kaarlo – Viljanen, Veli-Pekka: Perusoikeudet. Oikeuden perusteokset. 2. uud. p. Werner Söderström lakitieto 2011, 851–874. (Hallberg 2011b)
Harju, Virpi: Rautainen ratsu oikeudenjumalattarena. LakimiesUutiset 1/2012, 68.
Hartley, Trevor C.: The Foundations of European Union Law. Oxford 2010.
Hautamäki, Veli-Pekka: Perustuslain auktoritatiivinen tulkinta. Suomalainen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja A-sarja N:o 232. Helsinki 2002.

Hautamäki, Veli-Pekka: Perustuslakivaliokunta valtiosääntötuomioistuinnäkökulmasta. Lakimies 4/2006, 586–607.

Hautamäki, Veli-Pekka: Perustuslainmukaisuuden valvonta ilmeisyyskriteerin poistamisen myötä. Lakimies 1/2009, 137–146.

Hautamäki, Veli-Pekka: Perusoikeuden ydinalue argumenttina. Lakimies 1/2011, 82–98.

Heinonen, Tuuli – Lavapuro, Juha (toim.): Oikeuskulttuurin eurooppalaistuminen. Ihmisoikeuksien murroksesta kansainväliseen vuorovaikutukseen. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen Julkaisuja. E-sarja N:o 23. Helsinki 2012.

Helander, Petri: Perusoikeuskirjan yleiset määräykset ja perusoikeuksien konstitutionaalinen konteksti. Teoksessa Nieminen Liisa (toim.): Perusoikeudet EU:ssa. Lakimiesliiton Kustannus. Helsinki 2001, 89–136.

Hellsten, Sirkku: Toimintamahdollisuudet sosiaalipolitiikan oikeudenmukaisuuden kriteerinä. Filosofinen n&n aikakauslehti 2/95.

Hellsten, Sirkku: Oikeutta ilman kohtuutta. Modernin oikeudenmukaisuuskäsityksen kritiikkiä. Gaudeamus Kirja 1996.

Hellum, Anne – Sinding Aasen, Henriette (toim.): The Added Value of CEDAW: International, Regional and National Perspectives. Cambridge: Cambridge University Press, tulossa 2013.

Hepple, Bob: Equality and Discrimination. Teoksessa Davies, Paul (toim.): European Community Labour Law: Principles and Perspectives. Oxford 1996, 237–259.

Hepple, Bob: The Aims of Equality Law. Current Legal Problems 2008, 1–22.

Hepple, Bob – Coussey, Mary – Choudhury, Tufyal: Equality: a New Framework. Report of the Independent Review of the Enforcement of UK Anti-Discrimination Legislation. Hart Publishing, Oxford – Portland Oregon 2000.

Heringa, Aalt Willem: Standards of Review for Discrimination. The Scope of Review by the Courts. Teoksessa Loenen, Titia – Rodrigues Peter R. (eds): Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives. Kluwer Law International, The Hague 1999, 25–37.

Heringa, Aalt Willem – van Hoof, Fried: Prohibition of Discrimination. Teoksessa van Dijk, Pieter – van Hoof, Fried – van Rijn, Arjen – Zwaak, Leo (eds): Theory and Practice of the European Convention on Human Rights. Fourth Edition. Intersentia 2006, 1027–1051.

Hervey, Tamara: Justifications for Sex Discrimination in Employment. Butterworths, London 1993.

Hervey, Tamara: Structural Discrimination Unrecognized: Jones v. University of Manchester. The Modern Law Review 57, 1994, 307–314.

Hervey, Tamara: Sex Equality as Substantive Justice. The Modern Law Review 62:4, July 1999, 614–622.

Hervey, Tamara – O'Keeffe, David (eds): Sex Equality Law in the European Union. John Wiley & Sons 1996.

Hervey, Tamara – Shaw, Jo: Women, Work and Care: Women's Dual Role and Double Burden in EC Sex Equality Law. Journal of European Social Policy, 1998, 43–63.

Hidén, Mikael: Hallitusmuodon yhdenvertaisuusnormi ja lainsäätäjä. Juhlajulkaisu Urho Kaleva Kekkonen. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja C-sarja N:o 13. Helsinki 1975, 23–46.

Hidén, Mikael: Perusoikeuksien yleisiä kysymyksiä. Teoksessa Liisa Nieminen (toim.): Perusoikeudet Suomessa. Lakimiesliiton Kustannus 1999, 1–27.

Hidén, Mikael: Perustuslakivaliokunnan rooli Suomen valtiollisessa järjestelmässä. Teoksessa Aarto, Markus – Vartiainen, Markku (toim.): Oikeus kansainvälisessä maailmassa. Ilkka Saraviidan juhlakirja. Edita 2008, 1–9.

Hobson, Barbara: The Agency Gap in Work–Life Balance: Applying Sen's Capabilities Framework within European Contexts. Social Politics (2011) 18(2), 147–167.

Holli, Anne Maria: Tasa-arvosta ja Troijan hevosista. Feministinen käsitekritiikki ja suomalaisen tasa-arvopolitiikan käytännöt. Naistutkimus–Kvinnoforskning 8:3 (1995), 14–33.

Holli, Anne Maria: Discourse and Politics for Gender Equality in Late Twentieth Century Finland. Helsinki University Press 2003.

Holli, Anne Maria: Kriittisiä näkökulmia tasa-arvon tutkimukseen. Teoksessa Kantola, Johanna – Nousiainen, Kevät – Saari, Milja (toim.): Tasa-arvo toisin nähtynä. Oikeuden ja politiikan näkökulmia tasa-arvoon ja yhdenvertaisuuteen. Gaudeamus 2012, 73–96.

Holli, Anne Maria – Saarikoski, Terhi – Sana, Elina (toim.). *Tasa-arvopolitiikan haasteet*. Tasa-arvoasiain neuvottelukunta, Sosiaali- ja terveysministeriö. WSOY 2002.

Holli, Anne-Maria – Kantola, Johanna: State Feminism Finnish Style: Strong Policies clash with Implementation Problems. Teoksessa Outshoorn, Joyce – Kantola, Johanna (eds): Changing State Feminism. Palgrave Macmillan 2007.

Holli, Anne Maria – Luhtakallio, Eeva – Raevaara, Eeva: Sukupuolten valta/kunta: politiikka, muutos ja vastarinta suomalaisissa kunnissa. Vastapaino, Tampere 2007.

Holli, Anne-Maria – Saari, Milja: Sukupuoli eduskunnan asiantuntijakuulemisissa, TANE-julkaisuja 2009:11, Helsinki 2009.

Holmes, Elisa: Anti-Discrimination Rights without Equality. Modern Law Review, Vol 68, No 2, March 2005, 175–194.

Holtmaat, Rikki: Article 5. Teoksessa Freeman, Marsha A. – Chinkin, Christine – Rudolf, Beate (eds): The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women: A Commentary. Oxford University Press 2011.

Holtmaat, Rikki – Tobler, Christa: CEDAW and the European Union's Policy in the Field of Combating Gender Discrimination. 12 Maastricht Journal of European and Comparative Law 4 (2005), 399–425.

Holtmaat, Rikki – Naber, Jonneke: Women's Human Rights and Culture: From Deadlock to Dialogue. Intersentia 2011.

Honeyball, *Simon*: Pregnancy and Sex Discrimination. Industrial Law Journal, Vol. 29, No.1, March 2000, 43–52.

Hoskyns, Catherine: Integrating Gender. Women, Law and Politics in the European Union. Verso 1996.

Howard, Erica: The European Year of Equal Opportunities for All: is the EU Moving Away From a Formal Idea of Equality? European Law Journal, Vol. 14. No. 2, March 2008, 168–185.

Husa, Jaakko: Non liquet? Vallanjako, perusoikeudet, systematisointi – oikeuden ja politiikan välisiä rajankäyntejä. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja A-sarja N:o 254. Helsinki 2004, 83–158. (Husa 2004a)

Husa, Jaakko: Ilmeisyyskriteeri ja tuomioistuimet – siirrännäisestä häirinnäiseksi. Teoksessa Letto-Vanamo, Pia – Mäenpää, Olli – Ojanen, Tuomas: Juhlajulkaisu Mikael Hidén 1939 – 7/12 – 2009. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja C-sarja N:o 40. Helsinki 2009, 191–206.

Husa, Jaakko: EIT:n ratkaisujen kansallinen luentatapa. Virkanimitys ei koske valittajan oikeuksia. (KHO 2011:39). Lakimies 4/2011, 788–809.

Hyttinen, Sanna: Kauan odotettu valitusmahdollisuus taloudellisia, sosiaalisia ja sivistyksellisiä oikeuksia koskevaan yleissopimukseen. Oikeus 2009 (38); 2: 207–217.

Jacqmain, Jean: Pregnancy as Grounds for Dismissal. Industrial Law Journal. Vol. 23, No. 4, December 1994.

Jaggar, Alison: Feminist Politics and Human Nature. Rowman and Littlefield Publishers 1983.

Jallinoja, Riitta: Suomalaisen naisliikkeen taistelukaudet. Naisasialiike naisten elämäntilanteen muutoksen ja yhteiskunnallis-aatteellisen murroksen heijastajana. WSOY 1984.

Jallinoja, Riitta: Perheen vastaisku. Familistista käännettä jäljittämässä. Gaudeamus 2006.

James, Grace: Law's Response to Pregnancy/Workplace Conflicts: A Critique. Feminist Legal Studies (2007) 15:167–188.

Johnstone, Rachael Lorna: Feminist Influences on the United Nations Human Rights Treaty Bodies. Human Rights Quarterly, Vol 28, 2006, 148–185.

Jokila, Helena: Tahdonvastainen suostumus ja liiallisen luottamuksen hinta: raiskauksen ja muiden seksuaalirikosten oikeudellisen tiedon konstruktiot. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja A-sarja N:o 298. Helsinki 2010.

Julén Votinius, Jenny: En könskritisk undersökning av småbarnsföräldrars arbetsrättliga sätllning. Makadam 2007.

Julkunen, Raija: Sukupuolen järjestykset ja tasa-arvon paradoksit. Vastapaino 2010.

Jyränki, Antero: Uusi perustuslakimme. Iura nova 2000.

Jyränki, Antero: Valta ja vapaus. Valtiosääntöoikeuden yleisiä kysymyksiä. Kolmas, laajennettu ja uudistettu laitos. Talentum 2003.

Jääskinen, Niilo: Demokratia vai perusoikeudet? Juhlakirja Pekka Hallberg 1944–12/6–2004. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja C-sarja N:o 35, Jyväskylä 2004, 101–118.

Jääskinen, Niilo: Eurooppalaistuvan oikeuden oikeusteoreettisia ongelmia. Helsinki 2008.

Kalliala, Marjatta: Lapsuus hoidossa? Gaudeamus 2012.

Kantola, Johanna: Feminists Theorize the State. Palgrave Macmillan 2006.

Kantola, Johanna: Gender and the European Union. Palgrave Mcmillan 2010.

Kantola, Johanna: Sukupuoli ja valta. Teoksessa Saresma, Tuija – Rossi, Leena-Maija – Juvonen, Tuula (toim.): Käsikirja sukupuoleen. Vastapaino 2010, 78–87. (Kantola 2010b)

Kantola, Johanna – Nousiainen, Kevät: Institutionalising Intersectionality in Europe: Legal and Political Analyses. 11 International Feminist Journal of Politics (2009) 4. Special issue 'Institutionalising Intersectionality'.

Kantola, Johanna – Nousiainen, Kevät: Euroopan unionin tasa-arvopolitiikka: velvoittavaa lainsäädäntöä ja pehmeää sääntelyä. Teoksessa Kantola, Johanna – Nousiainen, Kevät – Saari, Milja (toim.): Tasa-arvo toisin nähtynä. Oikeuden ja politiikan näkökulmia tasa-arvoon ja yhdenvertaisuuteen. Gaudeamus 2012, 124–142.

Karapuu, Heikki: Perusoikeuksien käsite ja luokittelu. Teoksessa Hallberg, Pekka – Karapuu, Heikki – Ojanen, Tuomas – Scheinin, Martin – Tuori, Kaarlo – Viljanen, Veli-Pekka: Perusoikeudet. Oikeuden perusteokset. 2. uud. p. Werner Söderström lakitieto 2011, 63–88.

Karhu, Juha: Perusoikeudet ja oikeuslähdeoppi. Lakimies 5/2003, 789–807.

Kay, Herma Hill: Equality and Difference: The Case of Pregnancy. Teoksessa Smith, Patricia (ed.): Feminist Jurisprudence. Oxford University Press, New York, Oxford 1993, 27–47.

Kearns, Deborah: A Theory of Justice and Love – Rawls on the Family. Politics 18 (1983), 36–42.

Keltikangas-Järvinen, Liisa: Pienen lapsen sosiaalisuus. WSOY 2012.

Kilpatrick, Claire: How long is a piece of string? European Regulation of the post-birth period. Teoksessa Hervey, Tamara – O'Keeffe, David (eds): Sex Equality Law in the European Union. John Wiley & Sons 1996, 81–96.

Kilpatrick, Claire: Community or Communities of Courts in European Integration? Sex Equality Dialogues Between UK Courts and the ECJ. European Law Journal, Vol. 4, No. 2, June 1998, 121–147.

Kilpatrick, Claire: The Court of Justice and Labour Law in 2010: A New EU Discrimination Law Architecture. Industrial Law Journal, Vol. 40, No. 3, September 2011, 280–301.

King, Deborah: Multiple Jeopardy, Multiple Consciousness: The Context of a Black Feminist Ideology, 14 Signs, 1988, 42–72.

Kingdom, Elizabeth: What's Wrong with Rights? Problems for Feminist Politics of Law. Edinburgh 1991.

Kivelä, Päivi: Oman paikan taju. Keski-ikäiset perheenäidit paikallisilla kentillä. Jyväskylä Studies in Education, Psychology and Social Research No 454. Jyväskylä 2012.

Kivimäki, Riikka: Vanhemmuus työpaikoilla. Tampere University Press 2009.
Knop, Karen (ed.): Gender and Human Rights. Oxford University Press 2004.
Koch, Ida Elisabeth: Human Rights as Indivisible Rights. The Protection of Socio-Economic Demands under the European Convention on Human Rights. Martinus Nijhoff 2009.
Kokott, Juliane: Report on Germany. Teoksessa Slaughter, Anne-Marie – Stone Sweet, Alec – Weiler, J.H.H. (eds): The European Court and National Courts – Doctrine and Jurisprudence. Legal Change in Its Social Context. Hart Publishing 2000, 77–131.
Koldinská, Kristina: Multidimensional equality in the Czech and Slovak Republics. The case of Roma women. Teoksessa Schiek, Dagmar – Chege, Victoria (eds): European Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives on Multidimensional Equality Law. Routledge 2008, 249–277.
Koldinská, Kristina: Case Law on the European Court of Justice on Sex Discrimination 2006–2011. Common Market Law Review 48: 1599–1638, 2011. (Koldinska 2011a)
Koldinská, Kristina: Should Fathers Not Raise their Children? Two Cases of ECHR and ECJ on Gender Equality in Pensions Rights. European Gender Equality Law Review 2/2011. (Koldinská 2011b)
Koskinen, Pirkko K.: Naisoikeutta. Naisnäkökulma työoikeuteen. Suomen Lakimiesliiton Kustannus Oy 1983.
Koskinen, Seppo: Ikäsyrjintä. Asiantuntijakirjoituksia. Edilex 2003.
Koskinen, Seppo – Hyvärinen, Anu: Raskautta ja perhesuhteita koskevien tietojen kerääminen työhaastattelussa ja työsuhteen aikana. Edilex 2011/21.
Koukoulis-Spiliotopoulos, Sophia: The Lisbon Treaty and the Charter of Fundamental Rights: maintaining and developing the acquis in gender equality. European Gender Equality Law Review No 1/2008, 15–24.
Kouvo, Sari: Making Just Rights. Mainstreaming women's human rights and a gender perspective. Justus Förlag. Uppsala 2004.
Kulla, Heikki: Yhdenvertaisuudesta lain edessä. Teoksessa Kairinen, Martti (toim.): Jurisprudentia Turkuensis. Turun yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta 1961–1986. Lakimiesliiton Kustannus 1986, 207–224.
Kulla, Heikki: Yhdenvertaisuuden osapuista. Teoksessa Männistö, Jarkko (toim.): Prosessioikeudellisia erityiskysymyksiä. Juhlajulkaisu Antti Jokela 26.1.2005. Turun yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta 2004, 103–116.
Kuusipalo, Jaana: Mitä on se tasa-arvo, jota tasa-arvopolitiikka tavoittelee? Teoksessa Holli, Anne – Saarikoski, Terhi – Sana, Elina (toim.). *Tasa-arvopolitiikan haasteet*. Tasa-arvoasiain neuvottelukunta, Sosiaali- ja terveysministeriö. WSOY 2002, 208–220.
Kuusipalo, Jaana: Sukupuolittunut poliittinen edustus Suomessa. Tampere University Press 2011.
Lacey, Nicola.: From Individual to Group? A Feminist Analysis of the Limits of Anti-Discrimination Legislation. Teoksessa Lacey, N. (ed.): Unspeakable Subjects: Feminist Essays in Legal and Social Theory. Oxford 1998, 19–45.
Lagerspetz, Eerik – Räikkä, Juha: Oikeudenmukaisuus ja hyvinvointivaltio. Teoksessa Saari, Juho – Yeung, Anne Birgitta (toim.): Oikeudenmukaisuus hyvinvointivaltiossa. Gaudeamus – Helsinki University Press. Helsinki 2007, 33–46.
Lainiala, Lassi: Perhepolitiikan uudet tuulet – Perheen paluu. Perhebarometri 2010. Väestöliitto, Väestöntutkimuslaitos. Katsauksia E 39/2010.
Lammi-Taskula, Johanna – Salmi, Minna – Parrukoski, Sanna: Työ, perhe ja tasa-arvo. Sosiaali- ja terveysministeriön selvityksiä 2009:55.
Lavapuro, Juha: Perustuslakivaliokunnan arvovalta ja valtiosääntökulttuurin murros. Teoksessa Letto-Vanamo, Pia – Mäenpää, Olli – Ojanen, Tuomas (toim.): Juhlajulkaisu Mikael Hidén

1939–7/12–2009. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja C-sarja N:o 40. Helsinki 2009, 223–237.

Lavapuro, Juha: Uusi perustuslakikontrolli. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja A-sarja N:o 301. Helsinki 2010.

Lavapuro, Juha: Perustuslakivaliokunta perustuslain vartijana. Teoksessa Matti Wiberg (toim.): Perustuslakihaasteet. Edita Publishing Oy 2010, 77–94. (Lavapuro 2010b)

Lawson, Rick: The European Convention on Human Rights. Teoksessa Krause, Catarina – Scheinin, Martin (eds): International Protection of Human Rights: a Textbook. Åbo Akademi University. Institute for Human Rights 2009.

van Leeuwen, Fleur (2010), Women's Rights Are Human Rights. The Practice of the United Nations Human Rights Committee and the Committee on Economic, Social and Cultural Rights. Antwerp, Oxford, Portland: Intersentia 2010.

Lehtonen, Jukka – Mustola, Kati (toim.): "Eihän heterotkaan kerro…". Seksuaalisuuden ja sukupuolen rajankäyntiä työelämässä. Työministeriö. Tutkimukset ja selvitykset 2/2004.

Leino-Sandberg, Päivi: Particularity as Universality. The Politics of Human Rights in the European Union. The Erik Castrén Institute Research Reports 15/2005.

Lenarts, Koen – Gutierez-Fons, José A.: The constitutional allocation of powers and general principles of EU law. 47 Common Market Law Review (2010), 1647.

Lerwall, Lotta: Könsdiskriminering. En analys av nationell och internationell rätt. Iustus Förlag 2001.

Lerwall, Lotta: Avskedande pga. graviditet – alltid könsdiskriminering. Europarättslig tidskrift. Årgang 5, Nummer 1, 2002, 101–112.

Letsas, George: A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights. Oxford University Press 2007.

Lilja, Reija – Asplund, Rita – Kauppinen, Kaisa (toim.): Perhevapaavalinnat ja perhevapaiden kustannukset sukupuolten välisen tasa-arvon jarruna työelämässä? Sosiaali- ja terveysministeriö. Helsinki 2007.

Liljeström, Marianne: Sukupuolijärjestelmä. Teoksessa Anu Koivunen – Marianne Liljeström (toim.): Avainsanat. 10 askelta feministiseen tutkimukseen. Vastapaino 1996, 111–138.

Lindfelt, Mats: Fundamental rights in the European Union – towards higher law of the land?: a study of the status of fundamental rights in a broader constitutional setting. Åbo Akademi University Press 2007.

Lister, Ruth: Citizenship: Feminist Perspectives. Macmillan, Basingstoke 1997.

Livingstone, Stephen: Article 14 and the Prevention of Discrimination in the European Convention on Human Rights. European Human Rights Law Review, Issue 1, 1997, 25–34.

Loenen, Titia: Indirect Discrimination: Oscillating Between Containment and Revolution. Teoksessa Loenen, Titia – Rodrigues Peter R. (eds): Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives. Kluwer Law International, The Hague 1999, 195–212.

Lundström, Karin: Jämlikhet mellan kvinnor och män i EG-rätten. En feministisk analys. Iustus Förlag 1999.

Lykke, Nina: Intersektionalitet – användbart begrepp för genusforskningen. Kvinnovetenskaplig tidsskrift 1/2003.

Lykke, Nina: Nya perspektiv på intersektionalitet. Problem och möjligheter. Kvinnovetenskaplig tidsskrift 2–3/2005.

MacKinnon, Catharine: Feminism, Marxism, Method, and the State: Towards Feminist Jurisprudence. Signs: Journal of Women in Culture and Society, 1983, vol. 8, no. 4, 635–658.

MacKinnon, Catharine: Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law. Harvard University Press 1987.

MacKinnon, Catharine: Reflections on Sex Equality Under the Law. The Yale Law Journal 100(5), March 1991, 1281–1328.

Maduro, Miguel Poiares: The Double Constitutional Life of the Charter of Fundamental Rights of the European Union. Teoksessa Hervey, Tamara – O'Keeffe, David (eds): Sex Equality Law in the European Union. John Wiley & Sons 1996.

Maduro, Miguel Poiares: Europe and the Constitution: what if this is as good as it gets. Teoksessa Weiler, J.H.H. – Wind, Marlene (eds): European Constitutionalism Beyond the State. Cambridge University Press 2003.

Maduro, Miguel Poiares – Azoulai, Loïc (eds): The Past and Future of EU Law. The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty. Hart Publishing 2010.

Mahoney, Kathleen E.: Canadian Approaches to Equality Rights and Gender Equity in the Courts. Teoksessa Cook, Rebecca (ed.): Human Rights of Women. National and International Perspectives. University of Pennsylvania Press, Philadelphia 1994, 437–461.

Makkonen, Timo: Equal in Law, Unequal in Fact. Racial and ethnic discrimination and the legal response thereto in Europe. Helsinki 2010.

Mazey, Sonia: Gender Mainstreaming in the E.U.: Principles and Practice. London 2001.

Mazey, Sonia: Gender Mainstreaming Strategies in the EU: Delivering on an Agenda? Feminist Legal Studies 10 (3), 2002, 227–240.

McColgan, Aileen: Cracking the Comparator Problem: Discrimination, Equal Treatment and the Role of Comparisons. European Human Rights Law Review, Issue 6, 2006, 650–677.

McCrudden, Christopher: Rethinking positive action. Industrial Law Journal 1986, 219–243.

McCrudden, Christopher – Prechal, Sacha: The Concept of Equality and Non-Discrimination in Europe: A practical approach. European Network of Legal Experts in the Field of Gender Equality. European Commission 2009.

McGlynn, Claire: Ideologies of Motherhood in European Community Sex Equality Law. European Law Journal, Vol 6., No. 1, March 2000, 29–44.

McKean, Warwick: Equality and Discrimination under International Law. Clarendon Press 1983.

Meenan, Helen: Reflecting on age discrimination in the European Union – the search for clarity and food for thought. ERA Forum (2009) 10: 107–124.

Merikoski, Veli: Kansalaisten perusoikeuksista. Lakimies 1932, 89–116.

Merrills, J.G. – Robertson, A.H.: Human Rights in Europe. A Study of the European Convention on Human Rights. Manchester University Press 2001.

de Mol, Mirjam: Kücükdeveci: Mangold Revisited – Horizontal Direct Effect of a General Principle of EU Law. European Constitutional Law Review 2010, 293–308.

More, Gillian C.: "Equal Treatment" of the Sexes in European Community Law: What does "Equal" Mean? Feminist Legal Studies Vol. I no. 1, 1993, 45–74.

More, Gillian: The Principle of Equal Treatment: From Market Unifier to Fundamental Right? Teoksessa Craig, Paul – de Búrca, Gráinne (eds): The Evolution of EU Law. Oxford University Press 1999, 517–552.

Mylly, Tuomas: Sisältyykö EU-oikeuteen johdetun oikeuden hierarkia? Lakimies 4/2011, 762–771.

Nielsen, Ruth – Szyszczak, Erika: The Social Dimension of the European Union. Third Edition. Copenhagen Business School Press 1997.

Nieminen, Kimmo: Tasa-arvolaki työsuhteessa. WSOY 2005.

Nieminen, Liisa: Perusoikeuksien merkitys naisille. Oikeus 1988, 67–85.

Nieminen, Liisa: Perusoikeuksien emansipatoriset mahdollisuudet? Valtiosääntöoikeudellinen tutkimus legaalistrategioiden rajoista. Lakimiesliiton Kustannus 1990.

Nieminen, Liisa: EY:n tasa-arvopolitiikka. Lakimiesliiton Kustannus 1991.

Nieminen, Liisa: Objektista subjektiksi – perus- ja ihmisoikeusjärjestelmän sukupuolisidonnaisuudesta. Teoksessa Turunen, Riitta (toim.): Naisnäkökulmia oikeuteen. Gaudeamus 1992.

Nieminen, Liisa: Perheen ja työn yhteensovittaminen. Helsinki 1995.

Nieminen, Liisa: Tasa-arvo Euroopan unionin perusoikeuskirjassa turvattuna perusoikeutena. Teoksessa Nieminen, Liisa (toim.): Perusoikeudet EU:ssa. Kauppakaari. Lakimiesliiton Kustannus 2001, 179–212.

Nieminen, Liisa: Eurooppalaistuva valtiosääntöoikeus – valtiosääntöistyvä Eurooppa. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja A-sarja N:o 259. Helsinki 2004.

Nieminen, Liisa: Ihmisoikeuksien jakamattomuusperiaate. Defensor Legis 1/2005, 44–58.

Nieminen, Liisa: Lapsuudesta vanhuuteen. Perus- ja ihmisoikeuksien merkitys eri ikävaiheissa. Edita 2006. (Nieminen 2006a)

Nieminen, Liisa: Ikä tasa-arvokysymyksenä. Oikeus 2006 (35) 2: 241–267. (Nieminen 2006b)

Nieminen, Liisa: Positiv särbehandling vid tillsättning av tjänster enligt EG-rätten: studium om rättspraxis särskilt ur finsk och nordisk synvinkel. Nordisk administrativt tidsskrift 3–4/2006, 285–305. (Nieminen 2006c)

Nieminen, Liisa: Tarvittaisiinko Suomessakin valtiosääntötuomioistuin? Lakimies 1/2007, 3–24.

Nieminen, Liisa: Laitosvaltaopin hylkääminen: alku perusoikeuksien uudelle aikakaudelle. Teoksessa Letto-Vanamo, Pia – Mäenpää, Olli – Ojanen, Tuomas (toim.): Juhlajulkaisu Mikael Hidén 1939–7/12–2009. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja C-sarja N:o 40. Helsinki 2009, 11–35.

Nieminen, Liisa: Eurooppalainen konstitutionalismi. Lakimies 5/2010, 773–790.

Nousiainen, Kevät: Yhdenvertaisuudesta, sukupuolierosta ja syrjinnästä. Teoksessa Nousiainen, Kevät – Pylkkänen, Anu: Sukupuoli ja oikeuden yhdenvertaisuus. Forum Iuris. Helsingin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisut. Helsinki 2001, 16–67.

Nousiainen, Kevät: On the Limits of the Concept of Equality: Arguments for a Dynamic Reading. Teoksessa Eva-Maria Svensson – Anu Pylkkänen – Johanna Niemi-Kiesiläinen (eds): Nordic Equality at a Crossroads. Feminist Legal Studies Coping with Difference. Ashgate 2004.

Nousiainen, Kevät: Tasa-arvon monet kasvot: kansainvälisistä vaikutuksista Suomen tasa-arvo-oikeudessa. Lakimies 7–8/2005, 1188–1209.

Nousiainen, Kevät: Utility-based equality and disparate diversities: from a Finnish perspective. Teoksessa Schiek, Dagmar – Chege, Victoria (eds): European Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives on Multidimensional Equality Law. Routledge 2008, 187–214. (Nousiainen 2008a)

Nousiainen, Kevät: Yleinen oppi yhdenvertaisuudesta? Teoksessa Hurri, Samuli (toim.): Demokraattisen oikeuden ehdot. Kritiikki, politiikka, kulttuuri. Kaarlo Tuorin 60-vuotisjuhlakirja. Tutkijaliitto, Helsinki 2008, 157–168. (Nousiainen 2008b)

Nousiainen, Kevät: Käsitteellisiä välineitä tasa-arvon erittelyyn. Teoksessa Tasa-arvo toisin nähtynä. Oikeuden ja politiikan näkökulmia tasa-arvoon ja yhdenvertaisuuteen. Gaudeamus 2012, 31–56.

Nousiainen, Kevät – Gunnarsson, Åsa – Lundström, Karin – Niemi-Kiesiläinen, Johanna (eds): Responsible Selves. Women in the Nordic legal culture. Ashgate Darthmouth 2001.

Nousiainen, Kevät – Kantola, Johanna: Pussauskoppiin? Tasa-arvo- ja yhdenvertaisuuslakien yhdistämisestä. Naistutkimus–Kvinnoforskning 2/2008, 6–20.

Nousiainen, Kevät – Pylkkänen, Anu: Sukupuoli ja oikeuden yhdenvertaisuus. Forum Iuris, Helsinki 2001.

Nowak, Manfred: U.N covenant on civil and political rights: CCPR Commentary. Kehl: N. P. Engel 1993.

Nozick, Robert: Distributive Justice, in his Anarchy, State, and Utopia. Basic Books 1974, Chapter 7, 149–231.

Nummijärvi, Anja: Raskauteen ja synnytyksestä johtuvaan syyhyn perustuvan syrjinnän kielloista – tasa-arvolain ja EU-oikeuden tarkastelua. Työoikeudellisen yhdistyksen vuosikirja 1995, 77–95.

Nummijärvi, Anja: Palkkasyrjintä. Oikeudellinen tutkimus samapalkkaisuuslainsäädännön sisällöstä ja toimivuudesta. Edita Publishing Oy, Helsinki 2004.

Nummijärvi, Anja – Romanov, Päivi: Sukupuolten välisen tasa-arvon sääntely Euroopan unionissa. Teoksessa Kaila, Heidi – Pirjatanniemi, Elina – Suksi, Markku (toim.): Yksilön oikeusasema Euroopan unionissa. Juhlakirja Allan Rosas. Institutet för mänskliga rättigheter vid Åbo Akademi 2008, 59–79.

Nummijärvi, Anja – Saloheimo, Jorma: Samapalkkaisuus: perusteet ja oikeussuoja. Sosiaali- ja terveysministeriö, tasa-arvojulkaisuja 1996.

Nussbaum, Martha: Sex & Social Justice. Oxford University Press 1999.

Nussbaum, Martha: Women and Human Development. The Capabilities Approach. Cambridge University Press 2000.

Nussbaum, Martha: Rawls and Feminism. Teoksessa Freeman, Samuel (ed.): The Cambridge Companion to Rawls. Cambridge University Press 2003, 488–520.

Nussbaum, Martha: Capabilities as Fundamental Entitlements: Sen and Social Justice. Feminist Economics 9(2–3), 2003, 33–59. (Nussbaum 2003b)

Nussbaum, Martha: Foreword: Constitutions and Capabilities: ”Perceptions” Against Lofty Formalism. 21 Harvard Law Review (2007) 4.

Nussbaum, Martha: Frontiers of Justice. Disability, Nationality, Species Membership. Harvard University Press 2007. (Nussbaum 2007b)

Nussbaum, Martha – Sen, Amartya: The Quality of Life. Oxford University Press 1993.

Nätkin, Ritva: Moninaiset perhemuodot ja lapsen hyvä. Teoksessa Forsberg, Hannele – Nätkin, Ritva (toim.): Perhe murroksessa. Vastapaino 2003, 16–38.

Nussbaum, Martha: Sex and Justice. Oxford University Press 1999.

O'Cinnéide, Colm: Positive action and the limits of existing law. Maastricht Journal of European and Comparative Law 2006, 351–365.

O'Connell, Rory: Cinderella comes to the Ball: Art 14 and the right to non-discrimination in the ECHR. Legal Studies, Vol. 29 No. 2, June 2009, 211–229.

Ojanen, Tuomas: The European Way. The Structure of National Court Obligation under EC Law, Saarijärvi 1998.

Ojanen, Tuomas: EY:n oikeuden perusvaikutuksista jäsenvaltioiden tuomioistuinten toiminnassa. Oikeustiede–Jurisprudentia XXXII:1999. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen vuosikirja, 221–295.

Ojanen, Tuomas: Suomen valtiosäännön perusteita. Forum iuris. Helsingin yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta 2001.

Ojanen, Tuomas: Perusoikeudet ja ihmisoikeudet Euroopan unionissa. Teoksessa Haapea, Arto (toim.): Ihmisoikeudet 2000-luvulla. Sopimuksia ja asiakirjoja, 890–897. Ihmisoikeusliitto / Edita Publishing Oy. Helsinki 2002.

Ojanen, Tuomas: Perusoikeudet ja ihmisoikeudet Suomessa. Forum iuris. Helsingin yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta 2003.

Ojanen, Tuomas: Euroopan unioni ja kotimainen perusoikeusjärjestelmä. Lakimies 7–8/2003, 1149–1168. (Ojanen 2003b)

Ojanen, Tuomas: KKO 2004:26. Rakennussuojelu. Perustuslaki. Omaisuuden suoja. Perustuslain etusija. Lakimies 5/2004, 911–928. (Ojanen 2004a)

Ojanen, Tuomas: KHO 2003:102. Valitusoikeus, rantayleiskaava, osittainen kumoaminen. Lakimies 2/2004, 332–346. (Ojanen 2004b)

Ojanen, Tuomas: Eurooppa-tuomioistuimet ja suomalaiset tuomioistuimet. Lakimies 7–8/2005, 1210–1228.

Ojanen, Tuomas: KHO 2007:77 – Pro fisco, contra legem contitutionalem. Lakimies 2/2008, 299–315.

Ojanen, Tuomas: Johdatus perus- ja ihmisoikeusjuridiikkaan. Helsingin yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta 2009. (Ojanen 2009a)

Ojanen, Tuomas: Perus- ja ihmisoikeudet: eurooppalaisen konstitutionalismin Akilleen kantapää? Lakimies 7–8/2009, 1106–1124. (Ojanen 2009b)

Ojanen, Tuomas: Eduskunnan perustuslakivaliokunta ja tuomioistuimet – kohti valtiosääntöoikeudellista dialogia? Teoksessa Letto-Vanamo, Pia – Mäenpää, Olli – Ojanen, Tuomas (toim.): Juhlajulkaisu Mikael Hidén 1939–7/12–2009. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja C-sarja N:o 40, 239–252. (Ojanen 2009c)

Ojanen, Tuomas: EU-oikeuden perusteita. Edita 2010.

Ojanen, Tuomas: Tuomioistuimet – suomalaisen valtiosääntöoikeuden sokea piste? Teoksessa Wiberg, Matti (toim.): Perustuslakihaasteet. Edita Publishing Oy 2010, 95–118. (Ojanen 2010b)

Ojanen, Tuomas – Scheinin, Martin: Kansainväliset ihmisoikeussopimukset ja Suomen perusoikeusjärjestelmä. Teoksessa Hallberg, Pekka – Karapuu, Heikki – Ojanen, Tuomas – Scheinin, Martin – Tuori, Kaarlo – Viljanen, Veli-Pekka: Perusoikeudet. Oikeuden perusteokset. 2. uud. p. Werner Söderström lakitieto 2011, 171–196. (Ojanen – Scheinin 2011a)

Ojanen, Tuomas – Scheinin, Martin: Yhdenvertaisuus ja syrjinnän kielto. Teoksessa Hallberg, Pekka – Karapuu, Heikki – Ojanen, Tuomas – Scheinin, Martin – Tuori, Kaarlo – Viljanen, Veli-Pekka: Perusoikeudet. Oikeuden perusteokset. 2. uud. p. Werner Söderström lakitieto 2011, 227–280. (Ojanen – Scheinin 2011b)

Ojanen, Tuomas – Scheinin Martin: Perusoikeuksien ja ihmisoikeuksien kansainvälinen valvonta. Teoksessa Hallberg, Pekka – Karapuu, Heikki – Ojanen, Tuomas – Scheinin, Martin – Tuori, Kaarlo – Viljanen, Veli-Pekka: Perusoikeudet. Oikeuden perusteokset. 2. uud. p. Werner Söderström lakitieto 2011, 875–906. (Ojanen – Scheinin 2011c)

Okin, Susan Moller: Justice, Gender, and the Family. Basic Books 1989.

Okin, Susan Moller: John Rawls: Justice as Fairness – For Whom? Teoksessa Lyndon Shanley, Mary – Pateman, Carole (eds): Feminist Interpretations and Political Theory. Polity Press 1994, 181–198. (Okin 1994a)

Okin, Susan Moller: Political Liberalism, Justice, and Gender. Ethics 105 (1994), 23–43. (Okin 1994b)

Okin, Susan Moller: Justice and Gender: an Unfinished Debate. Fordham Law Review Vol. 72, 2004, 1537–1567.

O'Leary, Síofra: Employment Law at the European Court of Justice. Judicial Structures, Policies and Processes. Hart Publishing 2002.

O'Leary, Síofra: Defrenne II Revisited. Teoksessa Maduro, Miguel Poiares – Azoulai, Loïc (eds): The Past and Future of EU Law. The Classics of EU Law. Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty. Hart Publishing 2010, 274–285.

Papadopoulos, Thomas: Criticising the horizontal direct effect of the EU general principle of equality. European Human Rights Law Review 2011, Issue 4, 437–447.

Pateman, Carole: The Disorder of Women. Democracy, Feminism and Political Theory. Polity Press 1989.

Pateman, Carole: Equality, difference, subordination; the politics of motherhood and women's citizenship. Teoksessa Bock, Gisela – James, Susan (eds): Beyond Equality and Difference: Citizenship, feminist politics and female subjectivity. Routledge 1992, 17–31.

Paunio, Riitta-Leena: Oikeusasiamies ihmisoikeuksien puolustajana. Teoksessa Letto-Vanamo, Pia – Mäenpää, Olli – Ojanen, Tuomas (toim.): Juhlajulkaisu Mikael Hidén 1939–7/12–2009. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja C-sarja N:o 40. Helsinki 2009, 37–46.

Peers, Steve: Taking Rights Away? Limitations and Derogations. Teoksessa Peers, Steve – Ward, Angela (eds): European Union Charter of Fundamental Rights. Hart Publishing 2004.

Peers, Steve: Supremacy, Equality and Human Rights: Comment on *Kücükdeveci.* European Law Review 2010, 849.

Peers, Steve: The EU Charter of rights and the right to equality. ERA Forum (2011) 11: 571–584.

Peers, Steve – Ward, Angela (eds): The EU Charter of Fundamental Rights. Hart Publishing 2004.

Pellonpää, Matti: Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytäntö EU-oikeuden lähteenä. Teoksessa Kaila, Heidi – Pirjatanniemi, Elina – Suksi, Markku (toim.): Yksilön oikeusasema Euroopan unionissa. Juhlakirja Allan Rosas. Turku 2008, 21–40.

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

Pentikäinen, Merja: The Applicability of the Human Rights Model to Address Concerns and the Status of Women. Forum Iuris, Helsinki 1999.

Pentikäinen, Merja: Naiset. Teoksessa Haapea, Arto (toim.): Ihmisoikeudet 2000-luvulla. Sopimuksia ja asiakirjoja. Ihmisoikeusliitto / Edita 2002, 544–658.

Pentikäinen, Merja: Kansainväliset ihmisoikeudet. Teoksessa Kantola, Johanna – Nousiainen, Kevät – Saari, Milja (toim.): Tasa-arvo toisin nähtynä. Oikeuden ja politiikan näkökulmia tasa-arvoon ja yhdenvertaisuuteen. Gaudeamus 2012, 99–123.

Peters, Julie – Wolper, Andrea (eds): Women's Rights, Human Rights. International Feminist Perspectives. Routledge 1995.

Pojman, Louis P. – Westmoreland, Robert (eds): Equality. Selected Readings. Oxford University Press 1997.

Pollack, Mark – Hafner-Burton, Emilie: Mainstreaming Gender in the European Union. Journal of European Public Policy 7 (3), 2000, 432–456.

Prechal, Sacha: Case Law A. Court of Justice. Common Market Law Review 1996, 1245–1259.

Prechal, *Sacha*: Equality of Treatment, Non-Discrimination and Social Policy: Achievements in Three Themes. Common Market Law Review 41 (2004), 533–551.

Prechal, Sacha: Direct Effect, Indirect Effect, Supremacy and the Evolving Constitution of the European Union. Teoksessa Barnard, Catherine (ed.): The Fundamentals of EU Law Revisited. Assessing the Impact of the Constitutional Debate. Oxford University Press 2007.

Prechal, *Sacha – Masselot, Annick – Burri Susanne – van den Berg, Chantal – de Graaff, Gina – van Seggelen, Irene*: Report on Pregnancy, Maternity, Parental and Paternity Rights. Commission's Network of legal experts in the fields of employment, social affairs and equality between men and women. European Commission 2007.

Prechal, Sacha – McCrudden, Christopher: The Concepts of Equality and Non-Discrimination in Europe: A practical approach. European Network on Legal Experts in the Field of Gender Equality. European Commission 2009.

Puumalainen, Mikko: Mitä Euroopan unionin perusoikeudet merkitsevät laillisuusvalvonnalle? Teoksessa Heinonen, Tuuli – Lavapuro, Juha (toim.): Oikeuskulttuurin eurooppalaistuminen. Ihmisoikeuksien murroksesta kansainväliseen vuorovaikutukseen. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja E-sarja N:o 23. Helsinki 2012, 265–294.

Pylkkänen, Anu: Oikeus hoiva-aikaan. Teoksessa Castrén, Anna-Maija (toim.): Työn ja perheen tasapaino: sääntelyä, tutkimusta ja kehittämistä. Helsinki 2007, 38–54.

Pylkkänen, Anu: Trapped in Equality. Women as Legal Persons in the Modernisation of Finnish Law. Suomalaisen Kirjallisuuden Seura 2009.

Radačić, Ivana: The European Court of Human Rights' Approach to Sex Discrimination. European Gender Equality Law Review No. 1/2012, 13–22.

Raevaara, Eeva: Tasa-arvo ja muutoksen rajat. Sukupuolten tasa-arvo poliittisena ongelmana Ranskan parité- ja Suomen kiintiökeskusteluissa. Sosiaali- ja terveysministeriö. TANE-julkaisuja 2005:7.

Rasilainen, Aki: Onko perusoikeussäännösten soveltaminen lainsäädännössä ja lainkäytössä oikeudellinen ratkaisu? Lakimies 5/2008, 723–746.

Rautiainen, Pauli: Moninaisuudessaan yhtenäinen Eurooppa: konsensusperiaate ja valtion harkintamarginaalioppi. Lakimies 6/2011, 1152–1171.
Rawls, John: A Theory of Justice. Harvard University Press 1971.
Rawls, John: Fairness to Goodness. The Philosophical Review 84 (1975), 536–554.
Rawls, John: Oikeudenmukaisuusteoria. (A theory of justice, 1971.) Suomentanut Terho Pursiainen. WSOY kurssikirjat. WSOY 1988.
Rawls, John: Political Liberalism. Columbia University Press 1993.
Rawls, John: The Idea of Public Reason Revisited. The University of Chicago Law Review 64 Summer 1997, 765–807.
Rees, Teresa: Mainstreaming Equality in the European Union: Education, Training and Labour Market Policies. London, New York 1998.
Repo, Katja: Pienten lasten kotihoito lastenhoidon vaihtoehtona. Janus 2007, Vol. 15, Issue 3, 229–244.
Rhode, Deborah: Feminist Critical Theories. Teoksessa Smith, Patricia (ed.): Feminist Jurisprudence. Oxford University Press. New York, Oxford 1993.
Ricoeur, Paul: The just. University of Chicago Press 2000.
Rosas, Allan – Armati, Lorna: EU Constitutional Law. An Introduction. Hart Publishing 2010.
Roseberry, Lynn: Religion, ethnicity and gender in the Danish headscarf debate. Teoksessa Schiek, Dagmar – Chege, Victoria (eds): European Union Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives on Multidimensional Equality Law. Routledge 2008, 329–351.
Roth, Venla: Defining Human Trafficking, Identifying its Victims: a Study on the Impact and Future Challenges of the International, European and Finnish Legal Responses to Prostitution-Related Trafficking in Human Beings. Turun yliopisto 2010 ja Martinus Nijhoff 2012.
Rusanen, Erja: Hoiva, kiintymys ja lapsen kehitys. Finn Lectura Oy 2011.
Räsänen, Leila: Hallituksen tasa-arvopolitiikkaa tekemässä. Teoksessa Holli, Anne Maria – Saarikoski, Terhi – Sana, Elina (toim.): Tasa-arvopolitiikan haasteet. WSOY 2002.
Saari, Milja: Yksijalkainen tuoli – sukupuolinäkökulman valtavirtaistamisesta Suomessa. Teoksessa Moring, Anna (toim.): Sukupuolen politiikka. Naisten äänioikeuden 100 vuotta Suomessa. Otava 2006.
Saari, Milja: Sukupuolinäkökulman valtavirtaistaminen tasa-arvopolitiikan strategiana. Teoksessa Kantola, Johanna – Nousiainen, Kevät – Saari, Milja (toim.): Tasa-arvo toisin nähtynä. Oikeuden ja politiikan näkökulmia tasa-arvoon ja yhdenvertaisuuteen. Gaudeamus 2012, 175–197.
Sainsbury, Diane – Bergqvist, Christina: The Promise and Pitfalls of Gender Mainstreaming. The Swedish Case. International Feminist Journal of Politics 11:2 June 2009, 216–234.
Sakslin, Maija: Sosiaaliset oikeudet ja perustuslaki. Teoksessa Liisa Nieminen (toim.): Perusoikeudet Suomessa. Lakimiesliiton Kustannus 1999, 221–254.
Salmi, Minna – Lammi-Taskula, Johanna (toim.): Puhelin, mummo vai joustava työaika? Työn ja perheen yhdistämisen arkea. Stakes 2004.
Salmi, Minna – Lammi-Taskula, Johanna – Närvi, Johanna: Perhevapaat ja työelämän tasa-arvo. Työ- ja elinkeinoministeriön julkaisuja 24/2009.
Salmi, Minna – Lammi-Taskula, Johanna: 6+6+6 -malli vanhempainvapaan uudistamiseksi. Päätösten tueksi 1/2010. Terveyden ja hyvinvoinnin laitos 2010.
Salminen, Janne: Perusoikeuskirja – nyt. Euroopan yhteisön tuomioistuimen tuomio 27.6.2006 (suuri jaosto) asiassa C-540/03, Euroopan parlamentti vastaan Euroopan unionin neuvosto. Lakimies 2/2007, 285–297.
Saloheimo, Jorma: Kollektiivisopimuksen syrjivyydestä – kunta-alan kokemuslisän arviointia. Defensor Legis 4/1998, 609–620.

Sandel, Michael: Liberalism and the Limits of Justice. Cambridge University Press 1982. Revised Edition 1999.

Saraviita, Ilkka: Perustuslakivaliokunnan rooli perusoikeusjärjestelmän kehittämisessä. Teoksessa Nieminen, Liisa (toim.): Perusoikeudet Suomessa. Lakimiesliiton Kustannus 1999, 31–71.

Saraviita, Ilkka: Suomalainen perusoikeusjärjestelmä. Talentum 2005.

Scheinin, Martin: Ihmisoikeudet Suomen oikeudessa. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja A-sarja N:o 189. Helsinki 1991.

Scheinin, Martin: Yhdenvertaisuus ja syrjinnän kielto (PL 6§). Teoksessa Hallberg, Pekka – Karapuu, Heikki – Scheinin, Martin – Tuori, Kaarlo – Viljanen, Veli-Pekka: Perusoikeudet. WSOY 1999, 231–261.

Scheinin, Martin: Economic and Social Rights as Legal Rights. Teoksessa Eide, Asbjorn – Krause, Catarina – Rosas, Allan (eds): Economic, Social and Cultural Rights. A Textbook. Second Revised Edition. Martinus Nijhoff Publishers 2001, 29–54.

Scheinin, Martin: Ihmisoikeussopimuksista ja muista ihmisoikeusasiakirjoista. Teoksessa Haapea, Arto (toim.): Ihmisoikeudet 2000-luvulla. Sopimuksia ja asiakirjoja. Ihmisoikeusliitto / Edita 2002, 1–14.

Scheinin, Martin: KKO 2003:107. Isyys. Isyyden vahvistaminen. Perustuslaki. Perusoikeudet. Yhdenvertaisuus. Lakimies 2004, 532–543.

Scheinin, Martin: Characteristics of Human Rights Norms. Teoksessa Krause, Catarina – Scheinin, Martin (eds): International Protection of Human Rights. A Textbook. Institute for Human Rights. Åbo Akademi University 2009, 19–37.

Scheinin, Martin: Vastaväittäjän lausunto teoksesta Juha Lavapuro: Uusi perustuslakikontrolli. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2011. Lakimies 4/2011, 819–828.

Schiek, Dagmar: Positive Action in Community Law. Industrial Law Journal 25(3), 1996, 239–246.

Schiek, Dagmar: Sex Equality Law After Kalanke and Marschall. European Law Journal, Vol. 4, No. 2, June 1998, 148–166.

Schiek, Dagmar: A New Framework on Equal Treatment of Persons in EC Law? European Law Journal, Vol. 8, No. 2, 2002, 290–314.

Schiek, Dagmar: Broadening the Scope and the Norms of EU Gender Equality Law: Towards a Multidimensional Conception of Equality Law. 12 Maastricht Journal 2005, 427.

Schiek, Dagmar: Indirect Discrimination. Teoksessa Schiek, Dagmar – Waddington, Lisa – Bell, Mark (eds): Materials, Cases and Text on national, supranational and international non-discrimination law. Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe. Hart Publishing 2007, 323–475.

Schiek, Dagmar: Constitutional Principles and Horizontal Effect: Kücükdeveci revisited. European Labour Law Journal 2010, Vol. 1, No. 3, 368–379.

Schiek, Dagmar: Age Discrimination before the ECJ – Conceptual and Theoretical Issues. Common Market Law Review 2011, Vol. 48, 777–799.

Schiek, Dagmar – Chege, Victoria (eds): European Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives on Multidimensional Equality Law. Routledge 2008.

Schiek, Dagmar – Waddington, Lisa – Bell, Mark: Introductory Chapter. A Comparative Perspective on Non-Discrimination Law. Teoksessa Schiek, Dagmar – Waddington, Lisa – Bell, Mark (eds): Materials, Cases and Text on national, supranational and international non-discrimination law. Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe. Hart Publishing 2007, 1–32.

de Schutter, Olivier: Positive Action. Teoksessa Schiek, Dagmar – Waddington, Lisa – Bell, Mark (eds): Materials, Cases and Text on national, supranational and international non-discrimination law. Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe. Hart Publishing 2007, 757–869.

Scott, Joan: Deconstructing Equality-versus-Difference: or, the Uses of Poststructuralist Theory for Feminism. Feminist Studies 1988, 14(1), 33–49.

Seifert, Achim: Mangold und kein Ende – die Entscheidung der Grossen Kammer des EuGH v. 19.1.2010 in der Rechtssache *Kücükdeveci*. Europarecht 2010, Heft 6, 802–811.

Selmi, Michael: Indirect Discrimination: a Perspective from the United States. Teoksessa Loenen, Titia – Rodrigues Peter R. (eds): Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives. Kluwer Law International 1999, 213–222.

Sen, Amartya: Inequality Reexamined. Harvard University Press 1992.

Sen, Amartya: Development as Freedom. Anchor Books 1999.

Sen, Amartya: The Idea of Justice. Penguin Books 2010.

Senden, Linda: Soft Law in European Community Law. Hart Publishing 2004.

Sharpston, Eleanor: The Shock Troops Arrive in Force: Horizontal Direct Effect of a Treaty Provision and Temporal Limitation of Judgements Join the Armoury of EC Law. Teoksessa Maduro, Miguel Poiares – Azoulai, Loïc (eds): The Past and Future of EU Law. The Classics of EU Law. Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty. Hart Publishing 2010, 251–264.

Shaw, Jo: Law of the European Union. Palgrave Macmillan, 2000.

Shaw, Jo: Mainstreaming Equality in European Union Law and Policymaking. European Network Against Racism. 2004.

Simon, Denys: SABENA is dead, Gabrielle Defrenne's case is still alive: the old lady's testament... Teoksessa Maduro, Miguel Poiares – Azoulai, Loïc (eds): The Past and Future of EU Law. The Classics of EU Law. Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty. Hart Publishing 2010, 265–273.

Sinkkonen, Jari – Kalland, Mirjam (toim.): Varhaislapsuuden tunnesiteet ja niiden suojeleminen. WSOYpro Oy 2011.

Sipilä, Jorma – Repo, Katja – Rissanen, Tapio (toim.): Cash-for-Childcare. The Consequences for Caring Mothers. Edward Elgar Publishing Limited 2010.

Sipponen, Kauko – Hidén, Mikael – Karapuu, Heikki – Kivivuori, Antti – Törnudd, Klaus: Perusoikeustyöryhmän muistio. Helsinki 1982.

Sjerps, Ina: Effects and Justifications. Or How to Establish a Prima Facie Case of Indirect Sex Discrimination. Teoksessa Loenen, Titia – Rodrigues Peter R. (eds): Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives. Kluwer Law International 1999, 237–247.

Slaughter, Anne-Marie – Sweet, Alec Stone – Weiler, Joseph H.H. (eds): The European Court and National Courts – Doctrine and Jurisprudence. Legal Change in its Social Context. Hart Publishing 1998.

Smart, Carol: Feminism and the Power of Law. Routledge 1989.

Sohrab, Julia Adiba: Avoiding the Exquisite Trap: A Critical Look at the Equal Treatment/Special Treatment Debate in Law. Feminist Legal Studies Vol. I no. 2 [1993].

de Sousa Santos, Boaventura: Toward a New Legal Common Sense. Cambridge University Press 2002.

Squires, Judith: Gender in Political Theory. Polity Press 1999.

Squires, Judith: Is Mainstreaming Transformative? Theorizing Mainstreaming in the Context of Diversity and Deliberation. Social Politics: International Studies in Gender, State and Society 12, Fall 2005, 366–388.

Steiner, Henry – Alston, Philip J. – Goodman, Ryan: International Human Rights in Context: Law, Politics, Morals: text and materials. Oxford University Press 2008.

Sulkunen, Irma: Naisten järjestäytyminen ja kaksijakoinen kansalaisuus. Teoksessa Alapuro, Risto – Liikanen, Ilkka – Smeds, Kerstin – Stenius Henrik (toim.): Kansa liikkeessä. Kirjayhtymä 1987, 157–175.

Sutela, Hanna: Määräaikainen työ ja perheellistyminen Suomessa 1984–2008. Tutkimuksia 259. Tilastokeskus 2013.

Svensson, Eva-Maria: Sex Equality: Changes in Politics, Jurisprudence and Feminist Legal Studies. Teoksessa Nousiainen, Kevät – Gunnarsson, Åsa – Lundström, Karin – Niemi-Kiesiläinen, Johanna (eds): Responsible Selves. Women in the Nordic Legal Culture. Ashgate 2001, 71–104.

Svensson, Eva-Maria – Pylkkänen, Anu – Niemi-Kiesiläinen, Johanna (toim.): Nordic Equality at a Crossroads. Feminist Legal Studies Coping with Difference. Ashgate 2004.

Szyszczak, Erika: The Status to be Accorded to Motherhood: Case C-32/93, Webb v. EMO Air Cargo (UK) Ltd. The Modern Law Review 1995, 861–864.

Szyszczak, Erika: Community Law on Pregnancy and Maternity. Teoksessa Hervey, Tamara – O'Keeffe, David (eds): Sex Equality Law in the European Union. John Wiley & Sons 1996, 51–62.

Szyszczak, Erika: Positive Action After Kalanke. The Modern Law Review Limited, No. 6, 1996, 877–883. (Szyszczak 1996b)

Tasa-arvovaltuutetun vuosikertomus 2001.

Tasa-arvovaltuutetun vuosikertomus 2007.

Tasa-arvovaltuutetun vuosikertomus 2009.

Tasa-arvovaltuutetun vuosikertomus 2010.

Taylor, Charles: Cross-Purposes: The Liberal-Communitarian Debate. Teoksessa Rosenblum, Nancy (ed.): Liberalism and the Moral Life. Harvard University Press 1989, 159–182.

Taylor, Charles: A Secular Age. Harvard University Press 2007.

Thüsing, Gregor – Horler, Sally: Case C-555/07 Seda Kücükdeveci v Swedex. Common Market Law Review 2010 (47), 1161–1172.

Timmer, Alexandra: Toward an Anti-Stereotyping Approach for the European Court of Human Rights. Human Rights Law Review 11:4 (2011), 707–738.

Tobler, Christa: Indirect Discrimination. A Case Study into the Development of the Legal Concept of Indirect Discrimination under EC Law. Intersentia 2005.

Tobler, Christa: Test-Achats or: the limits of lobbying. European Gender Equality Law Review 2/2011, 1–3.

Tong, Rosemarie: Feminist thought: a more comprehensive introduction. Westview Press 2009.

Tridimas, Takis: The General Principles of EU Law. Oxford University Press 2006.

Tuori, Kaarlo: Oikeus, valta ja demokratia. Lakimiesliiton Kustannus 1990.

Tuori, Kaarlo: Oikeustiede 2000. Lakimies 6–7/1998, 1002.

Tuori, Kaarlo: Perusoikeuksien ja ihmisoikeuksien turvaamisvelvollisuus (PL 22 §). Teoksessa Hallberg, Pekka – Karapuu, Heikki – Scheinin, Martin – Tuori, Kaarlo – Viljanen, Veli-Pekka: Perusoikeudet. WSOY 1999, 667–673.

Tuori, Kaarlo: Tuomarivaltio – uhka vai myytti? Lakimies 6/2003, 915–943.

Tuori, Kaarlo: Oikeudenalajaotus – strategista valtapeliä ja normatiivista argumentaatiota. Lakimies 7–8/2004, 1196–1224.

Tuori, Kaarlo: Oikeuden ratio ja voluntas. WSOYpro 2007.

Tuori, Kaarlo: Perustuslain tuomioistuinvalvonnan ultima ratio -perustelu ja perustuslain 106 §:n ilmeisyysvaatimus. Teoksessa Letto-Vanamo, Pia – Mäenpää, Olli – Ojanen, Tuomas (toim.): Juhlajulkaisu Mikael Hidén 1939–7/12–2009. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja C-sarja N:o 40. Helsinki 2009, 319–335.

Tuori, Kaarlo: Sosiaaliset oikeudet. Teoksessa Hallberg, Pekka – Karapuu, Heikki – Ojanen, Tuomas – Scheinin, Martin – Tuori, Kaarlo – Viljanen, Veli-Pekka: Perusoikeudet. Oikeuden perusteokset. 2. uud. p. Werner Söderström lakitieto 2011, 711–752. (Tuori 2011a)

Tuori, Kaarlo: Perusoikeudet poikkeusoloissa. Teoksessa Hallberg, Pekka – Karapuu, Heikki – Ojanen, Tuomas – Scheinin, Martin – Tuori, Kaarlo – Viljanen, Veli-Pekka: Perusoikeudet. Oikeuden perusteokset. 2. uud. p. Werner Söderström lakitieto 2011, 821–830. (Tuori 2011b)

Tuori, Kaarlo – Lavapuro, Juha: Perusoikeuksien ja ihmisoikeuksien turvaamisvelvollisuus. Teoksessa Hallberg, Pekka – Karapuu, Heikki – Ojanen, Tuomas – Scheinin, Martin – Tuori, Kaarlo – Viljanen, Veli-Pekka: Perusoikeudet. Oikeuden perusteokset. 2. uud. p. Werner Söderström lakitieto 2011, 809–820.

Verloo, Mieke: Another Velvet Revolution? Gender Mainstreaming and the Politics of Implementation. Vienna: Institut für die Wissenschaften vom Menschen, Working Paper No. 5, 2001.

Viljanen, Jukka: European Court of Human Rights as a developer of the general doctrines of human rights law: a study of the limitation clauses of the European Convention on Human Rights. Tampere University Press 2003.

Viljanen, Veli-Pekka: Perusoikeuksien rajoitusedellytykset. Helsinki 2001.

Viljanen, Veli-Pekka: Perustuslain etusija ja ristiriidan ilmeisyyden vaatimus. Teoksessa Tala, Jyrki – Wikström, Kauko (toim.): Oikeus – kulttuuria ja teoriaa. Juhlakirja Hannu Tolonen. Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja. A Juhlajulkaisut N:o 16. Turun yliopisto oikeustieteellinen tiedekunta 2005.

Viljanen, Veli-Pekka: Perustuslain yhdenvertaisuussäännökset eduskunnan perustuslakivaliokunnan käytännössä. Teoksessa Anttila, Erno – Koillinen, Mikael (toim.): Hallinto ja hallintolainkäyttö. Juhlajulkaisu Heikki Kulla 1950–28/8–2010. Turun yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta 2010, 493–514.

Viljanen, Veli-Pekka: Perusoikeuksien soveltamisala. Teoksessa Hallberg, Pekka – Karapuu, Heikki – Ojanen, Tuomas – Scheinin, Martin – Tuori, Kaarlo – Viljanen, Veli-Pekka: Perusoikeudet. Oikeuden perusteokset. 2. uud. p. Werner Söderström lakitieto 2011, 89–138. (Viljanen 2011a)

Viljanen, Veli-Pekka: Perusoikeuksien rajoittaminen. Teoksessa Hallberg, Pekka – Karapuu, Heikki – Ojanen, Tuomas – Scheinin, Martin – Tuori, Kaarlo – Viljanen, Veli-Pekka: Perusoikeudet. Oikeuden perusteokset. 2. uud. p. Werner Söderström lakitieto 2011, 139–170. (Viljanen 2011b)

Viljanen, Veli-Pekka: Perusoikeuksien merkitys lainsäädäntötyössä. Teoksessa Hallberg, Pekka – Karapuu, Heikki – Ojanen, Tuomas – Scheinin, Martin – Tuori, Kaarlo – Viljanen, Veli-Pekka: Perusoikeudet. Oikeuden perusteokset. 2. uud. p. Werner Söderström lakitieto 2011, 833–850. (Viljanen 2011c)

Vizkelety, Béatrice: Adverse Effect Discrimination in Canada: Crossing the Rubicon From Formal to Substantive Equality. Teoksessa Loenen, Titia – Rodrigues Peter R. (eds): Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives. Kluwer Law International 1999, 223–236.

van der Vleuten, Anna: The Price of Gender Equality. Member States and Governance in the European Union. Ashgate 2007.

Waddington, Lisa – Bell, Mark: Exploring the Boundaries of Positive Action under EU Law: A Search for Conceptual Clarity. 48 Common Market Law Review 2011, 1503–1526.

Walker, Neil: The Idea of Constitutional Pluralism. Modern Law Review 2002, 317–359.

Walker, Neil – Shaw, Jo – Tierney, Stephen (eds): Europe's Constitutional Mosaic. Hart Publishing 2011.

Walkila, Sonya: Ikään perustuva syrjinnän kielto EU-oikeuden yleisenä periaatteena. Lakimies 4/2010, 559–581.

Walkila, Sonya: Euroopan unionin perusoikeuskirja EU-tuomioistuimen oikeuskäytännössä. Defensor Legis 6/2011, 813–820.

Walzer, Michael: Spheres of Justice. A Defence of Pluralism and Equality. Martin Robertson & Company 1983. (Reprinted in 1985 by Basil Blackwell)

Walzer, Michael: Politics and Passion. Toward a More Egalitarian Liberalism. Yale University Press 2004.

Watt, Horatia Muir: Gender Equality and Social Policy after *Defrenne*. Teoksessa Maduro, Miguel Poiares – Azoulai, Loïc (eds): The Past and Future of EU Law. The Classics of EU Law. Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty. Hart Publishing 2010, 286–292.

Weiler, J.H.H.: The Constitution of Europe. Cambridge University Press 1999.

Weiler, J.H.H. – Wind, Marlene (eds): European Constitutionalism Beyond the State. Cambridge University Press 2003.

Wentholt, Klaartje: Formal and Substantive Equal Treatment: the Limitations and the Potential of the Legal Concept of Equality. Teoksessa Loenen, Titia – Rodrigues Peter R. (eds): Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives. Kluwer Law International, The Hague 1999, 53–64.

West, Robin: Jurisprudence and Gender. Teoksessa Smith, Patricia (ed.): Feminist Jurisprudence. Oxford University Press 1993, 493–530.

Westen, Peter: The Empty Idea of Equality. Harvard Law Review, Vol. 95, No. 3, January 1982, 537–572.

Westen, Peter: Speaking of Equality. An Analysis of the Rhetorical Force of 'Equality' in Moral and Legal Discourse. Princeton University Press 1990.

Westendorp, Ingrid (toim.): The Women's Convention Turned 30. Achievements, Setbacks, and Progress. Maastricht Series in Human Rights. Intersentia 2012.

Wintemute, Robert: How Big *Is* the "Gap" in Article 14 European Convention on Human Rights? European Human Rights Law Review, Issue 4, 2004, 366–382. (Wintemute 2004a)

Wintemute, Robert: Filling the Article 14 Gap: Government Ratification and Judicial Control of Protocol No. 12 ECHR. European Human Rights Law Review, Issue 5, 2004, 484–499. (Wintemute 2004b)

De Witte, Bruno: Direct Effect, Supremacy, and the Nature of the Legal Order. Teoksessa Craig, Paul – De Búrca, Gráinne (eds): The Evolution of EU Law. Oxford University Press 1999.

Yeung, Anne Birgitta – Saari, Juho – Lagerspetz, Eerik: Oikeudenmukaisuus hyvinvointivaltiossa. Teoksessa Saari – Yeung (toim.): Oikeudenmukaisuus hyvinvointivaltiossa. Gaudeamus – Helsinki University Press. Helsinki 2007, 9–30.

Ylöstalo, Hanna: Tasa-arvotyön tasa-arvot. Tampere University Press 2012.

Yourow, Howard Charles: The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence. Martinus Nijhoff Publishers 1996.

VIRALLISLÄHTEET

European Commission, *Commission Communication on Incorporating Equal Opportunities for Women and Men into All Community Policies and Activities*, COM(96) 67 final, 21.02.1996, OJ 1997 C 304. (European Commission 1996)

European Commission*, A Guide to Gender Impact Assessment*, Doc.EQOP 42-97en, DG V/D/5, 8 October (European Commission 1997)

European Commission, *Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. The Future of the European Employment Strategy (EES). "A strategy for full employment and better jobs for all*". Brussels, 14.1.2003, COM (2003) 6 final (European Commission 2003)

European Commission, *Multiple Discrimination in EU Law. Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination*? DG for Employment, Social Affaires and Equal Opportunities 2009. (European Commission 2009)

Euroopan ihmisoikeussopimuksen 12. lisäpöytäkirjan selitysmuistio (Explanatory Report)

Euroopan unionin perusoikeuskirjan selitykset, EYVL 2007/C 303/02
General Comment N:o 04: Equality between the sexes. (Art. 3): 30.07.1981. (YK:n ihmisoikeuskomitean yleinen kannanotto N:o 4)
General Comment N:o 18: Non-Discrimination: 9.11.1989. (YK:n ihmisoikeuskomitean yleinen kannanotto N:o 18)
General Comment N:o 28: Equality of rights between men and women (article 3): 29.3.2000 (YK:n ihmisoikeuskomitean yleinen kannanotto N:o 28)
General Comment N:o 16: The equal right of men and women to the enjoyment of all economic. social and cultural rights (art. 3 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), 11.8.2005. (YK:n TSS-komitean yleinen kannanotto No. 16)
General Comment N:o 20: Non-discrimination in economic, social and cultural rights (art. 2, para. 2, of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), 2.7.2009. (YK:n TSS-komitean yleinen kannanotto No. 20)
General recommendation No. 25, on article 4, paragraph 1, of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, on temporary measures (2004).
General recommendation No. 28 on the core obligations of State parties under article 2 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (2010).
Hallituksen esitysluonnos laiksi naisten ja miesten välisestä tasa-arvosta annetun lain muuttamisesta 28.6.2012.
Hallituksen tasa-arvo-ohjelma 2008–2011. Sosiaali- ja terveysministeriö. Helsinki 2008.
HE 90/1974. Hallituksen esitys lapsen asemaa koskevan lainsäädännön uudistamiseksi.
HE 57/1985. Hallituksen esitys naisten ja miesten välistä tasa-arvoa koskevaksi lainsäädännöksi.
HE 63/1992. Hallituksen esitys naisten ja miesten välisestä tasa-arvosta annetun lain 9 ja 14 §:n muuttamisesta.
HE 94/1993. Hallituksen esitys rikoslainsäädännön kokonaisuudistuksen toisen vaiheen käsittäviksi rikoslain ja eräiden muiden lakien muutoksiksi.
HE 309/1993. Hallituksen esitys perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamisesta.
HE 90/1994. Hallituksen esitys naisten ja miesten välisestä tasa-arvosta annetun lain muuttamisesta.
HE 1/1998. Hallituksen esitys uudeksi Suomen Hallitusmuodoksi.
HE 121/2004. Hallituksen esitys ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojaamiseksi tehdyn yleissopimuksen kahdennentoista pöytäkirjan hyväksymisestä ja laiksi pöytäkirjan lainsäädännön alaan kuuluvien määräysten voimaansaattamisesta.
HE 195/2004. Hallituksen esitys laiksi naisten ja miesten välisestä tasa-arvosta annetun lain muuttamisesta.
KM 1992:3. Perusoikeuskomitean mietintö. Helsinki 1992.
KM 2002:9. Tasa-arvolain uudistamistoimikunnan mietintö. Sosiaali- ja terveysministeriö. Helsinki 2002.
KM 2008:1. Tasa-arvo- ja yhdenvertaisuuslainsäädännön uudistustarve ja -vaihtoehdot. Yhdenvertaisuustoimikunnan välimietintö.
KM 2009:4. Ehdotus uudeksi yhdenvertaisuuslaiksi ja siihen liittyväksi lainsäädännöksi. Yhdenvertaisuustoimikunnan mietintö. Oikeusministeriö.
KM 2010:9. Perustuslain tarkastamiskomitean mietintö.
KOM(2010) 491 lopullinen. Komission tiedonanto Euroopan parlamentille, neuvostolle, Euroopan talous- ja sosiaalikomitealle ja alueiden komitealle. Naisten ja miesten tasa-arvostrategia vuosiksi 2010–2015. SEK(2010)1079. SEK(2010)1080.
II LaVM 4/1986. Toisen lakivaliokunnan mietintö hallituksen esityksestä 57/1985 naisten ja miesten välistä tasa-arvoa koskevaksi lainsäädännöksi.
LaVM 12/2006. Lakivaliokunnan mietintö hallituksen esityksestä laeiksi hedelmöityshoidoista ja isyyslain muuttamisesta.

LaVM 5/2009. Lakivaliokunnan mietintö hallituksen esityksestä laiksi rekisteröidystä parisuhteesta annetun lain 9 §:n muuttamisesta.
Oikeusministeriön työryhmän mietintö 2008:8 (Perustuslaki 2000 -työryhmän muistio)
Opinion of the European Court of Human Rights on Draft Protocol 12 to the European Convention on Human Rights, Doc 8606, 5.1.2000.
PeVL 1/1975. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä n:o 124 ja lakialoitteesta n:o 560 laiksi työntekijäin eläkelain muuttamisesta sekä eräiksi siihen liittyviksi laeiksi.
PeVL 2/1975. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esitykseen n:o 100 sisältyvistä ehdotuksista laeiksi yksityisoppikoulujen valtionavusta annetun lain sekä kunnallisten ja yksityisten oppikoulujen valtionavusta annetun lain muuttamisesta.
PeVL 1/1981. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä n:o 149 laiksi perintökaaren muuttamisesta.
PeVL 11/1982. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä n:o 5 laiksi eräiden ranta-alueiden liittämisestä Utsjoen kunnassa sijaitseviin tiloihin.
PeVL 3/1983. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä n:o 110 laiksi tulo- ja varallisuusverolain muuttamisesta.
PeVL 1/1986. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä n:o 57/1985 vp naisten ja miesten välistä tasa-arvoa koskevaksi lainsäädännöksi.
PeVL 2/1987. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä n:o 105 laiksi työllisyyslain 20 ja 29 §:n muuttamisesta.
PeVL 6/1988. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä n:o 64 yhdistyslaiksi sekä eräiksi siihen liittyviksi laeiksi.
PeVL 2/1990. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä n:o 22/1989 ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojaamiseksi tehdyn yleissopimuksen ja siihen liittyvien lisäpöytäkirjojen eräiden määräysten hyväksymisestä.
PeVL 12/1990. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä n:o 105 laiksi huoneenvuokralain muuttamisesta.
PeVL 3/1991. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä n:o 103 laiksi terveyskeskusmaksukokeilusta.
PeVL 5/1994. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä n:o 291/1993 vp valtion virkamieslaiksi ja laiksi valtion virkaehtosopimuslain muuttamisesta.
PeVL 21/1994. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä n:o 209 laiksi sairausvakuutuslain muuttamisesta.
PeVL 25/1994. Perustuslakivaliokunnan mietintö hallituksen esityksestä n:o 90 laiksi naisten ja miesten välisestä tasa-arvosta annetun lain muuttamisesta sekä lakialoitteista n:o 34 laiksi naisten ja miesten välisestä tasa-arvosta annetun lain 4 §:n muuttamisesta ja n:o 35 laiksi naisten ja miesten välisestä tasa-arvosta annetun lain muuttamisesta.
PeVM 25/1994. Perustuslakivaliokunnan mietintö hallituksen esityksestä n:o 309/1993 perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamisesta.
PeVL 13/1995. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä n:o 118/1995 vp yksityisalojen työeläkejärjestelmän uudistamista koskevaksi lainsäädännöksi.
PeVL 17/1995. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä n:o 172/1995 vp laiksi työmarkkinatuesta annetun lain muuttamisesta.
PeVL 8/1996. Perustuslakivaliokunnan lausunto lakialoitteesta 4/1995 vp laiksi kalastuslain muuttamisesta.
PeVL 17/1996. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä 75/1996 vp laiksi työmarkkinatuesta annetun lain muuttamisesta.
PeVL 39/1996. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä 208/1996 vp pienten lasten hoidon tukemista koskevan lainsäädännön uudistamiseksi.

PeVL 17/1997. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä 81/1997 vp laiksi aravavuokra-asuntojen ja aravavuokratalojen käytöstä, luovutuksesta ja omaksilunastamisesta annetun lain muuttamisesta.
PeVL 19/1997. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä 85/1997 vp laiksi kotitaloustyön väliaikaisesta verotuesta ja hallituksen esityksestä 90/1997 vp laiksi kotitaloustyön väliaikaisesta tukijärjestelmästä.
PeVL 23/1997. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä 6/1997 vp oikeudenkäyttöä, viranomaisia ja yleistä järjestystä vastaan kohdistuvia rikoksia sekä seksuaalirikoksia koskevien säännösten uudistamiseksi.
PeVM 10/1998. Perustuslakivaliokunnan mietintö hallituksen esityksestä uudeksi Suomen Hallitusmuodoksi (HE 1/1998 vp).
PeVL 17/1998. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä 42/1998 vp laiksi rajavartiolaitoksesta.
PeVL 19/1998. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä 34/1998 vp televisio- ja radiotoimintaa koskevaksi lainsäädännöksi.
PeVL 20/1998. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä 66/1998 vp laiksi maahanmuuttajien kotouttamisesta ja turvapaikanhakijoiden vastaanotosta.
PeVL 15/2001. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksen laiksi virallistetusta parisuhteesta (HE 200/2000 vp).
PeVL 43/2001. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä työvoimapolitiikan uudistuksen jatkamiseen liittyväksi lainsäädännöksi (HE 161/2001 vp).
PeVL 58/2001. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä laiksi lukiolain 18 §:n muuttamisesta (HE 212/2001 vp).
PeVL 59/2001. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä laeiksi nuorisorangaistuksen kokeilemisesta annetun lain 14 §:n ja oikeudenkäynnistä rikosasioissa annetun lain 8 luvun 11 §:n muuttamisesta (HE 210/2001 vp).
PeVL 11/2002. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä laiksi seutuyhteistyökokeilusta (HE 248/2001 vp).
PeVL 43/2002. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä laiksi sosiaalisesta luototuksesta, laiksi sosiaalihuoltolain muuttamisesta sekä laiksi sosiaalihuollon asiakkaan asemasta ja oikeuksista annetun lain 3 §:n muuttamisesta (HE 142/2002 vp).
PeVL 46/2002. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä työttömyysturvalaiksi ja eräiden siihen liittyvien lakien muuttamisesta (HE 115/2002 vp).
PeVL 57/2002. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä laiksi valmiuslain muuttamisesta ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi (HE 200/2002 vp).
PeVL 59/2002. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä laeiksi sukusolujen ja alkioiden käytöstä hedelmöityshoidossa ja isyyslain muuttamisesta.
PeVL 60/2002. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä eläkelainsäädännön muuttamiseksi (HE 242/2002vp).
PeVL 65/2002. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä laiksi Kainuun hallintokokeilusta (HE 198/2002 vp).
PeVL 70/2002. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä laeiksi perusopetuslain, lukiolain ja ammatillisesta koulutuksesta annetun lain sekä ammatillisesta aikuiskoulutuksesta annetun lain 11 ja 16 §:n muuttamisesta (HE 205/2002 vp).
PeVL 8/2003. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä laeiksi seutuvaltuustokokeilusta ja seutuyhteistyökokeilusta annetun lain muuttamisesta (HE 41/2003 vp).
PeVL 10/2003. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä laiksi yhdenvertaisuuden turvaamisesta sekä eräiden siihen liittyvien lakien muuttamisesta (HE 44/2003 vp).

PeVL 14/2003. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä laeiksi opintotukilain sekä lukiokoulutuksen ja ammatillisen koulutuksen opiskelijoiden koulumatkatuesta annetun lain muuttamisesta (HE 93/2003 vp).
PeVM 4/2004. Perustuslakivaliokunnan mietintö hallituksen esityksestä ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojaamiseksi tehdyn yleissopimuksen kahdennentoista pöytäkirjan hyväksymisestä ja laiksi pöytäkirjan lainsäädännön alaan kuuluvien määräysten voimaansaattamisesta (HE 121/2004 vp).
PeVL 9/2004. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä sähköisen viestinnän tietosuojalaiksi ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi (HE 125/2003 vp).
PeVL 22/2004. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä asumiseen perustuvan sosiaaliturvalainsäädännön soveltamisesta annetun lain ja eräiden siihen liittyvien lakien muuttamisesta (HE 76/2004 vp).
PeVL 28/2004. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä laiksi poliisikoulutuksesta sekä laeiksi poliisin hallinnosta annetun lain ja poliisilain 7 §:n muuttamisesta (HE 168/2003 vp).
PeVL 40/2004. Perustuslakivaliokunnan lausunto työelämä- ja tasa-arvovaliokunnalle hallituksen esityksestä n:o 195/2004 laiksi naisten ja miesten välisestä tasa-arvosta annetun lain muuttamisesta.
PeVL 42/2004. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä työttömyysturvalain ja eräiden muiden lakien muuttamisesta (HE 223/2004 vp).
PeVL 30/2005. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä työntekijän eläkelaiksi ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi (HE 45/2005 vp).
PeVL 34/2005. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä laiksi sosiaalihuoltolain muuttamisesta (HE 95/2005 vp).
PeVL 1/2006. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä laiksi terveydenhuollon järjestämisestä puolustusvoimissa annetun lain ja eräiden siihen liittyvien lakien muuttamisesta (HE 200/2005 vp).
PeVL 14/2006. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä valtion tuella rahoitettujen vuokra- ja osaomistusasuntojen asukasvalinnan sekä omistusasuntolainojen tuen myöntämisen perusteita koskevaksi lainsäädännöksi (HE 47/2006 vp).
PeVL 16/2006. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä laeiksi hedelmöityshoidoista ja isyyslain muuttamisesta (HE 3/2006 vp).
PeVL 23/2006. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä laiksi ulkomaalaislain ja ulkomaalaisrekisteristä annetun lain 8 §:n muuttamisesta (HE 31/2006 vp).
PeVL 25/2006. Perustuslakivaliokunnan toinen lausunto hallituksen esityksestä laeiksi hedelmöityshoidoista ja isyyslain muuttamisesta (HE 3/2006 vp).
PeVL 38/2006. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä vanhempainpäivärahoja ja työnantajakustannusten korvaamista koskevan lainsäädännön muuttamiseksi (HE 112/2006 vp).
PeVL 6/2008. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä laiksi merilain 6 luvun 1 §:n muuttamisesta (HE 175/2007 vp).
PeVL 11/2009. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä yliopistolaiksi ja siihen liittyviksi laeiksi (HE 7/2009 vp).
PeVL 13/2009. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä laiksi ammattikorkeakoululain muuttamisesta ja väliaikaisesta muuttamisesta (HE 26/2009 vp).
PeVL 44/2010. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä laiksi ympäristönsuojelulain 18 ja 103 §:n muuttamisesta (HE 179/2010 vp).

PeVL 15/2011. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä eduskunnalle adoptiota koskevan lainsäädännön uudistamiseksi sekä lasten adoptiota koskevan eurooppalaisen yleissopimuksen hyväksymiseksi ja laiksi sen lainsäädännön alaan kuuluvien määräysten voimaansaattamisesta (HE 47/2011 vp).

TyVL 3/1994. Työasiainvaliokunnan lausunto perustuslakivaliokunnalle hallituksen esityksestä n:o 309/1993 vp perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamisesta.

TyVM 3/2005. Työelämä- ja tasa-arvovaliokunnan mietintö hallituksen esityksestä 195/2004 laiksi naisten ja miesten välisestä tasa-arvosta annetun lain muuttamisesta.

Valtioneuvoston selonteko naisten ja miesten välisestä tasa-arvosta. Sosiaali- ja terveysministeriön julkaisuja 2010:8.

Lyhenteet

CEDAW	Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination against Women (Kaikkinaisen naisten syrjinnän poistamista koskeva yleissopimus, SopS 67–68/1986)
CEEP	European Centre of Enterprises with Public Participation and of Enterprises of General Economic Interest
COM	Commission documents
EAY	Euroopan ammatillinen yhteistyöjärjestö (ETUC, European Trade Union Confederation)
ECR	European Court Reports
EIS	Euroopan neuvoston yleissopimukseen ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojaamiseksi (ihmisoikeussopimus, SopS 18–19/1990)
EIT	Euroopan ihmisoikeustuomioistuin
ETY	Euroopan talousyhteisö
EU	Euroopan unioni
EUT	EU-tuomioistuin
EY	Euroopan yhteisö
EYVL	Euroopan yhteisöjen virallinen lehti
HE	Hallituksen esitys
HO	Hovioikeus
ILO	International Labour Organisation (Kansainvälinen työjärjestö)
KHO	Korkein hallinto-oikeus
KKO	Korkein oikeus
KM	Komiteanmietintö
KOM	Komission asiakirjasarja
KP-sopimus	Kansalaisoikeuksia ja poliittisia oikeuksia koskeva kansainvälinen yleissopimus (SopS 7–8/1976)
LaVM	Lakivaliokunnan mietintö
PeVL	Perustuslakivaliokunnan lausunto
PeVM	Perustuslakivaliokunnan mietintö
TSS-sopimus	Taloudellisia, sosiaalisia ja sivistyksellisiä oikeuksia koskeva kansainvälinen yleissopimus (SopS 6/1976)
TT	Työtuomioistuin
TyVM	Työelämä- ja tasa-arvovaliokunnan mietintö
UNICE	Union of Industrial and Employer's Confederations of Europe (nyk. BUSINESSEUROPE)

I
JOHDANTO

Liisa ja Timo Ruokolainen: Oikeudenjumalatar Themis ja hänen ratsunsa juhlahaarniskoissaan (1996) © Kuvasto 2013.
Piirros veistoksesta *Hannele Stenfors*.

1 Tutkimuksen lähtökohdat

> ”For a long time I have hesitated to write a book on woman. The subject is irritating, especially to women; and it is not new. Enough ink has been spilled in the quarrel over feminism, now practically over, and perhaps we should say no more about it.”
> (Simone de Beauvoir, The Second Sex: Introduction. 1947)

> ”Almost two decades have passed since I arrived at Stanford Law School as the second woman on a faculty of some thirty-five men. When I expressed interest in teaching a course on sex discrimination, my colleagues were mainly amused. ’Do our students really need a class in that?’ ’Don´t most people manage to discriminate naturally without formal instruction?’”
> (Deborah L. Rhode: The ’No Problem’ Problem. In: Speaking of Sex. The Denial of Gender Inequality. 1997)

Pirkanmaan käräjäoikeuden aulassa seisoo Liisa ja Timo Ruokolaisen veistos *Oikeudenjumalatar Themis ja hänen ratsunsa juhlahaarniskoissaan* (1996). Kädessään jumalattarella on perinteiset oikeuden ja oikeudenmukaisuuden symbolit miekka ja vaaka. Kuten taidehistorian dosentti FT Virpi Harju on kirjoittanut,[1] oikeus ja oikeudenmukaisuus kuvataan yleensä ylevänä naisen hahmona, jolla on usein silmät sidottuna osoittamassa oikeuden muodollista yhdenvertaisuutta. Ratsastajapatsaassa oikeudenjumalatar istuu hevosen selässä ikään kuin valmiina taisteluun tuulimyllyjä vastaan. Oikeutta ei ole kuvattu side vaan kypärä silmillä. Harju toteaa, että kuva vastannee klassisia kuvia paremmin tämän päivän todellisuutta. Keskeistä on oikeudenmukaisuuden taistelu muita voimia vastaan. Tämä taidehistorioitsijan luonnehdinta oikeudesta kuvastaa erityisen hyvin sukupuolten tasa-arvoa koskevaa oikeutta ja tutkimusta.

Sukupuolten tasa-arvo jakaa mielipiteitä. Naisten ja miesten nähdään olevan Suomessa tasa-arvoisia – mitä sitä nyt enää tutkimaan. Yleinen käsitys Suomesta sukupuolten tasa-arvon edelläkävijänä elää vahvana. Ovathan suomalaiset naiset jo pitkään osallistuneet aktiivisesti työelämään ja poliittiseen päätöksentekoon, alle kouluikäisillä lapsilla on subjektiivinen päivähoito-oikeus, ja miesten ja naisten yhdenvertaisuus taataan muutoinkin lainsäädännössä.[2] Viime vuosien feministinen oikeus- ja yhteiskuntatieteellinen tutkimus on kuitenkin osoittanut, ettei kyse ole mistään loppuunsaatetusta projektista.[3] Työelämässä

---

1 Harju 2012, 68.

2 Ks. esim. Valtioneuvoston selonteko naisten ja miesten välisestä tasa-arvosta (2010).

3 Ks. esim. Sutela 2013; Kantola – Nousiainen – Saari (toim.) 2012; Ylöstalo 2012; Kuusipalo 2011; Julkunen 2010; Roth 2010; Jokila 2010; Pylkkänen 2009; Kivimäki 2009; Holli –

vallitsee edelleen sukupuolten välinen palkkakuilu sekä ammatillinen segregaatio, jako huonosti palkattuihin naisten töihin ja paremmin palkattuihin miesten töihin. Pitkiä perhevapaita pitävät pääosin vain naiset, mikä taas heijastuu monin tavoin heidän työmarkkina-asemaansa. Määräaikaiset palvelussuhteet ovat jo pitkään kasautuneet nuorille naisille. Raskaussyrjintä on hyvin yleistä.[4] Tasa-arvo-ongelmia on myös työelämän ulkopuolella. Esimerkiksi naisiin kohdistuvaan väkivaltaan on viime aikoina kiinnitetty toistuvasti huomiota. Viime vuosina myös miesnäkökulma tasa-arvoon on ollut vahvasti esillä. Etenkin miesten asema erotilanteessa ja isien heikko vanhemmuus on ollut yksi keskeisimmistä miesliikkeen huolenaiheista. Tasa-arvo-ongelmien esilletuomisen on kuitenkin todettu aiheuttavan vaivaantuneisuutta niin virkamieskunnassa kuin muillakin työpaikoilla. Sukupuolten tasa-arvon sijaan on ollut helpompi puhua kaikkien ihmisten tasa-arvosta, jolloin huomio kiinnittyy sukupuolten tasa-arvon sijaan esimerkiksi ikään perustuvaan syrjintään tai maahanmuuttajien asemaan.[5] Kuten Raija Julkunen on todennut, naisten menestyminen koulutuksessa, vankka jalansija työelämässä ja politiikassa houkuttelevat ajattelemaan, että sukupuolten tasa-arvo on jo toteutunut tosiasia Suomessa.[6]

Suomalaisessa tasa-arvopolitiikassa ongelmat eivät ole kuitenkaan jääneet huomiotta. Hallitusohjelmiin on jo pitkään kirjattu tasa-arvopoliittisia tavoitteita, joita on konkretisoitu hallitusten tasa-arvo-ohjelmissa.[7] Suomea sitovat kansainväliset velvoitteet ovat vaikuttaneet merkittävästi suomalaiseen tasa-arvopolitiikkaan. Etenkin YK:n kaikkinaisen naisten syrjinnän poistamista koskevalla yleissopimuksella[8] (ns. CEDAW-sopimus) ja YK:n Pekingin toimintaohjelmalla[9] on ollut merkittävä vaikutus. Myös CEDAW-sopimukseen liittyvä määräaikaisraportointi on antanut välineitä arvioida tasa-arvon toteutumista Suomessa.[10] EU-jäsenyyden myötä EU:n tasa-arvopolitiikan merkitys on luonnollisesti kasvanut. Tällä hetkellä suomalainen tasa-arvo-oikeus saakin sisältönsä pääosin EU-oikeudesta.[11]

Kuten Anja Nummijärvi ja Päivi Romanov ovat todenneet, sukupuolten tasa-arvon edistäminen edellyttää monien erilaisten, niin oikeudellisten kuin poliit-

---

Luhtakallio – Raevaara 2007; Raevaara 2005; Holli – Kantola 2007; Kantola 2006; Svensson ym. (toim.) 2004; Nummijärvi 2004, Holli 2003; Nousiainen ym. (toim.) 2001; Nousiainen – Pylkkänen 2001.

4 Ks. tarkemmin Anttila 2012; Anttila 2006; Alarotu (nyk. Anttila) 2003.

5 Julkunen 2009, 98. Ks. myös Ylöstalo 2012.

6 Julkunen 2009, 97.

7 Valtioneuvoston selonteko naisten ja miesten välisestä tasa-arvosta (2010), 14.

8 SopS 67–68/1986.

9 Naisten asemaa käsittelevässä YK:n maailmankonferenssissa 15. syyskuuta 1995 hyväksytty julistus ja toimintaohjelma.

10 Valtioneuvoston selonteko naisten ja miesten välisestä tasa-arvosta (2010), 13.

11 Ks. suomalaisen tasa-arvopolitiikan ja -oikeuden kansainvälisistä vaikutuksista esim. Nousiainen 2005. Ks. myös Räsänen 2002.

tisten keinojen ja menettelytapojen käyttämistä.[12] Sukupuolten tasa-arvoa koskevassa tutkimuksessa on kiinnitetty huomiota siihen, että tasa-arvo ja yhdenvertaisuus ovat käsitteinä oikeuden ja politiikan rajapinnassa.[13] Tasa-arvo on kehittynyt käsitteenä sekä poliittisissa että oikeudellisissa prosesseissa.[14] Sukupuolten tasa-arvon kannalta on kuitenkin oleellista tietää yhtäältä se, minkälainen menettely on kiellettyä ja sanktioitua syrjintää ja minkälaisia oikeudellisesti velvoittavia tasa-arvon edistämisvelvollisuuksia työnantajalla tai julkisella vallalla on, sekä toisaalta, minkälaisiin epäoikeudenmukaisiksi koettuihin tilanteisiin on mahdollisuus puuttua vain poliittisin välinein.

Oikeuden kontekstissa syrjintä kielletään monessa eri laissa ja kansainvälisessä sopimuksessa. Syrjintä työelämässä on ollut vuodesta 1970 kiellettyä silloisen työsopimuslain (320/1970) 17 § 3 momentin nojalla, joka sai vaikutteita Kansainvälisen työjärjestö ILO:n syrjinnän kieltävistä sopimuksista.[15] CEDAW-sopimuksen hyväksyminen YK:ssa (1979) antoi perusteen säätää työsopimuslain syrjintäkieltoa laaja-alaisempi laki sukupuolten välisestä tasa-arvosta. Laki naisten ja miesten välisestä tasa-arvosta (609/1986) säädettiin vuonna 1986, ja se tuli voimaan vuonna 1987. Lakia on muutettu tämän jälkeen useaan otteeseen, pitkälti kansainvälisten velvoitteiden ja etenkin EU-oikeuden vaikutuksesta. CEDAW-sopimuksen vaikutus näkyy tasa-arvolaissa etenkin tasa-arvon edistämistä koskevissa säännöksissä. Tasa-arvolain esikuvina ovat osittain toimineet myös muiden Pohjoismaiden tasa-arvolait, jotka säädettiin aiemmin kuin Suomen tasa-arvolaki.[16]

Tasa-arvolaki sisältää yksityiskohtaiset säännökset sukupuolisyrjinnän kielloista, tasa-arvon edistämisestä, lain valvonnasta ja seuraamuksista. Muiden syrjintäperusteiden osalta vastaavat säännökset sisältyvät yhdenvertaisuuslakiin (21/2004), joka sekin perustuu EU-lainsäädäntöön. Näissä laeissa syrjimättömyys saa konkreettisen sisältönsä. EU-jäsenyyden myötä syrjinnän kieltojen tulkintaan on vaikuttanut vahvasti etenkin EU-tuomioistuimen ratkaisukäytäntö. Tasa-arvolain ja yhdenvertaisuuslain lisäksi monissa erityislaeissa, kuten työsopimuslaissa (55/2001) ja rikoslaissa (39/1889), on omat syrjinnän kieltonsa. Työsopimuslain syrjinnän kielto (2 luvun 2 §) ei kuitenkaan sisällä enää sukupuolisyrjinnän kieltoa, vaan säännöksessä on tältä osin viittaus tasa-arvolakiin.[17]

---

12 Nummijärvi – Romanov 2008, 76.

13 Ks. esim. Kantola – Nousiainen – Saari (toim.) 2012.

14 Nousiainen 2005, 1209.

15 Ks. Koskinen Pirkko K. 1983.

16 Ahtela ym. 2006, 21–23; Bruun – Koskinen 1997. Ks. myös Bergqvist ym. 2001.

17 Työsopimuslain 2 luvun 2 § 1 momentissa kielletään syrjintä iän, terveydentilan, vammaisuuden, kansallisen tai etnisen alkuperän, kansalaisuuden, sukupuolisen suuntautumisen, kielen, uskonnon, mielipiteen, vakaumuksen, perhesuhteiden, ammattiyhdistystoiminnan, poliittisen toiminnan tai muun näihin verrattavan seikan vuoksi. Pykälän toisessa momentissa säädetään määräaikaisissa ja osa-aikaisissa työsuhteissa työskentelevien syrjintäsuojasta. Työsopimuslain 2 lu-

Suomessa yhdenvertaisuuden ja syrjinnän kiellon perussäännös on Suomen perustuslain 6 §, jonka 1 momentissa todetaan kaikkien ihmisten olevan yhdenvertaisia lain edessä ja 2 momentissa kielletään syrjintä muun muassa sukupuolen perusteella. Sukupuolten tasa-arvon edistämisestä säädetään perustuslain 6 § 4 momentissa. Syrjinnän kielto sisältyy myös moniin keskeisiin ihmisoikeussopimuksiin, kuten Euroopan neuvoston yleissopimukseen ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojaamiseksi[18] (ihmisoikeussopimus, EIS), Yhdistyneiden kansakuntien piirissä solmittuihin kansalaisoikeuksia ja poliittisia oikeuksia koskevaan kansainväliseen yleissopimukseen[19] (KP-sopimus), taloudellisia, sosiaalisia ja sivistyksellisiä oikeuksia koskevaan kansainväliseen yleissopimukseen[20] (TSS-sopimus) ja kaikkinaisen naisten syrjinnän poistamista koskevaan yleissopimukseen[21] (CEDAW-sopimus). Työelämän tasa-arvon kannalta tärkeitä ihmisoikeussopimuksia ovat muun muassa eräät Kansainvälisen työjärjestön ILO:n sopimukset[22] ja Euroopan neuvoston piirissä solmittu Euroopan sosiaalinen peruskirja.[23] Euroopan unionissa syrjinnän kiellosta on säädetty useissa tasa-arvodirektiiveissä.[24] Sukupuolten välinen tasa-arvo on myös EU-oikeuden kontekstissa tärkeä perusoikeus, josta on määräyksiä perussopimuksissa ja perusoikeuskirjassa.[25] Se on myös tärkeä EU-oikeuden yleinen oikeusperiaate.

Syrjinnänvastaisessa oikeudessa oikeuslähteitä on siis kansallisella, EU:n ja kansainvälisellä tasolla. Voidaan sanoa, että syrjinnänvastainen oikeus on hyvin monikerroksellista. Syrjinnän kiellosta ei ole kuitenkaan olemassa yhtenäistä määritelmää. Oikeuslähteiden moninaisuudesta seuraa, että syrjinnän tunnusmerkistö, soveltamisala ja oikeussuoja saattavat olla kovin erilaisia riippuen siitä, mitä lakia tai sopimusta sovelletaan. Tällainen tilanne ei ole omiaan luomaan oikeusvarmuutta eikä oikeusjärjestyksen koherenssia. Syrjinnänvastaisessa oikeudessa keskeinen kysymys on se, millä taholla on valta määritellä syrjinnänvastaisen oikeuden yleiset opit. Muotoutuvatko ne perusoikeus- ja ihmisoikeus-

---

vun 2 § 3 momentin mukaan ”työnantajan on muutoinkin kohdeltava työntekijöitä tasapuolisesti, ellei siitä poikkeaminen ole työntekijöiden tehtävät ja asema huomioon ottaen perusteltua”. Rikoslain 47 luvun 3 §:ssä taas kielletään työsyrjintä rodun, kansallisen tai etnisen alkuperän, kansalaisuuden, ihonvärin, kielen, sukupuolen, iän, perhesuhteiden, sukupuolisen suuntautumisen, perimän, vammaisuuden tai terveydentilan, uskonnon, yhteiskunnallisen mielipiteen, poliittisen tai ammatillisen toiminnan tai muun näihin rinnastettavan seikan perusteella. Rikoslain yleinen syrjinnän kielto on lain 11 luvun 11 §:ssä.

18 SopS 18–19/1990.

19 SopS 7–8/1976.

20 SopS 6/1976.

21 SopS 67–68/1986.

22 Ks. esim. samapalkkaisuutta koskeva yleissopimus nro 100 (1951) ja syrjintää koskeva yleissopimus nro 111 (1958).

23 Uudistettu versio SopS 78/2002.

24 Työelämän tasa-arvon kannalta keskeinen on tasa-arvodirektiivi 2006/54/EY.

25 Ks. Euroopan unionista tehdyn sopimuksen 2 ja 3 artiklat, Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen 8, 10, 19 ja 157 artiklat, ja perusoikeuskirjan 21 ja 23 artiklat. (EYVL C 83, 30.3.2010.)

doktriinin mukaisiksi vai EU-oikeuden mukaisiksi? Ei nimittäin ole yhdentekevää, minkä tahon arviointimallia käytetään syrjinnän yleisiä oppeja luotaessa. Toisessa oikeusjärjestyksessä tietynlainen menettely voidaan nähdä syrjintänä, kun taas toisessa samanlaisen menettelyn katsotaan olevan hyväksyttävää.[26]

Viime aikoina on käyty paljon keskustelua oikeuslähteiden moninaisuudesta, polysentriasta.[27] Myöhäismodernia oikeutta on usein kuvattu myös oikeudellisen pluralismin käsitteen kautta. Tällä tarkoitetaan tilannetta, jossa yhdellä maantieteellisellä alueella vaikuttaa useampi kuin yksi oikeusjärjestys. Kaarlo Tuorin mukaan on kaksi tapaa suhtautua oikeudelliseen pluralismiin. Pluralismi voidaan ensinnäkin nähdä lisääntyvänä oikeudellisena fragmentaationa, jolloin uudet oikeusjärjestykset nähdään itsenäisinä, suljettuina systeemeinä. Tällöin kuitenkin sivuutetaan oikeusjärjestysten keskinäinen vuorovaikutus. Pluralismi voidaan nimittäin nähdä myös uudentyyppisen koherenssin luojana. Tuorin mukaan fragmentaatioilmiöt tavoittavatkin vain kolikon toisen puolen, sillä ylikansallisella tasolla uudentyyppinen koherenssi syntyy perus- ja ihmisoikeusperiaatteiden globaalistumisella. Eettinen fragmentaatio, arvopluralismi, ei välttämättä estä yhteisymmärrystä perustavista moraaliperiaatteista.[28] Oikeuspluralismille onkin ominaista vuorovaikutus ja rajojen avonaisuus normijärjestysten ja institutionaalisten rakenteiden (tuomioistuimet) välillä.[29]

Vallitsevaa pluralistista tilannetta on kutsuttu myös interlegaliteetiksi, jolla viitataan eri oikeusjärjestysten väliseen jatkuvaan vuorovaikutukseen ja keskusteluun, jopa osittaiseen päällekkäisyyteen ja sekoittumiseen. Ylikansallisen, kansainvälisen ja kansallisen oikeuden välillä vallitsee jatkuva keskusteluyhteys. Esimerkiksi EU-oikeudellisten perusoikeusnormien, Euroopan ihmisoikeussopimuksen ja jäsenvaltioiden kansallisten perustuslakien perusoikeusnormien välillä vallitsee tällainen interlegaliteetin tilanne.[30] Tuorin mukaan voidaankin ajatella, että oikeuden globalisaatio on ytimeltään oikeuden syvärakenteen globalisaatiota tai sellaisen oikeuskoodin muotoutumista, joka yhdistää eri oikeusjärjestyksiä, oikeuskulttuureja ja oikeusjärjestelmiä.[31]

Myös syrjinnänvastaista oikeutta luonnehtii Tuorin kuvailema oikeuslähteiden polysentria ja oikeusjärjestysten pluralismi. Tällöin tutkijan tehtäväksi jää eri lähteistä peräisin olevan ja eri normijärjestyksiin kuuluvan normiston kokoaminen ja yleisten oppien luominen. Yleisillä opeilla, oikeuskäsitteillä ja -periaatteilla sekä oikeudellisilla teorioilla luodaan koherenssia. Tämä on tärkeää,

---

26 Ks. myös Nousiainen 2008b.

27 Kts. esim. Tuori 2007, 279–299; Heinonen – Lavapuro (toim.) 2012.

28 Tuori 2007, 307–308.

29 Tuori 2007, 301–302. Ks. myös Walker 2002; Maduro 2003; Ojanen 2010, 57–58; Lavapuro 2010; Walker ym. (toim.) 2011; Heinonen – Lavapuro (toim.) 2012.

30 Tuori 2007, 302, 306, 308–311. Ks. myös de Sousa Santos 2002 ja Heinonen – Lavapuro (toim.) 2012.

31 Tuori 2007, 309.

sillä kuten Tuori toteaa, tuomareiden sisäisestä näkökulmasta ”yhtenäisyysfiktiolla, koherenssipyrkimyksellä, on yhä tärkeä normatiivinen tehtävä täytettävänään”.[32]

Syrjinnänvastaisessa oikeudessa vallitsee myös interlegaliteetin tilanne, jatkuva keskusteluyhteys etenkin EU-oikeuden ja kansallisten oikeusjärjestysten välillä. Ylikansallisen ratkaisukäytännön kautta erilaiset kansalliset erityispiirteet saattavat siirtyä muihin kansallisiin oikeusjärjestyksiin. Esimerkiksi EU-tuomioistuimessa on käsitelty paljon englantilaisia oikeustapauksia, mikä ei ole voinut olla vaikuttamatta siihen, että muihin kansallisiin oikeusjärjestyksiin on siirtynyt englantilaisen syrjinnänvastaisen oikeuden piirteitä.[33] Hyvä esimerkki on välillisen syrjinnän käsite, joka tuli EU-oikeuteen angloamerikkalaisen oikeuden kautta, ja nyt se on (enemmän tai vähemmän) vakiintunut osa jokaisen jäsenvaltion oikeutta.

Eurooppalaiset ja kansainväliset vaikutteet syrjinnänvastaisessa oikeudessa lisääntyvät koko ajan. Tulevaisuuden haasteena on EU:n mahdollinen liittyminen Euroopan ihmisoikeussopimukseen, joka sisältää oman syrjinnän kieltonsa. Tällä kehityksellä on myös riskinsä, sillä se voi johtaa entistä sekavampaan syrjinnän käsitteeseen. Syrjinnän käsite ei nimittäin ole samanlainen kaikissa oikeusjärjestelmissä, vaan syrjintäteoriat vaihtelevat – ei pelkästään eri oikeusjärjestelmien välillä vaan myös oikeudellisissa käytännöissä tietyn järjestelmän sisällä. Syrjinnänvastaisen oikeuden tutkimuksellisena ja käytännön lainsoveltamiseen liittyvänä haasteena onkin juuri sen monikerroksellisuus. Tähän oikeudelliseen pluralismiin syrjinnänvastaisen oikeuden yleisten oppien olisi pystyttävä vastaamaan nykyistä paremmin. Syrjinnänvastaisen oikeuden yleisiä oppeja luotaessa tulisikin huomioida erilaiset syrjinnän arviointimallit, syrjintäteoriat, jotka ovat vallitsevia erilaisissa oikeudellisissa konteksteissa. Tämän tyyppiselle tutkimukselle on todellista tarvetta myös lainsoveltamisen kentillä.[34]

Syrjinnänvastaisen oikeuden monikerroksellisuudesta puhuttaessa on syytä kiinnittää huomiota siihen kritiikkiin, jota on esitetty *oikeuksien* mahdollisuudesta parantaa naisten asemaa. Oikeudellisen tasa-arvon, yhdenvertaisuuden ja syrjinnän kiellon käsitteiden avulla on katsottu mahdottomaksi tarttua rakenteelliseen eriarvoisuuteen, joka nähdään sukupuolten välisen tosiasiallisen tasa-arvon esteenä.[35] Olen kuitenkin samaa mieltä Nicola Laceyn kanssa, joka toteaa, että ”[g]iven its social power, we simply cannot afford to abandon the legal process […] We must try to alter law so as to make it more receptive to the

---

32 Tuori 2007, 310.

33 Ks. Kilpatrick 1998.

34 Syrjinnänvastaisen oikeuden pluralistiseen luonteeseen ovat kiinnittäneet huomiota myös mm. Bamforth – Malik – O’Cinneide (2008, 5–17). Ks. myös esim. Lerwall 2001; Holtmaat – Tobler 2005; Besson 2008. Suomessa aiheesta on kirjoittanut Puumalainen (2012).

35 Ks. esim. Smart 1989, 139; Kingdom 1991.

arguments of the powerless, so as to stop it silencing their voices: we should not completely discount law as an arena for consciousness raising as well as material political advance".[36] Lähtökohtani tässä tutkimuksessa onkin, että eri doktriinien välinen vuoropuhelu voi mahdollistaa syrjinnän käsitteen kehittämisen suuntaan, joka edistää tosiasiallisen tasa-arvon toteutumista.

[36] Lacey 1998, 44.

2 Tutkimuskysymykset

Tutkimukseni teemana on siis sukupuolisyrjintä. Näkökulmani on oikeudellinen – teen ennen muuta lainopillista, oikeusdogmaattista tutkimusta. Ensisijainen tavoitteeni on systematisoida ja tulkita oikeusnormeja. Tutkimusta aloittaessani tarkoitukseni oli selvittää tasa-arvolain 7 ja 8 §:n syrjinnän kieltojen sisältöä. Syrjinnän yleiskiellon sisältävän tasa-arvolain 7 §:n mukaisesti välitön syrjintä tarkoittaa naisten ja miesten eri asemaan asettamista sukupuolen, raskauden tai synnytyksestä johtuvan syyn perusteella. Välillinen syrjintä taas tarkoittaa tasa-arvolain mukaan eri asemaan asettamista vanhemmuuden tai perheenhuoltovelvollisuuden perusteella. Se tarkoittaa myös eri asemaan asettamista jonkin sukupuolineutraalilta vaikuttavan säännöksen, perusteen tai käytännön nojalla, jos menettelyn vaikutuksesta henkilöt voivat tosiasiassa joutua epäedulliseen asemaan sukupuolen perusteella. Välillisen syrjinnän käsitteeseen on liitetty oikeuttamisperusteet, eli menettelyä ei ole pidettävä syrjintänä, jos sillä pyritään hyväksyttävään tavoitteeseen ja valittuja keinoja on pidettävä aiheellisina ja tarpeellisina tavoitteeseen nähden. EU-oikeuden mallin mukaisesti välitöntä syrjintää ei voi oikeuttaa, vaan siihen liittyvät erityiset laissa määritellyt poikkeukset.[37] Tämä oli siis alkuasetelma, josta tutkimusta aloittaessani lähdin liikkeelle. Asetin itselleni tehtäväksi selvittää, minkälaisista oikeudellisista elementeistä välittömän ja välillisen syrjinnän käsitteet muodostuvat, ja miten nämä kaksi syrjinnän muotoa eroavat toisistaan. Koska tasa-arvolain mukaiset syrjinnän kiellon käsitteet ovat kehittyneet etenkin EU-tuomioistuimen ratkaisukäytännössä, EU-oikeudella oli merkittävä asema työssäni.

Syrjinnän kiellot ovat kuitenkin paitsi osa kansallista ja EU-oikeutta, myös tärkeä osa perus- ja ihmisoikeusdoktriinia. Havahduin näiden doktriinien väliseen eroon tasa-arvolain kokonaisuudistuksen aikoihin (2005). Tuolloin perustuslakivaliokunta antoi lausunnon tasa-arvolain muutosesityksestä ja totesi, että tasa-arvolain muutosesityksen mukainen välittömän syrjinnän kielto ei vastaa perustuslain 6 § 2 momentin mukaista syrjinnän kieltoa. Perustuslain näkökulmasta eri asemaan asettaminen kielletyillä syrjintäperusteilla ei nimittäin ole syrjintää, jos siihen on hyväksyttävä peruste. Tämä koskee sekä välitöntä että välillistä syrjintää.[38] Tässä oli selvä ristiriita perustuslain ja EU-oikeuden mukaisen doktriinin välillä. Minun oli ryhdyttävä tarkastelemaan tarkemmin myös

---

37 Ks. esim. KM 2002:9.

38 PeVL 40/2004. Perustuslakivaliokunta kehottikin muuttamaan tasa-arvolain mukaista välittömän syrjinnän määritelmää tältä osin. Työelämä- ja tasa-arvovaliokunta kuitenkin katsoi mietinnössään (TyVM 3/2005), että hallituksen esitys vastaa EU-oikeuden asettamia vaatimuksia eikä pitänyt välttämättömänä muuttaa välittömän syrjinnän määritelmää.

perus- ja ihmisoikeusdoktriinin mukaisia syrjinnän kiellon käsitteitä, ja pohdittava, mikä merkitys näiden doktriinien välisillä eroilla on yhtäältä syrjinnänvastaisen oikeuden yleisille opeille ja toisaalta sukupuolten tasa-arvolle.

Vaikka tutkimukseni koskee myös laintulkinta- ja soveltamiskysymyksiä, on se nähdäkseni luettavissa lähinnä teoreettiseksi lainopiksi,[39] sillä pyrin hahmottamaan syrjinnänvastaisen oikeuden keskeisiä käsitteitä ja oikeusperiaatteita. Tutkimuksen ensisijaisena kohteena on syrjinnänvastaisen oikeuden peruskäsite, syrjinnän kielto. Sen tulkintaan vaikuttavat myös erilaiset oikeusperiaatteet. Syrjinnän kiellon oikeudellisten elementtien hahmottaminen onkin tutkimuksen keskeisin tehtävä. Pyrin osoittamaan myös syrjinnänvastaisen oikeuden monitasoisuuden sekä sen, miten eri oikeudenaloilla kehittyneet yleiset opit vaikuttavat syrjintää koskevaan ajatteluun. Lisäksi pohdin sitä, miten eri doktriineissa kehittyneet opit voivat keskinäisen vuoropuhelun kautta tukea sukupuolten tasa-arvon edistämistä. Ensin on kuitenkin selvitettävä, mitä sukupuolten tasa-arvolla tarkoitetaan. Käsittelen siis syrjintää myös teoreettisempana, normitasoa laajempana oikeudenmukaisuutta koskevana kysymyksenä.

Tutkimusta on vaikea sijoittaa jonkin perinteisen oikeudenalajaottelun mukaisesti määräytyvän oikeudenalan alle. Perus- ja ihmisoikeudet tuovat tutkimukseen tiettyä julkisoikeudellista näkökulmaa, kun taas EU-oikeuden doktriinissa korostuvat työelämän tasa-arvoon liittyvät kysymykset, jotka voidaan lukea yksityisoikeuden alaan kuuluviksi. Syrjinnänvastaisen oikeuden paikantaminen tähän jakoon ei ylipäätään ole nähdäkseni mielekästä, etenkin kun jako yksityis- ja julkisoikeuteen on yhä enemmän menettänyt merkitystään perus- ja ihmisoikeuksien vahvistuneen aseman vuoksi. Kuten Tuori on todennut, tämän päivän oikeudelliset ongelmat eivät piittaa perinteisistä oikeudenalajaotuksista.[40] Kansainvälisessä oikeuskirjallisuudessa käytetään usein termiä *non-discrimination law*[41] tai *sex equality law*[42]. Itsekin puhuisin syrjinnänvastaisesta oikeudesta tai (laajemmin) tasa-arvo-oikeudesta.[43] Tutkimuksellinen kotini on kuitenkin naisoikeudessa, jonka oppiaineen alla aloitin väitöskirjani tekemisen.[44] Tutkimuksellani pyrin naisoikeudelle tyypilliseen tapaan edistämään sukupuolten välistä tasa-arvoa.

---

39 Aulis Aarnio erottelee lainopillisen tutkimuksen käytännölliseen ja teoreettiseen. Ks. Aarnio 1997 ja 1988.

40 Tuori 2007, 270.

41 Ks. esim. Schiek – Waddington – Bell (toim.) 2007; Loenen – Rodrigues (toim.) 1999.

42 Ks. esim. Ellis 1998; Hervey – O'Keeffe (toim.) 1996.

43 Näin myös esim. Kantola – Nousiainen – Saari (toim.) 2012. En lähde tässä yhteydessä pohtimaan tarkemmin kysymystä siitä, olisiko syrjinnän vastainen oikeus katsottava kokonaan omaksi oikeudenalakseen. Tätä kuitenkin tukisi se, että syrjinnän vastaisessa oikeudessa on omat yleiset oppinsa, käsitteensä, periaatteensa ja teoriansa. Ks. Tuori 2004.

44 Nykyään Helsingin yliopistossa oppiaineesta käytetään termiä oikeuden ja sukupuolen tutkimus.

Tiivistetysti tutkimuskysymykseni ovat seuraavat. Minkälaisista oikeudellisista elementeistä välittömän ja välillisen sukupuolisyrjinnän kiellot muodostuvat Suomen ja EU:n tasa-arvo-oikeudessa sekä perus- ja ihmisoikeusdoktriinissa? Miten nämä eri doktriinit eroavat toisistaan ja miten eri doktriineissa kehittyneet opit voivat keskinäisen vuoropuhelun kautta tukea sukupuolten tosiasiallisen tasa-arvon edistämistä?

Tutkimukseni tarkoitus ei ole antaa tyhjentävää ja yksityiskohtaista ohjeistusta siitä, mitä kaikkea on huomioitava yksittäistä syrjintätapausta ratkaistaessa.[45] Sen sijaan kyse on syrjinnänvastaisen oikeuden ongelmakohtien paikantamisesta ja monikerroksellisuuden hahmottamisesta. Näenkin tutkimuksen puheenvuorona syrjinnänvastaisen oikeuden yleisten oppien kehittämistarpeen puolesta.

[45] Hyviä käytännön oppaita tähän tarkoitukseen ovat mm. Ahtela ym. 2006 ja Kimmo Nieminen 2005.

3 Aikaisempi tutkimus ja tutkimuksen rakenne

Suomessa on niukasti sukupuolisyrjintää koskevaa aiempaa oikeustieteellistä tutkimusta. *Kevät Nousiaisen* ohella *Liisa Nieminen* on kirjoittanut aiheesta etenkin perus- ja ihmisoikeusnäkökulmasta.[46] Vuonna 2004 ilmestyi *Anja Nummijärven* väitöskirja, joka käsittelee erityisesti palkkasyrjinnän problematiikkaa.[47] Oppikirjan tyyppisistä teoksista voidaan mainita *Kimmo Niemisen* Tasa-arvolaki työsuhteessa (2005) sekä *Karoliina Ahtelan* ja *Niklas Bruunin* ym. kirjoittama teos Tasa-arvo ja yhdenvertaisuus (2006). Pohjoismaisista väitöskirjoista voidaan mainita *Karin Lundströmin* vuonna 1999 ilmestynyt väitöskirja Jämlikhet mellan kvinnor och män i EG-rätten, *Susanne Franssonin* vuonna 2000 ilmestynyt väitöskirja Lönediskriminering ja *Lotta Lerwallin* vuonna 2001 ilmestynyt väitöskirja Könsdiskriminering. Tukeudun tutkimuksessani pitkälti laajaan kansainväliseen lainopilliseen oikeuskirjallisuuteen, kuten *Sandra Fredmanin, Catherine Barnardin, Dagmar Schiekin, Evelyn Ellisin, Mark Bellin* ja *Sacha Prechalin* tutkimuksiin.

Rakenteeltaan tutkimus etenee seuraavasti. Toisessa luvussa tarkastelen yhdenvertaisuusperiaatetta normitasoa laajempana, oikeudenmukaisuuteen liittyvänä kysymyksenä. Luvussa pyrin hahmottamaan oikeudenmukaisuuden, yhdenvertaisuuden, tasa-arvon ja syrjinnän välisiä suhteita. Tarkastelen yhdenvertaisuutta etenkin feministisen kritiikin valossa, jossa huomiota on kiinnitetty muun muassa siihen, kuinka perinteinen käsitys yhdenvertaisuudesta samanlaisten samanlaisena kohteluna vahvistaa sukupuolten eriarvoisuutta. Oikeudenmukaisuutta koskevassa keskustelussa erityisesti *John Rawlsin* oikeudenmukaisuusteoria on keskeinen. Sillä onkin keskeinen asema tutkimuksen oikeudenmukaisuutta koskevassa luvussa. Käyn myös läpi kritiikkiä, jota feministit ovat Rawlsin oikeudenmukaisuusteoriasta esittäneet. Luvun lopuksi tarkastelen oikeudellisen yhdenvertaisuuden käsitettä, ja esitän Sandra Fredmanin tutkimuksiin nojautuen, mitä tarkoitan puhuessani tosiasiallisesta tasa-arvosta.

Tutkimuksen kolmannessa luvussa käsittelen yhdenvertaisuutta ja syrjinnän kieltoa perus- ja ihmisoikeutena. Perus- ja ihmisoikeuksien merkityksen hahmottamiseksi tarkastelen myös valtiosääntöoikeuden yleisiä oppeja hieman laajemmin. Ihmisoikeussopimuksista käsittelen tarkemmin Euroopan neuvoston ihmisoikeussopimuksen, YK:n CEDAW-sopimuksen, KP-sopimuksen ja TSS-sopimuksen syrjinnän kieltoja. Neljännessä luvussa käyn läpi sukupuolten tasa-arvon kannalta keskeiset EU-oikeudelliset lähteet. Luvun lopussa tarkastelen

---

46 Ks. esim. Nieminen 1990, 1995, 2006 sekä Nousiainen 2001a, 2001b, 2004.

47 Nummijärvi 2004.

vielä lyhyesti EU-oikeuden ja kansallisen oikeuden välistä suhdetta sen hahmottamiseksi, miksi EU-oikeuden vahva asema syrjinnänvastaisessa oikeudessa on perusteltu. Viidennessä luvussa siirryn tasa-arvolain mukaisiin syrjinnän kieltoihin ja niiden oikeudellisiin elementteihin. EU-oikeuden asema näyttäytyy vahvana tässäkin luvussa, sillä tasa-arvolain syrjinnän kieltojen sisältö on määräytynyt pitkälti EU-tuomioistuimen ratkaisukäytännössä. Käyn tarkemmin läpi eräitä tasa-arvolain 8 §:ssä säänneltyjä työelämän syrjintätilanteita kuten työhönottosyrjintää, palkkasyrjinnän eräitä ajankohtaisia ongelmakohtia, raskaussyrjintää sekä lyhyesti työsyrjintää rikoksena.

Kuten Amartya Sen on todennut, yhdenvertaisuutta ja tasa-arvoa koskevassa keskustelussa keskeinen kysymys on ”equality of *what*?”.[48] Tasa-arvo käsitteenä voidaan ymmärtää ja se on eri konteksteissa myös ymmärretty monella eri tavalla. On tärkeää täsmentää, mitä tasa-arvosta puhuttaessa kulloinkin tarkoitetaan – mitä vaadimme, kun vaadimme tasa-arvoa. Tässä väitöskirjassa yritetään paikantaa reittiä kohti *tosiasiallista tasa-arvoa*. Ensin on selvitettävä, mitä tosiasiallinen tasa-arvo tarkoittaa.

[48] Sen 1992.

II

OIKEUDENMUKAISUUS, YHDENVERTAISUUS, TASA-ARVO JA SYRJINTÄ

1 Oikeudenmukaisuus yhdenvertaisuutena ja feministinen kritiikki

”Silmä silmästä, hammas hampaasta”. Näin ymmärrettiin oikeudenmukaisuus vielä Hammurabin lain aikoihin, 1700-luvulla eKr. Oikeudenmukaisuus ilmeni hyvän ja pahan välisessä taistelussa, jossa paha sai palkkansa. Kuitenkin jo Uuden testamentin kirjoituksissa ja antiikin Kreikassa, kuten Platonin ja Aristoteleen filosofiassa, kosto erotettiin oikeudenmukaisuudesta. Kosto alettiin ymmärtää paheena, kun taas oikeudenmukaisuudesta tuli hyveiden hyve.[1]

Aristoteles jakoi Nikomakhoksen etiikassaan oikeudenmukaisuuden kahteen lajiin, distributiiviseen (jako-)oikeudenmukaisuuteen, jonka mukaisesti yhteiskunnassa on jaettava resursseja ja rasituksia jokaiselle ansionsa mukaan, ja korrektiiviseen oikeudenmukaisuuteen, joka korjaa ja hyvittää jo tehtyjä tasapuolisuuden loukkauksia.[2] Aristoteleelle oikeudenmukaisuuden perusperiaate olikin, että samanlaisia tapauksia on kohdeltava samalla tavoin, erilaisia eri tavoin. Näin määriteltynä oikeudenmukaisuus ymmärretään yhdenvertaisuutena ja tasa-arvona. Länsimainen ajattelu onkin jo antiikin ajoista korostanut tasa-arvoa oikeudenmukaisuuden ytimenä. Viimeistään valistuksen ajalla yhdenvertaisuus nousi keskeiseksi oikeudenmukaisuuden mittapuuksi, ja yhä edelleen oikeudenmukaisuus määritellään aristoteelisen yhdenvertaisuuden käsitteen kautta.[3]

Aristoteleen yhdenvertaisuuden vaatimus koski kuitenkin vain vapaita miehiä. Ihmiset nähtiin Aristoteleen teoriassa luonnostaan eriarvoisina, ja vain vapaiden miesten katsottiin pystyvän sellaiseen järkevään ajatteluun, jota yhdenvertaisilta kansalaisilta edellytetään.[4] Valistuksen ajalla yhdenvertaisuus määriteltiin uudelleen kiistämällä ihmisten välisten luonnollisten erojen oikeudellinen merkitys. Ihmisten erilaisuutta alettiin selittää pikemminkin kulttuurin ja erilaisten ympäristötekijöiden tuotteeksi kuin erilaisen luonnon määräämäksi asiaksi. Katsottiin, että aristoteelista yhdenvertaisuuden määritelmää ei voinut enää soveltaa, jos erilaisuus johtui historiallisista ja kulttuurisista syistä. Valistuksenkaan yhdenvertaisuusvaatimus ei koskenut kaikkia yhtäläisesti. Sukupuoliero nähtiin edelleen luonnollisena, mikä oikeutti naisten ja miesten erilaiset oikeudet. Rousseaun ajatuksia myötäillen naisten sukupuolieron nähtiin ilmenevän kykenemättömyytenä irtaantua luonnollisesta myötätunnosta läheisiä kohtaan. Naisilta ei sen vuoksi voinut odottaa oikeudenmukaisuuden tajua, ei-

1 Hellsten 1996, 59.
2 Yeung ym. 2007, 9; Hellsten 1996, 60.
3 Nousiainen 2001, 16–27; Arajärvi – Sakslin 2007.
4 Nousiainen 2001, 18. Ks. myös esim. Fredman 2002b.

vätkä he tämän vuoksi voineet olla oikeudellisesti ja poliittisesti miesten kanssa yhdenvertaisia.[5] Kuten Kevät Nousiainen on todennut, yhtäläisten oikeuksien toteutuminen sukupuolesta riippumatta on vaatinut naisliikkeeltä sitkeitä ponnistuksia.[6]

1.1 LIBERAALIFEMINISMI

Jo 1700- ja 1800-luvun naisliike kritisoi klassisen liberalismin kansalaisuuden ja tasa-arvon käsitteitä, jotka koskivat vain vapaita miehiä. *Liberaalifeministien* ensimmäisiä haasteita oli sen osoittaminen, että myös naiset pystyvät rationaaliseen ajatteluun. Jo 1700-luvun lopulla englantilainen Mary Wollstonecraft esitti, että miesten ja naisten väliset erot eivät johdu luonnollisista kyvyistä, biologiasta, vaan sosiaalisista ja koulutuseroihin liittyvistä syistä. *Naisten oikeuksien puolustuksessaan* (1792) Wollstonecraft vaati, että Ranskan vallankumouksessa miehille luodut yhtäläiset oikeudet ulotettaisiin myös naisille.[7] John Stuart Mill taas kiinnitti teoksessaan *The Subjection of Women* (1869) huomiota naisten alisteiseen asemaan vaatien naisille muun muassa äänioikeutta. Liberaalifeministit hyväksyivät liberalismin mukaisen maailmankuvan, jossa yksilö nähdään rationaalisena ja autonomisena toimijana, ja jonka vapauteen valtion ei tule mielivaltaisesti puuttua. Liberaalifeministit vaativat, että kaikki oikeudet, joista miehet yksilöinä nauttivat, kuuluvat yhtäläisesti naisille. Naisilla tulee näin ollen olla muun muassa yhtäläinen omistusoikeus, äänestys- ja vaalikelpoisuus, oikeus koulutukseen, pääsy julkisiin virkoihin ja ylipäänsä oikeus itsenäiseen elämään *rationaalisena yksilönä*. Liberaalifeministit ovat vaatineet – ja myös saaneet aikaan – paljon lainmuutoksia, joiden avulla naisten asemaa on pyritty parantamaan. Historiallisesti liberaalifeminismi onkin vaikutusvaltaisin feminismin muoto etenkin oikeuden alalla.[8]

Liberaalifeministit näkevät naiset ja miehet pohjimmiltaan samanlaisina, rationaalisina yksilöinä. Heidän mukaansa naisten epäedullinen asema yhteiskunnassa johtuu syrjinnästä, asenteista ja sukupuoliroolien vaikutuksesta.[9] Liberaalifeministit ovat kuitenkin joutuneet käsittelemään eräitä ongelmia, jotka liittyvät liberalistisen teorian käsitykseen ihmisestä abstraktina sukupuolettomana yksilönä, joka on yhdenvertainen muiden samanlaisten yksilöiden kans-

5 Nousiainen 2001, 19–31.
6 Nousiainen 2001, 44.
7 Ks. myös ”Naisten ihmisoikeuksien julistus” (1791), jonka Olympe de Gouges laati Ranskan vallankumouksen Ihmisoikeuksien julistusta vastaan ja jossa hän vaatii naisille yhtäläisiä poliittisia oikeuksia miesten kanssa. Ks. tarkemmin Nieminen 1990, erit. s. 347–388.
8 Davies 2002; Julkunen 2010, 28–30; Nousiainen 2001; Fredman 2002b; Tong 2009, 11–27.
9 Kuusipalo 2002, 210.

sa. On väitetty, että ”rationaalinen yksilö” ei tosiasiassa ole sukupuolineutraali, vaan kovin maskuliininen. Tästä johtuen liberaalifeministien on sanottu omaksuneen hyvin miehisen mallin, johon naisten tulisi pyrkiä saadakseen yhtäläiset oikeudet miesten kanssa.[10] Liberaalifeministejä onkin kritisoitu siitä, että liberalismin arvosysteemi ei sittenkään vastaa naisten tarpeisiin. Liberalismin sanotaan unohtavan naiset siellä, missä nämä ovat kaikkein haavoittuvaisimpia.[11]

Toisaalta jo 1700-luvulta alkaen naisten oikeuksia on perusteltu sillä, että naiset ovat erilaisia kuin miehet. Kevät Nousiainen on todennut naisten jo tuolloin vaatineen oman erilaisuutensa tunnustamista osana heille ominaista kansalaisuutta, nais- tai äitikansalaisuutta. Valtiolta on vaadittu tukea äitiyden toteuttamisessa. 1800-luvulla ja 1900-luvun alussa feministiset liikkeet käyttivät juuri äitiyttä argumenttinaan poliittisten oikeuksien saavuttamiseksi. Naisten oikeuksia perusteltiin erilaisilla ominaisuuksilla kuin miesten.[12]

Liberalistiselle ajattelulle on ominaista yksityisen ja julkisen välinen erottelu. Tällä on ollut monia vaikutuksia sukupuolten tasa-arvolle. Jaottelu on esimerkiksi pitkään legitimisoinut väkivallan, joka tapahtuu yksityisellä alueella.[13] Suomessa raiskaus avioliitossa kriminalisoitiin vasta vuonna 1994 ja perheväkivalta tuli yleisen syytteen alaiseksi vuonna 1995. Toiseksi jaottelu on entisestään vahvistanut työn sukupuolittunutta jakoa ja vähentänyt perinteisesti naisten tekemän työn arvostusta. Davies on myös huomauttanut, että naisten ja miesten tosiasiallinen yhdenvertaisuus ei toteudu pelkästään sillä, että heille taataan yhtäläiset kansalaisoikeudet ja yhtäläiset mahdollisuudet päättää omasta elämästään. Ongelmat ovat paljon syvemmällä. Oikeusjärjestelmä on rakentunut sellaisille arvoille kuin rationaalisuus, individualismi ja riippumattomuus, jotka kaikki ovat hyvin miehisiä ominaisuuksia. Davies toteaa, että systeemi ”puhuu” tämän vuoksi juuri miehille, vastaa heidän tarpeisiinsa. Esimerkiksi olettamus, että perheväkivallan uhrit ovat osaltaan itse syyllisiä tilanteeseensa, koska olisivat voineet lähteä väkivaltaisesta suhteesta, kuvastaa kovin maskuliinisia riippumattomuuden, taloudellisen vallan ja itsemääräämisen standardeja. Muodolliset yhtäläiset oikeudet eivät siis vielä takaa tosiasiallista yhdenvertaisuutta. Jos yhdenvertaisuus on sitä, että naisten oletetaan olevan samanlaisia kuin miesten saadakseen yhtäläiset oikeudet, on yhdenvertaisuus itsessään hyvin repressiivinen ideaali. Yhdenvertaisuus, joka määritellään miehisten stan-

---

10 Davies 2002, 213. Kritiikistä tarkemmin myös esim. Tong 2009, 37–45.

11 Davies 2002, 218. Ks. Martha Nussbaumin vastaus liberalismin kritiikkiin, Nussbaum 1999.

12 Nousiainen 2001, 28; Sulkunen 1987; Anttonen 1997. Ks. myös Pateman 1992; Lister 1997.

13 Davies 2002, 218. Ks. Pateman 1989, 118–140 (luku 6, ”Feminist Critiques of the Public/Private Dichotomy”). Ks. myös Nieminen 1990, 304–308 ja Nieminen 1992, 79–80.

dardien mukaisesti, hyödyttää tällöin vain naisia, jotka voivat omaksua tämän miehisen mallin.[14]

Liberaalifeministien ajamat uudistukset ovat vaikuttaneet paljon naisten asemaan, mutta tosiasiallista sukupuolen välistä tasa-arvoa ne eivät ole tuoneet. Muodolliset sukupuolineutraalit normit ovat riittämätön perusta tasa-arvolle, minkä myös liberaalifeministit ovat itse myöntäneet. He ovat ryhtyneet kannattamaan muun muassa positiivista erityiskohtelua ja naisten suojelua koskevaa työelämän sääntelyä kuten äitiysvapaata koskevia normeja, vaikka ne merkitsevätkin erkaantumista perinteisestä liberalistisesta käsityksestä abstraktista sukupuolettomasta yksilöstä. Sisäisistä ristiriidoista huolimatta liberaalifeminismillä on yhä sijansa erilaisten epätasa-arvoisten tilanteiden analysoijana ja kritisoijana, kuten muun muassa Martha Nussbaum ja Susan Moller Okin ovat pyrkineet osoittamaan.[15] Kuten Martha Nussbaum on esittänyt, liberalismia on monenlaista. Myös liberaalifeministit vaativat muun muassa perheen sisäistä oikeudenmukaisuutta, yksityisen ja julkisen elämänalueen rajan purkamista.[16] Nussbaumin mukaan liberaalifeministit eivät myöskään ole omaksuneet vain puhtaasti muodollista yhdenvertaisuuskäsitystä. Esimerkiksi Nussbaumin itsensä yhdessä Amartya Senin kanssa hahmottelemassa toimintamahdollisuusteoriassa (*Capability Approach*) tavoitteena ei ole vain ”to distribute some resources around but also to see that they truly go to work in promoting the capacity of people to choose a life in accordance with their own thinking”.[17] Palaan tähän teoriaan myöhemmin.

1.2 RADIKAALIFEMINISMI

Liberaalifeminismissä oikeuden neutraliteettia ei aseteta kyseenalaiseksi, vaan oikeus ja oikeudelliset uudistukset nähdään legitiiminä sosiaalisen muutoksen välineenä. 1960-luvun lopulla liberaalifeminismiä kritisoivat paitsi sosialistifeministit, myös radikaalifeministit, jotka ovat keskittyneet sukupuolen ja vallan analyysiin. Radikaalifeministit eivät näe naisten alistamista vain syrjivien yksilöiden toimintana. He näkevät koko valtasuhteiden järjestelmän, patriarkaatin, sortavan naisia ja jäsentävän kaikkia elämänalueita. Oikeus ja valtio heijastavat ja vahvistavat miehistä valtaa, eikä niitä voi siksi käyttää neutraalina muutoksen välineenä. Radikaalifeministit eivät puhukaan enää syrjinnästä, vaan miehisestä vallasta, patriarkaatista ja naisten alistamisesta. Naiseuden tiedostaminen

---

14 Davies 2002, 219.

15 Ks. Nussbaum 1999, 55–80 (luku 2, ”The Feminist Critique of Liberalism”); Okin 2004, 1542–1547; Davies 2007, 653. Vrt. Jaggar 1983.

16 Nussbaum 1999, 64–65. Ks. erit. Okin 1989.

17 Nussbaum 1999, 68. Ks. myös Nussbaum 2007.

ja vahvistaminen on tärkeä radikaalifeministinen tavoite.[18] He näkevät miehisen vallankäytön ytimen yksityisessä, intiimissä elämässä kuten perheessä ja seksuaalisissa suhteissa. Radikaalifeministien poliittiset vaatimukset kiteytyivätkin iskulauseeseen ”Henkilökohtainen on poliittista”. Poliittiseen keskusteluun nousivat muun muassa abortti ja naisiin kohdistuva väkivalta.[19]

Feministit kokivat 1960- ja 1970-luvulla, että silloiset miesvaltaiset instituutiot ja aktivistiliikkeet eivät ottaneet huomioon naisille tärkeitä kysymyksiä ja vaatimuksia sukupuolten välisen tasa-arvon parantamisesta. Tästä kokemuksesta poliittisesti moderni radikaali feminismi sai osittain innoituksensa. Naiset joutuivat odottamaan, kunnes tärkeämmiksi väitetyt kysymykset olisi ratkaistu ensin. Tämä sai radikaalifeministit toteamaan, että naisten alistaminen on ”*the* fundamental oppression”.[20] Strategisesti tämä saattoi olla välttämätöntä tilanteessa, jossa naisten alistaminen katsottiin toissijaiseksi kysymykseksi.

Radikaalifeminismin näkyvämpiä edustajia on amerikkalainen oikeustieteilijä Catharine MacKinnon, joka on vaikuttanut paljon feministiseen oikeusteoriaan.[21] MacKinnon itse on todennut feminismin tavoitteesta näin:[22] ”[The project of feminism] is to uncover and claim as valid the experience of women, the major content of which is the devalidation of women’s experience. This defines our task not only because male dominance is perhaps the most pervasive and tenacious system of power in history, but because it is metaphysically near perfect.” MacKinnonin lähtökohta on tehdä kuuluvaksi se, mikä on vaiennettu, ja keskeiseksi se, mikä on jätetty marginaaliin. Hän pyrkii paljastamaan, miten miehinen valta määrittää yhteiskuntaa, ja legitimoida illegitiiminä pidettyä naisen kokemusta. MacKinnonia onkin kritisoitu essentialismista, siitä, että naisten kokemus ei ole yhtenäinen ja samanlainen aina ja kaikkialla. Ihmisen identiteetti muodostuu monista eri osista, ei vain sukupuolesta.[23]

Liberaalifeminismin ensisijainen projekti on ollut kyseenalaistaa miehinen valta osoittamalla, että sukupuolten välillä ei ole sellaisia perustavanlaatuisia eroja, jotka estäisivät naisia toimimasta samoissa sosiaalisissa rooleissa kuin miehetkin. Ilmeisistä biologisista eroista huolimatta miehet ja naiset ovat samanlaisia älykkyydeltään, rationaalisuudeltaan, hoivakyvyiltään ja niin edelleen. Sukupuolella ei toisin sanoen ole merkitystä. Radikaalifeminismi kääntää tämän päälaelleen – sukupuolella on ratkaiseva merkitys nimenomaan *valtasuhteiden synnyssä*. MacKinnonin mukaan on toisarvoista pohtia sitä, ovatko naiset ja miehet samanlaisia vai erilaisia. Sukupuolierolla on merkitystä vain

---

18 Davies 2007, 654; Julkunen 2010, 34–36; Tong 2009, 48–95.
19 Kuusipalo 2002, 212.
20 Davies 2002, 221.
21 Davies 2002, 222.
22 MacKinnon 1983.
23 Smart 1989, 76–82; Davies 2002, 223–224 ja 227.

siinä mielessä, että se ilmentää valtasuhteita: miehillä on valtaa ja naisilla ei.[24] Suuri osa MacKinnonin tuotantoa koskee oikeusjärjestelmän miehistä valtaa, jonka vaikutuksia hän pyrkii osoittamaan ja eliminoimaan.[25]

1.3 SUKUPUOLTEN VÄLISTÄ EROA KOROSTAVA FEMINISMI

Sukupuolten välistä eroa korostava feminismin haara (*difference feminism* tai *relational feminism*[26]), tai kulttuurifeminismi, joksi sitä myös kutsutaan, ei välttämättä eroa teoreettisesti radikaalifeminismistä. Sukupuolten välistä eroa korostavat feministit katsovat kuitenkin sukupuolieron johtuvan biologiasta, kun taas radikaalifeministit sosiaalisesta ja institutionaalisesta vallasta. Yksi syy, miksi sukupuolieroa korostava feminismi ja radikaalifeminismi erotetaan, on se, että jälkimmäinen korostaa alistussuhdetta ja etsii keinoja sen kyseenalaistamiseksi, edellinen taas korostaa feminiinisiä normatiivisia arvoja.[27] Robin West esittää kulttuurifeminismin keskeisen sanoman näin: ”Women have a ’sense’ of existential ’connection’ to other human life which men do not. That sense of connection in turn entails a way of learning, a path of moral development, an aesthetic sense, and a view of the world and of one’s place within which sharply contrasts with men’s.”[28] Kulttuurifeministien mukaan naiset kykenevät olemaan vuorovaikutuksessa muiden ihmisten ja ympäröivän maailman kanssa paremmin kuin miehet, ja selittävät tämän johtuvan siitä, että naiset ovat pienten lasten pääasiallisia hoitajia. Tällöin tyttö- ja poikalasten identiteetit kehittyvät eri tavalla; tytöillä on enemmän samuuden kokemuksia ensisijaisen hoitajansa kanssa, kun taas poikien identiteetti kehittyy eron ja erilaisuuden kokemusten kautta. Tyttöjen ja poikien yksilöllistymisen, eli erkaantumisen pääasiallisesta hoitajasta, väitetään tapahtuvan eri tavalla. Tällä taas katsotaan olevan kauaskantoisia vaikutuksia moraalisen kehityksen kannalta.[29]

Etenkin amerikkalaisen psykologin Carol Gilliganin tutkimukset ovat vaikuttaneet sukupuolten välistä eroa korostavaan feministiseen oikeusteoriaan. Hänen mukaansa sukupuolten välisiä eroja voidaan ja niitä pitäisikin pohtia oikeudessa.[30] Pääteoksessaan *In a Different Voice* (1982) hän tuo esiin naisten ja miesten välisen eron moraalisessa päättelyssä. Eräässä tutkimuksessa naisille ja miehille esitettiin moraalinen dilemma, jonka naispuoliset tutkimukseen osal-

24 Davies 2002, 225.
25 Davies 2002, 230. Ks. esim. MacKinnon 1987.
26 Okin 2004, 1543.
27 Davies 2007, 655. Ks. tarkemmin Tong 2009, 163–199.
28 West 1993, 500–501.
29 West 1993, 501.
30 Davies 2002, 230.

listujat ratkaisivat keskittymällä ihmisten välisiin suhteisiin (*ethic of care*), kun taas miehet käyttivät perusteluissaan loogisempaa, abstrakteihin oikeuksiin perustuvaa lähestymistapaa (*ethic of justice*).[31] Feministiset oikeusteoreetikot ovat viitanneet Gilliganin tutkimuksiin väittäessään, että oikeus heijastaa miehisiä arvoja. Monet arvot, joille oikeus on rakentunut, esimerkiksi oletus individualistisesta järkevästä yksilöstä (”*reasonable man*”), on miesten arvottama ja vastaa siksi vain heidän käsitystään oikeudenmukaisuudesta.[32] On selvää, että tällaisessa lähestymistavassa on myös riskinsä – se vahvistaa dikotomisia stereotypioita, jotka ovat kaventaneet molempien sukupuolten valinnanmahdollisuuksia.[33]

Kuusipalon mukaan erilaisuutta korostava feminismi tuli Suomeen juuri kulttuurifeminismin muodossa. Teorian puolella erilaisuusajattelu juontaa juurensa ns. *standpoint-feminismistä*, jossa korostetaan naisnäkökulman tärkeyttä. 1980-luvun Suomessa feministit korostivatkin naisnäkökulmaa ja näkivät naiseuden kuten kulttuurifeministit – jonain, joka tuli säilyttää ja jota tuli juhlia.[34] Feministit alkoivat vaatia, että naisista ei tulisi tehdä samanlaisia yksilöitä kuin miehistä (”miessydämisiä naisia”). Erilaisuusajattelun kannattajat eivät kuitenkaan nähneet sukupuolieroa luonnollisena ja sukupuolia toisiaan täydentävinä, kuten 1900-luvun alun äitikansalaisuutta korostanut naisliike. Sukupuolijakojen ja -hierarkioiden nähtiin kertovan sen sijaan valtasuhteista ja miehisestä vallasta. Naiseuden korostaminen ja uudelleenarvottaminen nähtiin keinona näiden vallitsevien valtasuhteiden horjuttamiseksi.[35]

1.4 POHJOISMAINEN FEMINISMI

Länsimaissakin kulttuuriset erot eri maiden välillä voivat johtaa erilaisiin käsityksiin siitä, mikä feminismissä on tärkeää. Kuten Davies on todennut, länsimainen feminismi on jakautunutta monin tavoin kulttuurisista syistä.[36] Liberaali- ja radikaalifeminismin lähestymistavat eivät välttämättä tunnu kovin relevantilta sellaisissa maissa, joissa kulttuuriset edellytykset näiden feminismin muotojen synnylle eivät ole olleet olemassa. Angloamerikkalainen feminismi on ollut hyvin vaikutusvaltaista, mutta esimerkiksi pohjoismaissa feminismi näyttäytyy hyvin erilaisessa kontekstissa. Esimerkiksi radikaalifeministinen analyysi, jossa kritisoidaan sukupuolten välistä hierarkiaa ja polarisaatiota oikeudessa, ei Pohjoismaissa ole kovin relevanttia, koska pohjoismaisessa kon-

31 Gilligan 1982.
32 Davies 2002, 230 ja Smart 1989, 73–75.
33 Rhode 1993, 598.
34 Kuusipalo 2002, 213.
35 Kuusipalo 2002, 213. Ks. myös esim. Anttonen 1997.
36 Davies 2002, 234.

tekstissa niin jyrkkää polarisaatiota ei ole.[37] Tosin täälläkin on viime vuosina alettu tutkia sukupuolivaltaan liittyviä kysymyksiä.[38]

Myöskään liberalistisen individualismin diskurssi ei ole Pohjoismaissa ollut kovin vahva. Valtiota ei ole nähty välttämättömänä pahana, kuten klassisessa liberalistisessa ajattelussa, eikä sitä ole nähty myöskään pelkästään patriarkaalisena instituutiona kuten radikaalifeminismissä. Se on nähty pikemminkin yhteisön kollektiivisena identiteettinä, jolloin yksilöä ei ole voitu absoluuttisesti erottaa valtiosta. Valtion rooliksi on nähty jokaisen yksilön hyvinvoinnin varmistaminen. Puhutaan valtiofeminismistä ja naisystävällisestä hyvinvointivaltiosta.[39] Tällaisessa kontekstissa liberalistiset yksilön oikeudet, kuten muodollinen yhdenvertaisuus, eivät ole niin tärkeitä kuin tosiasiallisen tasa-arvon saavuttaminen huomioimalla kaikkien kansalaisten hyvinvointi. Pohjoismainen feminismi onkin keskittynyt hyvinvointivaltiollisiin uudistuksiin eikä niinkään syrjinnän poistamiseen tai seksuaaliseen väkivaltaan.[40] Kuten Nousiainen ja Kantola ovat kirjoittaneet, Suomessakin korostetaan tasa-arvon edistämistä.[41]

1.5 SAMANLAISIA VAI ERILAISIA…

Liberalistisen feministisen suuntauksen perintöä kantaa nykyään ns. samanlaisuusajattelu (*equality theory*), jonka tavoitteena on yhtäläisten oikeuksien toteuttaminen sukupuolisyrjinnän poistamisen kautta. Lainsäädäntö nähdään tällöin tehokkaana muutoksen välineenä, jonka avulla voidaan taata sukupuolten yhtäläinen kohtelu (*equal treatment*) ja yhtäläiset mahdollisuudet (*equal opportunities*) niin työelämässä kuin politiikassa. Samanlaisuusajattelun sukupuolineutraalisuus tarkoittaa sitä, että sukupuolella ei ole merkitystä.[42] Naisten ja

---

37 Davies 2002, 234. Ks. pohjoismaisesta feministisestä oikeustutkimuksesta esim. Nousiainen ym. (toim.) 2001; Svensson ym. (toim.) 2004; Gunnarsson ym. (toim.) 2007; Gunnarsson – Svensson 2009; Pylkkänen 2009.

38 Ks. Kantola 2010b.

39 Julkunen 2010; Helga Hernes 1987. Pohjoismaisessa feministisessä tutkimuksessa Yvonne Hirdmanin kehittämällä sukupuolijärjestelmän teorialla on ollut suuri merkitys (Julkunen 2010, 15–21; Svensson 2001). Suomessa sitä on sovellettu mm. sukupuolitettua työnjakoa koskevassa tutkimuksessa, kuten sukupuolen mukaista koulutusta, sukupuolitettuja ammatillisia aloja ja niiden välisiä hierarkioita sekä palkkaeroja tutkittaessa. Sukupuolijärjestelmän ja sukupuolisopimuksen käsitteitä on käytetty myös hyvinvointivaltiotutkimuksessa. Esimerkiksi Liisa Nieminen on TSS-oikeuksia koskevassa tutkimuksessaan (1995) osoittanut, kuinka Suomessa siirryttiin 1960-luvulla kotiäitisopimuksesta tasa-arvosopimukseen, jonka tärkeä osa on ollut naisten kokopäivätyö. Sukupuolisopimus-käsitteellä on tällöin viitattu kysymyksiin siitä, miten suomalaisessa yhteiskunnassa on neuvoteltu sukupuolten oikeuksista ja velvollisuuksista (Julkunen 2010, 19; Liljeström 1996).

40 Davies 2002, 234–235; Nousiainen – Niemi-Kiesiläinen 2001; Nousiainen 2001; Pylkkänen 2009.

41 Nousiainen – Kantola 2008.

42 Kuusipalo 2002, 212; Squires 1999, 117.

miesten työntäminen samaan muottiin ei kuitenkaan ota huomioon sitä, että naisten ja miesten välillä on todellisia eroja, jotka vaikuttavat naisten asemaan muun muassa työelämässä. Olennaisin ero on naisten kyky tulla raskaaksi, ja naiset myös tosiasiassa jäävät useammin kotiin hoitamaan lapsiaan kuin miehet. Erilaisuusajattelu (*difference theory*) korostaakin sukupuolieroa ja sitä, että sukupuolineutraalisuus itse asiassa perustuu hyvin miehiseen malliin, johon naisten ei ole helppoa mukautua esimerkiksi suuremman hoivavastuun vuoksi. Toisin kuin samanlaisuusteoria, erilaisuusteoria korostaa naisten kokemusten ensisijaisuutta.[43]

Feministisessä oikeusteoriassa on käsitelty paljon sitä, pitäisikö naisia ja miehiä pitää samanlaisina vai erilaisina.[44] Nämä vastakkaiset periaatteet ovat vaivanneet myös käytännön feministejä aina 1800-luvulta lähtien. Peruskysymyksenä tällöin on, pitäisikö naisille luoda positiivisia erityistoimia heidän *erilaisuutensa* vuoksi, jolloin keskustelu naisten erilaisesta kohtelusta on liittynyt lähinnä raskauteen ja äitiyteen, vai tulisiko naisia ja miehiä kohdella *samanlaisina*, muodollisesti yhdenvertaisina, jolloin heillä olisi yhtäläiset oikeudet ja velvollisuudet. Tällöin myös raskauden perusteella voisi muun muassa irtisanoa työsuhteen samoilla perusteilla kuin ”muunkin sairauteen liittyvän poissaolon” perusteella. Kuten monet ovat osoittaneet, molemmat lähestymistavat olettavat miehen normiksi, johon naista, erilaisena tai samanlaisena, verrataan. Naisten lisääntymiskyky on ongelma oikeusjärjestelmän sisäänrakennetulle miesnormille.[45]

Sekä samanlaisuus- että erilaisuusajattelussa on omat ongelmansa. Pateman kutsuu tätä Wollstonecraftin dilemmaksi.[46] Naisten on ollut vaikea mukautua liberaaliin riippumattoman ja vapaan yksilön käsitteeseen. Heidän on täytynyt muuttua miesten kaltaisiksi tai säilyttää oma naiseutensa ja kärsiä epäedullisesta kohtelusta. Sekä samanlaisuus- että erilaisuusteoria toistavat ja uusintavat sukupuolten välisiä eroja ja sukupuolihierarkiaa. Samanlaisuusteoria näkee maskuliinisen puolueellisuuden sukupuolineutraalisuutena ja erilaisuusteoria vahvistaa naiseutta jonkinlaisena poikkeuksena vallitsevasta normista. Kuten postmoderni kritiikki esittää, molemmat teoriat luokittelevat naisen miestä huonommaksi.[47] Hollin mukaan tasa-arvokeskustelua muutti tältä osin merkittävästi Joan Scottin vuonna 1988 julkaisema artikkeli, jossa Scott väitti equality/difference-dikotomian olevan käsitteellisesti virheellinen. Scottin mukaan käsitteet eivät sulje pois toisiaan, vaan ovat päinvastoin riippuvaisia toisistaan. Jo tasa-arvon käsite edellyttää sitä, että ihmisten välillä on eroja. Jos kaikki olisi-

---

43 Kuusipalo 2002, 212; Squires 1999, 117–118.

44 Smart 1989, 82; Rhode 1993, 594; Davies 2007, 652; Bock – James (eds) 1992; Squires 1999, 115–139.

45 Smart 1989, 82, viittaa mm. MacKinnon 1987; Rhode 1993, 594.

46 Pateman 1989, 195–204.

47 Kuusipalo 2002, 214–215.

vat samanlaisia, ei olisi edes tarvetta vaatia tasa-arvoa. Tasa-arvo ei siis tarkoita erilaisuuden poistamista, eikä erilaisuus ole tasa-arvon este.[48]

1.6 … VAIKO SITTENKIN MONINAISIA?

Feministiseen postmoderniin kritiikkiin kuuluu moninaisuusajattelu (*diversity theory*), joka pyrkii osoittamaan, että sukupuoli-identiteetti ei ole yksi ja pysyvä vaan muuttuva ja moninainen. Sellaisia identiteettejä kuin nainen tai mies ei ole olemassa, vaan niitä rakennetaan, toistetaan ja vahvistetaan yhteiskunnallisilla käytännöillä ja puhetavoilla, diskursseilla.[49]

Eräs feministisen oikeusteorian keskeisimmistä haasteista on ollut näkökulman laajentaminen sellaisiin naisiin, jotka eivät kuulu etuoikeutettujen valkoihoisten, heteroseksuaalisten, työssäkäyvien naisten joukkoon. Kritiikin mukaisesti riittävä perusta feministisille teorioille ei voi olla ”naiset” yhtenä homogeenisenä ryhmänä.[50] Feministisiä teorioita on kritisoitu siitä, että ne eivät ota huomioon mm. tummaihoisten naisten kohtaamia alistuksen muotoja, jotka ovat erilaisia kuin valkoihoisten naisten. Esimerkiksi radikaalifeministit näkevät raiskauksen miehisenä vallankäytön muotona ja unohtavat, että raiskaus voi olla myös rasismia. Kuten Davies on todennut, ”rape is not the same for all women, and it can be as much an expression of *white* dominance as it is of *male* dominance” (kursiivi tässä).[51]

Varhaisin ja merkittävin feminismin sisäinen kritiikki tuli niiltä feministeiltä, jotka olivat nimenomaan etnisen taustansa vuoksi marginaalissa niin feministisessä liikkeessä kuin yhteiskunnassa ylipäänsä. 1980-luvulla USA:n tummaihoiset feministiset oikeustieteilijät alkoivat kritisoida sekä feemististä että rasismin vastaista politiikkaa siitä, ettei kumpikaan niistä vastannut tummaihoisten naisten ongelmiin – vain joko valkoihoisten naisten tai tummaihoisten miesten.[52] Valtavirtafeminismiä kritisoitiin elitismistä ja keskittymisestä keskiluokkaisten heteroseksuaalisten naisten ongelmiin, valkoihoisten etuoikeutetun aseman unohtamisesta, sekä siitä, että se ei tunnistanut rakenteellista syrjintää ja väkivaltaa, joka perustui moniin muihin tekijöihin sukupuolen ohella.[53]

Amerikkalainen feministinen oikeustieteilijä Kimberlé Crenshaw otti ensimmäisenä käyttöön intersektionaalisuuden käsitteen. Crenshaw toi esiin, että

---

48 Holli 2012, joka viittaa Joan Scottin artikkeliin Deconstructing Equality-versus-Difference: or, the Uses of Poststructuralist Theory for Feminism (1988). Ks. myös Holli 1995; Ylöstalo 2012, 42–44.

49 Kuusipalo 2002, 214; Squires 1999, 135–137.

50 Davies 2002, 233–234 ja 236–249; Squires 1999, 133–135.

51 Davies 2002, 238. Näin myös Crenshaw 1989, 157–159.

52 Ks. mm. Crenshaw 1989 ja King 1988.

53 Davies 2007, 656.

tummaihoisten naisten kokemat syrjintätilanteet esimerkiksi työelämässä eivät vastanneet valkoihoisten naisten tai tummaihoisten miesten kokemuksia. Rasismi ja seksismi risteävät tällöin ainutlaatuisella tavalla, jota ei voi palauttaa pelkästään rasismiksi tai seksismiksi.[54] Tällaiseenkin syrjintään tulisi kuitenkin voida puuttua lainsäädännön avulla. Yhä edelleen oikeustieteilijät ottavat Crenshaw'n teorian lähtökohdakseen tutkiessaan intersektionaalisuutta. Näkökulma on kuitenkin laajentunut, nyttemmin moniperusteisen syrjinnän kohteeksi oletetaan muitakin henkilöryhmiä kuin tummaihoisia naisia.[55] Esimerkiksi lesbonaiset ovat kokeneet, että heidän kokemuksensa ja maailmankuvansa eivät vastaa sitä, mitä feministiset teoriat selittävät naisten alisteisesta asemasta. Teorioiden kritisoidaan olettavan, että naiset elävät heteroseksuaalisessa parisuhteessa, jolloin lesbonaiset ovat jääneet marginaaliin tai unohdettu kokonaan.[56]

Feministisestä teoriasta on monta erilaista versiota (*equality theory, difference theory, diversity theory*), joilla kaikilla on sijansa feministisessä tutkimuksessa. Nämä eri teoriat ymmärtävät myös tasa-arvon eri tavalla, joko yhtäläisinä oikeuksina, sukupuolieroon perustuvana tasa-arvona sekä moninaisena tasa-arvona.[57] Tämä fragmentoituminen ei välttämättä vie pohjaa feminismiltä, vaan voi olla sen vahvuus. Kuten Davies toteaa,[58] onhan maailma itsessäänkin hyvin moninainen, ja erilaiset kontekstit edellyttävät erilaisia toimintamalleja. Liberaalifeminismin vaatimukset voivat joissain konteksteissa toimia voimakkaana argumenttina naisten oikeuksien puolesta, kun taas toisissa konteksteissa tarvitaan toisenlaista lähestymistapaa. On selvää, että esimerkiksi samanarvoisesta työstä on maksettava samaa palkkaa sukupuolesta riippumatta. Myös sukupuolierot huomioonottavaa lainsäädäntöä tarvitaan. Esimerkiksi työelämässä on otettava huomioon se, että naiset tulevat raskaaksi ja pitävät perhevapaita enemmän kuin miehet. Moninaisuuteen taas on alettu kiinnittää huomiota vasta viime vuosina, kun syrjinnänvastaisessa oikeudessa on alettu puhua moniperusteisesta syrjinnästä. Toisaalta erilaiset käsitykset tasa-arvosta voivat johtaa myös erilaisiin käsityksiin paitsi tosiasiallisen tasa-arvon sisällöstä, myös siitä, minkälaisin keinoin sukupuolten tosiasiallinen tasa-arvo saavutetaan. On palautettava siis mieleen Amartya Senin esittämä keskeinen kysymys: "*equality of what*?".

---

54 Crenshaw 1991.
55 Schiek with Chege 2009, 12; Fineman 2009, 4. Ks. myös Lykke 2003 ja 2005.
56 Davies 2002, 243–249; Fineman 2009.
57 Ylöstalo 2012.
58 Davies 2002, 256.

2 John Rawlsin oikeudenmukaisuusteoria

Oikeudenmukaisuus voidaan nähdä myös ”vastavuoroisuuteen perustuvana rationaalisten ja tasa-arvoisten autonomisten päätöksentekijöiden keskenään solmimana yhteiskuntasopimuksena”, kuten Hellsten kuvaa modernia oikeudenmukaisuusnäkemystä.[59] Hellsten tuo esiin, että valistuksen ajalla ihmiskuvan muuttuessa oikeudenmukaisuus alettiin ymmärtää uudella tavalla. Usko ihmisen järjen mahdollisuuksiin, rationaalisuuteen, oli keskeinen, ja siitä haluttiin löytää oikeutus uudelle taloudelliselle ja tieteelliselle kehitykselle sekä perustuslailliselle demokratialle. Uuden individualistisen ihmiskäsityksen mukaan ihmiset olivat ainutkertaisia yksilöitä, eivät poliittisia olentoja, kuten aristoteelinen näkemys korosti. Liberalististen sopimusteorioiden mukaan ihmiset pyrkivät luonnostaan oman edun maksimoimiseen, minkä vuoksi oli välttämätöntä hyväksyä oikeudenmukaisuuden periaatteet. Valistuksen ajalla oikeudenmukaisuudesta tulikin rationaalisten, omaa etuaan tavoittelevien ihmisten keskenään tekemä yhteistyösopimus.[60] Näin oikeudenmukaisuudesta tuli tavoiteltavan itseisarvon sijasta menetelmä, joka toimii vain välineenä hyvän elämän tavoittelussa.[61] Hellsten toteaa, että tästä liberalistiselle perinteelle tyypillisestä yhteiskuntasopimusajattelusta esiintyy nykyäänkin erilaisia malleja, joista tunnetuimpiin kuuluu yhdysvaltalaisen filosofi John Rawlsin esittämä hyvinvointiliberalismi.[62] John Rawlsin (1921–2002) vuonna 1971 ilmestynyttä, oikeudenmukaisuutta koskevaa teosta *A Theory of Justice* (*Oikeudenmukaisuusteoria*) onkin pidetty yhtenä moraali- ja yhteiskuntafilosofian vaikutusvaltaisimmista teoksista.[63] Modernissa hyvinvointiliberalismissa oikeudenmukaisuus ymmärretäänkin pitkälti siten kuin Rawls sen oikeudenmukaisuusteoriassaan esittää.[64]

---

59 Hellsten 1996, 56.
60 Hellsten 1996, 96–99.
61 Hellsten 1996, 154.
62 Hellsten 1996, 56.
63 Ks. mm. Freeman (toim.) 2003.
64 Hellsten 1996, 12. Myös Ronald Dworkinin ajatuksia oikeudenmukaisuudesta on pidetty keskeisinä. Dworkinin mukaan oleellista on, että resurssit on jaettu yksilöiden kesken tasa-arvoisesti. Ks. esim. Dworkin 2002.

2.1 KESKEISET ELEMENTIT

Rawlsin pyrkimyksenä oli kehittää oikeudenmukaisuusteoria, jonka pääajatuksena on reiluksi peliksi käsitetty oikeudenmukaisuus.[65] Teorian keskeinen idea on, että yhteiskunta, sen lait ja instituutiot ovat oikeudenmukaisia, kun niissä noudatetaan tiettyjä teorian muotoilemia *oikeudenmukaisuuden periaatteita (principles of justice)*. Rationaaliset, tasa-arvoisessa asemassa olevat yksilöt päätyvät näihin periaatteisiin hypoteettisessa *lähtötilanteessa (original position)*. Olennaista lähtötilanteelle on se, että päätöksentekijät toimivat ns. *tietämättömyyden verhon* (*veil of ignorance*) takana. Kukaan ei tiedä paikkaansa yhteiskunnassa, luokka-asemaansa eikä sosiaalista statustaan. Kukaan ei tiedä myöskään sitä, ”missä määrin hänen osakseen on langennut luontaisia avuja ja kykyjä, ei älykkyyttään, ruumiinvoimiaan eikä muitakaan sellaisia seikkoja”.[66] Kukaan ei tiedä omaa käsitystään hyvästä eikä omaa elämänsuunnitelmaansa. He eivät tiedä myöskään oman yhteiskuntansa erityisolosuhteista kuten poliittisesta tai taloudellisesta tilanteesta.[67] Yksilöt eivät tiedä muita yksityiskohtia kuin sen, että heidän yhteiskunnassaan vallitsevat oikeudenmukaisuuden olosuhteet, ja ne yleiset tosiasiat, jotka vaikuttavat oikeudenmukaisuuden periaatteiden valintaan.[68] Heillä on tiedossaan ihmisyhteisöä koskevat yleiset tosiasiat, ja he ymmärtävät politiikkaa ja taloustieteen periaatteet. He tuntevat myös yhteiskunnan organisaation perustan ja ihmisen sielunelämän lait.[69]

Kun jokainen on lähtötilanteessa samassa asemassa eikä kenelläkään ole mahdollisuutta muotoilla periaatteita omaan tilanteeseensa sopivaksi, oikeudenmukaisuuden periaatteet ovat reilun sopimuksen eli kaupankäynnin tulos.[70] Tällaista tapaa tarkastella oikeudenmukaisuuden periaatteita Rawls kutsuu *reiluksi peliksi* (*justice as fairness*) käsitetyksi oikeudenmukaisuudeksi.[71] Alkuaseman ideana on luoda reilu menettelytapa, joka ei tee mahdolliseksi sopia epäoikeudenmukaisista periaatteista. Teorian perustana käytetään siis puhtaan menetelmäoikeudenmukaisuuden käsitettä.[72] Reilun pelin moraalinen hyväksyttävyys ei ole sidoksissa lopputulokseen, vaan keskeistä on pelaajien käsitys pelin luonteesta ja sisällöstä, sen säännöistä.[73] Alkuasema on puhtaasti hypoteettinen tilanne. Sen ajatus on tarkoitettu ihmisen käyttäytymisen selitykseksi

65 Rawls 1988, 15.
66 Rawls 1988, 20.
67 Rawls 1988, 87.
68 Rawls 1988, 88.
69 Rawls 1988, 88.
70 Rawls 1988, 20.
71 Rawls 1988, 19.
72 Rawls 1988, 87.
73 Hellsten 1996, 33–34.

vain siinä mielessä, että se yrittää kuvata moraaliarvostelmiamme ja auttaa selittämään oikeudenmukaisuuden tajumme olemassaolon.[74]

Rawlsin alkuasetelmassa ihmiset ovat tasa-arvoisia, heillä on toisin sanoen yhtäläiset oikeudet tehdä ehdotuksia ja perustella niitä. Tasa-arvon perustana on osapuolten samanlaisuus. He ovat moraalisia henkilöitä, jotka kykenevät *oikeudenmukaisuuden tajuun (sense of justice)*.[75] Vaikka yksilöillä onkin omat käsityksensä hyvästä, heiltä edellytetään kykyä ymmärtää erilaisia periaatteita, joihin yhdessä päädytään, ja toimia niiden mukaisesti. Nämä ehdot yhdessä tietämättömyyden verhon kanssa määrittelevät oikeudenmukaisuuden periaatteet juuri niiksi periaatteiksi, joihin omien etujensa ajamisesta kiinnostuneet rationaaliset ihmiset suostuisivat silloin, kun yhteiskunnallisten tai luonnon satunnaisseikkojen ei tiedetä suosivan eikä syrjivän ketään.[76] Sopimalla näistä periaatteista kukin osapuoli turvaa tavoitteensa paremmin kuin muissa vaihtoehdoissa, kun otetaan huomioon heidän olosuhteensa, tietomääränsä, käsityksensä ja etunsa.[77]

Oikeudenmukaisuuden periaatteita sovelletaan vain *yhteiskunnan perusrakenteeseen (basic structure of society)*, jolla Rawls tarkoittaa yhteiskunnan tärkeimpiä instituutioita, jotka ”define men’s rights and duties and influence their life prospects, what they can expect to be and how well they can hope to do. This basic structure is the primary subject of justice because its effects are so profound and present from the start”.[78] Tällaisiksi perustavaa laatua oleviksi instituutioiksi Rawls määrittelee perustuslain ja tärkeimmät taloudelliset ja sosiaaliset järjestelyt kuten ajatuksen- ja omantunnonvapauden lainmukaisen suojan, kilpailuun perustuvat markkinat, tuotantovälineiden yksityisen omistuksen ja yksiavioisen perheen.[79] Näiden yhteiskunnallisten instituutioiden tärkein hyve on juuri oikeudenmukaisuus.[80] Oikeudenmukaisuuden periaatteet määrittävät, miten oikeudet ja velvollisuudet jaetaan näissä instituutioissa. Tällöin ihmisiä ei perusoikeuksia ja -velvollisuuksia jaettaessa saa asettaa mielivaltaisesti eri asemaan. Säännöin on määritelty myös se, kuinka ihmisten yhteistoiminnasta koituva hyöty jaetaan. Yhteiskunnallisen oikeudenmukaisuuden käsitys on siis ensi sijassa nähtävä mittapuuksi, jolla arvioidaan yhteiskunnan perusrakenteen jakonäkökohtia.[81]

Rawlsin oikeudenmukaisuusteorian kaksi oikeudenmukaisuuden periaatetta, jotka Rawls uskoo ihmisten valitsevan alkuasetelmassa, ovat seuraavat.

---

74 Rawls 1988, 79.
75 Ks. Rawls 1988, luku VIII, 257–287.
76 Rawls 1988, 23–24.
77 Rawls 1988, 78.
78 Rawls 1971, 7.
79 Rawls 1988, 17.
80 Rawls 1988, 15.
81 Rawls 1988, 15–19.

Ensimmäinen periaate: Jokaisella ihmisellä on oltava yhtäläinen oikeus laajimpaan mahdolliseen perusvapauteen, joka on sovitettavissa yhteen muiden ihmisten samanlaisen vapauden kanssa (**yhtäläiset perusvapaudet, the principle of equal basic liberties**).[82]

Rawlsin mukaan kansalaisten perusvapaudet ovat poliittinen vapaus (äänioikeus ja vaalikelpoisuus), mielipiteen vapaus ja kokoontumisvapaus, omantunnonvapaus ja ajatuksenvapaus, henkilökohtainen koskemattomuus, omistuksensuoja sekä suoja mielivaltaista vangitsemista ja takavarikkoa vastaan. Nämä vapaudet ovat siis oikeudenmukaisuuden ensimmäisen periaatteen mukaisesti yhtäläisiä.[83]

Toinen periaate: Yhteiskunnalliset ja taloudelliset eriarvoisuudet ovat järjestettävissä sellaisiksi,

a) että ne tuottavat huonoimmassa asemassa oleville suurimman mahdollisen hyödyn (**eroperiaate, difference principle**)[84] ja
b) että ne liittyvät virkoihin ja asemiin, jotka ovat kaikille avoimia mahdollisuuksien reilun yhtäläisyyden ehdoilla (toisin sanoen kaikilla, joilla on halua ja kykyä, on myös reilu mahdollisuus hakea yhteiskunnan valta-asemiin) (**mahdollisuuksien tasa-arvo, equality of opportunities**).[85]

Jo alkuasemassa oikeudenmukaisuuden periaatteet asetetaan tiettyyn etusijajärjestykseen. Yhtäläisen vapauden periaatteelle annetaan ensisijainen asema taloudellisia ja sosiaalisia eriarvoisuuksia sääntelevään periaatteeseen nähden.[86] Periaatteiden välinen prioriteettijärjestys takaa sen, että vapausoikeuksista ei voi tinkiä silloinkaan, kun niiden rajoittaminen parantaisi huonoimmassa asemassa olevan hyvinvointia eroperiaatteen mukaisesti.[87]

Kuten Lagerspetz ja Räikkä muotoilevat, Rawlsin mukaan yhteiskunta on oikeudenmukainen, kun ihmiset nauttivat liberalistisista vapausoikeuksista ja kun yhteiskunnassa vallitsee mahdollisuuksien tasa-arvo. Lisäksi huono-osaisille on rakennettava suojaverkko, ja taloudelliset ja sosiaaliset erot on eroperiaatteen mukaisesti oikeutettava niiden hyödyllisyydellä kaikille kansalaisille.[88] Rawlsin mukaan ei siis ole epäoikeudenmukaista, että muutamat saavat suurempia etuja kuin toiset, jos tämän ansiosta vähäosaisempien tilanne kohenee. Epäoikeudenmukaista on vain sellainen eriarvoisuus, joka ei ole kaikille hyö-

82 Rawls 1988, 46, 175.
83 Rawls 1988, 46–47.
84 Rawls 1988, 54–57, 176.
85 Rawls 1988, 46, 58–62, 175–176.
86 Rawls 1988, 36.
87 Lagerspetz – Räikkä 2007, 41.
88 Lagerspetz – Räikkä 2007, 39.

dyksi.[89] Lagerspetz ja Räikkä toteavat, että rawlsilaisessa katsannossa epäoikeudenmukaisia järjestelmiä olisivat ainakin diktatuurit, jotka hylkäävät yhtäläisten perusvapauksien periaatteen; feodaali- ja kastijärjestelmät, jotka hylkäävät mahdollisuuksien tasa-arvon periaatteen sekä kovat libertanistiset markkinayhteiskunnat, jotka hylkäävät eroperiaatteen. He toteavat, että pohjoismaiset hyvinvointiyhteiskunnat ovat Rawlsin teorian kanssa hyvin yhteensopivia. Heidän mukaansa pohjoismaisen hyvinvoinnin jaon mallin voi tosin perustellusti väittää perustuvan laajempiin tulonsiirtoihin ja palvelujärjestelmiin kuin Rawlsin *Oikeudenmukaisuusteoriassa* esittämän mallin.[90]

Rawlsin mukaan ihminen on onnellinen silloin, kun hänen suunnitelmansa menestyy. Jokaisella yksilöllä on oma rationaalinen elämänsuunnitelmansa, jota laatiessaan hän ottaa omat olosuhteensa huomioon. Kaikkien rationaalisten suunnitelmien toimeenpaneminen edellyttää eräitä *ensisijaisia hyviä (primary goods)*, luonnollisia (”health and vigor, intelligence and imagination”)[91] tai yhteiskunnallisia (”income and wealth, powers and prerogatives of offices and positions of responsibility, and the social bases of self-respect”)[92]. Alkuaseman ihmiset eivät kuitenkaan tietämättömyyden verhon takaa tiedä omaa käsitystään hyvästä, mutta he ovat tietoisia halustaan lisätä ensisijaisten hyviensä määrää. Tämä tieto riittää heille siihen, että he osaavat ajaa etujaan lähtötilanteessa.[93] Oikeudenmukaisuuden kahden periaatteen mukaisesti perusvapaudet ovat aina yhtäläiset. Mahdollisuudet ovat aina reilusti yhtäläiset. Eroperiaatteen mukaisesti ensisijaiset hyvät jaetaan niin, että joillakin voi olla niitä toisia enemmän, jos ne on hankittu parantamalla vähemmälle jääneiden tilannetta. Reiluksi peliksi ymmärretylle oikeudenmukaisuudelle riittää, että ihmiset käyttävät heille tarjolla olevia oikeuksia ja mahdollisuuksia. Jokaiselle turvataan yhtäläinen vapaus toteuttaa omaa elämänsuunnitelmaansa, edellyttäen, että se ei loukkaa oikeudenmukaisuuden periaatteita.[94] Rawlsin oikeudenmukaisuusteoriassa yksilöiden haluja ja toiveita siis rajoittavat alusta asti oikeudenmukaisuuden periaatteet. Niiden tehtävänä on luoda kehykset, joiden puitteissa yksittäisten ihmisten tavoitejärjestelmiä tulee kunnioittaa. Oikeudenmukainen yhteiskuntajärjestelmä asettaa toisin sanoen rajat, joiden sisällä ja jota käyttäen ihmiset voivat pyrkiä omien tavoitteidensa toteuttamiseen. Näin Rawls pyrkii huomioimaan ihmisten arvojen ja tavoitteiden moninaisuuden ja erillisyyden.[95]

Alkuaseman ihmiset ovat rationaalisia siinä mielessä, että jokainen koettaa tehdä parhaansa etujensa edistämiseksi, kun periaatteita valitaan. Osapuolet ei-

89 Rawls 1988, 4 ja 21.
90 Lagerspetz – Räikkä 2007, 39. Ks. myös Ricoeur 2000.
91 Rawls 1971, 62.
92 Rawls 1971, 62, 93.
93 Rawls 1988, 63.
94 Rawls 1988, 64.
95 Rawls 1988, 29–30.

vät kuitenkaan tiedä käsitystään hyvästä. Vaikka he tietävätkin, että heillä on jokin rationaalinen elämänsuunnitelma, sen yksityiskohtaista sisältöä he eivät tiedä, eivätkä niitä erityistavoitteitaan ja -etujaan, joihin se tähtää. Kuinka he voivat ratkaista, mikä oikeudenmukaisuuskäsitys palvelee parhaiten heidän etuaan? Rawlsin mukaan riittää, että he tietävät, että heidän on syytä yrittää suojella vapauksiaan, laajentaa mahdollisuuksiaan ja lisätä keinoja, joilla he voivat ajaa tarkoitusperiään, mitä ne sitten tulevat olemaankin.[96] Osapuolet eivät yritä hankkia etuja toinen toisilleen eivätkä sälyttää haittoja toistensa kannettaviksi. Heillä on oikeudenmukaisuuden taju, ja he voivat luottaa siihen, että sovituista oikeudenmukaisuuden periaatteista pidetään kiinni, kun niistä on kerran sovittu. Osapuolten onkin harkittava huolellisesti, voivatko he pitäytyä sopimuksessa kaikissa oloissa. Oikeudenmukaisuuden kahden periaatteen pääperusteet liittyvätkin juuri tähän: osapuolet suojaavat perusoikeutensa ja lisäksi vakuuttavat itsensä pahimpien mahdollisuuksien varalle. Heillä ei ole riskiä joutua uhraamaan vapauttansa sen tähden, että toiset saisivat enemmän hyvää. Ihmisiä kiinnostaa vain omien etujensa edistäminen, ja siksi he valitsevat oikeudenmukaisuuden kaksi pääperiaatetta.[97]

Läpi teoksen Rawls asettaa teoriansa vertailukohdaksi kritisoimansa klassisen utilitarismin.[98] Hän toteaa, että kysymys on tällöin siitä, voiko joidenkin ihmisten osakseen saama suurempi etujen summa painaa vaa'assa enemmän kuin toisille sälytetyt haitat (näin hän luonnehtii utilitarismia), vai vaatiiko oikeudenmukaisuus yhtäläistä vapautta kaikille ja kieltääkö se taloudelliset ja sosiaaliset eriarvoisuudet, jotka eivät palvele kaikkien etua (näin siis toimii Rawlsin oma oikeudenmukaisuusteoria).[99] Rawlsin hyvinvointiliberalismi hylkää utilitaristisen päämäärähakuisuuden, jossa tekoja arvioidaan niiden tuottaman hyödyn perusteella. Oikeudenmukaisuuden periaatteet eivät edellytä mitään tiettyä lopullista päämäärää tai käsitystä hyvästä.[100] Oikeudenmukainen yhteiskunta ei Rawlsin mukaan ole sellainen, jonka ihanteellinen, rationaalinen ja puolueeton, olosuhteista kaiken tietävä sivustakatsoja hyväksyisi (näin klassisessa utilitarismissa). Rawlsin teoriassa tietämättömyyden verho ja vastavuoroisen intressin puuttuminen johtavat oikeudenmukaisuuden kahteen periaatteeseen.[101]

Syrjinnänvastaisen oikeuden kannalta Rawlsin oikeudenmukaisuusteoria on merkityksellinen juuri siitä syystä, ettei se hyväksy vähemmistöjen uhraamista

---

96 Rawls 1988, 90.
97 Rawls 1988, 91, 106–107, 111.
98 Hellsten toteaa (1996, 74), että valituksen ajalla syntyi kaksi keskenään kilpailevaa filosofista näkemystä oikeudenmukaisuudesta: liberalistis-individualistinen perinne ja suurinta hyvää suurimmalle osalle ihmisistä etsivä utilitarismi. Nämä ajattelumallit ovat Hellstenin mukaan hallinneet angloamerikkalaista moraalifilosofiaa ja länsimaisia politiikkoja viime aikoihin saakka.
99 Rawls 1988, 29–31.
100 Hellsten 1996, 33.
101 Rawls 1988, 111–112.

enemmistön etujen hyväksi. Heikoimpiakin tulee suojata. Tämä on tärkeä perustelu syrjinnänvastaiselle oikeudelle.

2.2 FEMINISTINEN KRITIIKKI

Rawlsin *Oikeudenmukaisuusteoriasta* on kirjoitettu ja sitä on kommentoitu, kritisoitu ja puolustettu laajasti.[102] Rawlsilaista liberalismia ovat kritisoineet paitsi kommunitaristit,[103] jotka korostavat ihmisen yhteisöllistä ja kulttuurisidonnaista luonnetta, myös libertaristit,[104] joiden mukaan Rawlsin oikeudenmukaisuusteoria antaa valtiolle liian suuren roolin ihmisten elämässä. Rawlsia ovat kritisoineet – ja toisaalta myös puolustaneet – myös monet feministit, jotka ovat nähneet *Oikeudenmukaisuusteoriassa* monia ristiriitaisuuksia.[105]

Pian *Oikeudenmukaisuusteorian* ilmestyttyä filosofi Jane English kiinnitti huomiota siihen, että Rawlsin teoriassa alkuaseman päätöksentekijät ovat perheen päitä, *heads of families*, jolla perinteisesti on viitattu perheen miespuoliseen vanhempaan.[106] Kuten Okin toteaa, tämä liittyy siihen, että Rawlsin teoriassa sukupolvien välinen oikeudenmukaisuus varmistetaan olettamuksella, että alkuaseman päätöksentekijät edustavat perheitä. Päätöksentekijöiden tulee välittää myös seuraavan sukupolven hyvinvoinnista. Sukupolvien väliset tunnesiteet ovat tärkeitä oikeudenmukaisen *säästämisperiaatteen* toteuttamiseksi, sillä muutoin alkuaseman päätöksentekijät eivät ole toistensa intresseistä kiinnostuneita. Rawls ei kuitenkaan selvennä, että – vastoin yleistä kielenkäyttöä – perheen pää voisi olla myös nainen. Päinvastoin, hän toteaa, että alkuaseman päätöksentekijät, ”imagining themselves to be *fathers*, say, they are to ascertain how much they should set aside for their *sons* by noting what they would believe themselves entitled to claim of their *fathers*” (kursiivi tässä).[107]

Okin on kiinnittänyt huomiota Rawlsin persoonapronominien käyttöön muissakin yhteyksissä. Läpi teoksensa Rawls käyttää maskuliinisia termejä *men*, *mankind*, *he*, *his*, *fathers* ja *sons.* Tällä ei Okinin mukaan olisi niin paljon merkitystä, ellei Rawls itse olisi osa sitä pitkää poliittisen ja moraalifilosofian traditiota, jossa naiset on suljettu ulkopuolelle. Rawls ei esimerkiksi Kantin tai Freudin teorioihin viitatessaan mainitse sitä, että naisia ja miehiä ei näissä teorioissa pidetä samanarvoisina. Okin perustellusti toteaakin: ”A feminist reader finds it difficult not to keep asking: ’Does this theory of justice apply to women, or

---

102 Ks. esim. Samuel Freemanin toimittama The Cambridge Companion to Rawls (2003, 524–556).
103 Walzer 1983 ja 2004; Sandel 1999; Taylor 1989 ja 2007.
104 Nozick 1974.
105 Ks. mm. Okin 1989, 1994a, 1994b, 2004; Nussbaum 2003; Pateman 1989.
106 English 1977.
107 Rawls 1971, 289. Okin 1994a, 183.

not?’’’[108] Rawls itse ei anna *Oikeudenmukaisuusteoriassaan* tähän vastausta. Kahdessa kohtaa hän tosin antaa ymmärtää, että ainakin muodollinen sukupuolisyrjintä on hänen mukaansa hylättävä. Kansalaisten perusoikeuksista puhuessaan hän toteaa, että miesten suosiminen naisten kustannuksella on mahdollista vain eroperiaatteen toteutuessa, toisin sanoen, jos toiminta on myös naisten eduksi ja hyväksyttävää heidän näkökulmastaan.[109] Myöhemmin hän myös viittaa siihen, että rasististen doktriinien epäoikeudenmukaisuus ja irrationaalisuus on tyypillistä myös seksistisille doktriineille.[110]

Rawls itse on todennut myöhemmissä kirjoituksissaan, että sukupuoli on yksi niistä moraalisesti merkityksettömistä seikoista, jotka tietämättömyyden verho peittää alkuasemassa.[111] Lähtötilanteen päätöksentekijät voivat siis Rawlsin mukaan olla sekä naisia että miehiä. Hän on hylännyt myös perheen päätä koskevan olettaman ja omaksunut sukupuolineutraalin kielen.[112] Eräs toinen feministejä vaivannut suuri ongelma on jäänyt kuitenkin avoimeksi. Kyse on perheen asemasta yhteiskunnan perusrakenteen osana.

Susan Moller Okin on kirjoittanut paljon siitä, kuinka sukupuolen mukainen työnjako perheessä juurruttaa yhteiskuntaan sukupuolijärjestelmän, joka ylläpitää naisten ja miesten erilaisia rooleja.[113] Sukupuolijärjestelmälle on ominaista, että naisten työt ja toiminta-alueet ovat vähemmän arvostettuja kuin miesten. Okin huomauttaa, että tästä huolimatta sukupuolijärjestelmää ei ole juuri kukaan keskeisessä asemassa oleva moraali- tai yhteiskuntafilosofi – John Stuart Milliä lukuun ottamatta – pohtinut oikeudenmukaisuuden näkökulmasta. Okinin mukaan tämä johtuu osittain siitä Aristoteleen näkemyksestä, että naiset eivät ole miesten kanssa yhdenvertaisessa asemassa. Naisten toiminta-alueeksi nähtiin yksityinen, ei julkinen elämänalue, joten heitä ei katsottu kykeneviksi kehittämään objektiivista oikeudenmukaisuuden tajua. Niihin henkilöihin, joilla ei ole kykyä eettiseen päättelyyn tai toimintaan, ei tarvitse soveltaa myöskään oikeudenmukaisuuden periaatteita. Rousseaun mukaan naisilla on jopa synnynnäinen kyky sietää kohtaamaansa epäoikeudenmukaista kohtelua. Okinin mukaan liberalistinen perinne on tässä suhteessa hyvin aristoteelinen, vaikka se korostaakin yksilön oikeuksia ja ihmisten yhdenvertaisuutta.[114] Okin toteaa, että nykyaikaisilta oikeudenmukaisuusteorioilta voisi odottaa positiivisempaa suhtautumista naisten ja miesten väliseen tasa-arvoon. Rawlsin oikeudenmukaisuusteorian johdonmukainen soveltaminen mahdollistaisikin Okinin mu-

108 Okin 1994a, 182.
109 Rawls 1971, 99; Okin 1994a, 185.
110 Rawls 1971, 149.
111 Rawls 1975, 537; Okin 1994a, 183.
112 Okin 1994b, 23.
113 Ks. esim. Okin 1989, 1991, 1994.
114 Okin 1991, 169–171.

kaan sukupuolijärjestelmän kyseenalaistamisen. Rawls itse ei tätä kuitenkaan tee.[115]

Rawls toteaa *Oikeudenmukaisuusteoriassaan*, että perhe on osa yhteiskunnan perusrakennetta. Perheessäkin tulisi näin ollen soveltaa oikeudenmukaisuuden periaatteita, vapaus- ja eroperiaatetta. Kuinka näitä perheessä sovelletaan, jää Rawlsin teoriassa kuitenkin avoimeksi, vaikka hän käsitteleekin monia muita sosiaalisia instituutioita, joissa oikeudenmukaisuusteoriaa sovelletaan.[116] Okinin mukaan olisi ollut kohtuullista olettaa, että perheen sisäisiä oikeudenmukaisuuskysymyksiä, kuten sukupuolirooleja, olisi käsitelty teoriassa edes jollakin tasolla.[117] Okin kuitenkin toteaa, että perhe esiintyy Rawlsin teoriassa vain sellaisissa konteksteissa, jotka eivät avaa lainkaan sukupuolten välistä oikeudenmukaisuuskysymystä. Perheen vastuulla on muun muassa varhainen moraalikasvatus.[118] Tässä viimeisessä roolissaan perheen asema on teoriassa hyvin tärkeä, mikä feministisen kritiikin mukaan on myös teorian suurimpia ongelmia.

Vuonna 1983 australialainen politiikan tutkija Deborah Kearns kiinnitti huomiota siihen, että perheen instituutioon liittyvät epäoikeudenmukaisuudet, kuten sukupuolen mukainen työnjako perheen sisällä, uhkaavat vaarantaa perheessä kasvavien lasten oikeudenmukaisuuden tajun kehittymisen.[119] Muun muassa Susan Moller Okin on kirjoituksissaan kiinnittänyt tähän ongelmaan toistuvasti huomiota.

Oikeudenmukaisuusteoriassa Rawls antaa ihmisten oikeudenmukaisuuden tajun suotuisalle kehitykselle tärkeän roolin. Hän toteaa, että oikeudenmukaista yhteiskuntaa on vaikea saavuttaa tai ylläpitää ilman sen jäsenten oikeudenmukaisuuden tajua. Hän varoittaa, että kun tietämättömyyden verho on poistettu, ihmiset eivät välttämättä olekaan tyytyväisiä asemaansa yhteiskunnassa. Tällöin heidän sitoutumisensa valittuihin oikeudenmukaisuuden periaatteisiin voi heiketä. Vahvaksi kehittynyt oikeudenmukaisuuden taju auttaa kuitenkin noudattamaan näitä periaatteita. Jotta yhteiskunnallinen vakaus säilyisi, Rawlsin mukaan on kiinnitettävä huomiota yhteiskunnan jäsenten oikeudenmukaisuuden tajun kehittymiseen. Perhe muodostaa tässä suhteessa keskeisen instituution, sillä sen rooli lapsen varhaisessa moraalikehityksessä on hyvin tärkeä.[120] Kuten Okin toteaa, Rawls ei kuitenkaan ota esiin sitä, kuinka sopiva instituutio perhe on antamaan oikeudenmukaisuuden mallia.[121] Esittäessään moraalipsykologian periaatteita ja kuvatessaan, kuinka lapselle kehittyy oikeudenmukai-

115 Okin 1991; Okin 1994a, 181.
116 Okin 1994a, 184; Okin 2004, 1541–1542.
117 Okin 2004, 1541.
118 Okin 1994a, 185 ja 2004, 1541–1542.
119 Kearns 1983.
120 Rawls 1988, 257–287.
121 Okin 1994a, 190.

suuden taju,[122] Rawls yksinkertaisesti vain toteaa, että ensimmäinen tärkeä kehitysaskel otetaan, kun ”*olettaen, että perheinstituutiot ovat oikeudenmukaisia* ja että vanhemmat rakastavat lastaan ja avoimesti tuovat esille rakkautensa huolehtien siitä, mikä on hänelle hyväksi, lapsi, tiedostaen häneen kohdistuvan ilmeisen rakkauden, alkaa rakastaa heitä” (kursiivi tässä).[123] Okin perustellusti kysyy, mitä sitten jos perheinstituutiot eivät olekaan oikeudenmukaisia? Tämä on tärkeä kysymys, sillä Rawlsin teoria näyttää nyt lepäävän oikeudenmukaisen perheinstituution varassa. Okin toteaa, että ”[u]nless [children] are parented equally by adults of both sexes, how will children of both sexes come to develop a sufficiently similar and well-rounded moral psychology to enable them to engage in the kind of deliberation about justice that is exemplified in the original position?”[124]

Rawlsin mukaan rationaaliset ja tasa-arvoiset päätöksentekijät päätyisivät tietämättömyyden verhon takana yksimielisesti juuri Rawlsin muotoilemiin oikeudenmukaisuuden perusperiaatteisiin. Hän ei tarkoita, että alkuaseman yksilöt olisivat samaa mieltä kaikista moraalisista ja sosiaalisista kysymyksistä, sillä ”ethical differences are bound to remain”.[125] Okin kuitenkin huomauttaa, että yksimielisyys jo oikeudenmukaisuuden perusperiaatteista edellyttää, että yksilöiden moraalikehitys on ollut samanlainen, ja näin ollen heidän oikeustajunsa on samanlainen. Näin ei todellisuudessa kuitenkaan ole. Naisten ja miesten näkökulmat voivat olla hyvinkin erilaiset, eikä naisnäkökulma tule Okinin mukaan miesfilosofien oikeudenmukaisuusteorioissa tarpeeksi hyvin esille.[126] Okin toteaa, että vasta sitten, kun molemmat sukupuolet osallistuvat tasaveroisesti sekä lasten- ja kodin hoitoon että työelämään ja poliittiseen päätöksentekoon, voidaan puhua eri sukupuolten samankaltaisesta oikeudenmukaisuudentajusta. Tämä on Okinin mukaan edellytys sille, että alkuasemassa voidaan päätyä tiettyihin oikeudenmukaisuuden periaatteisiin, jotka kaikki voivat hyväksyä.[127]

Okinin mukaan hyvä esimerkki Rawlsin teorian sukupuolisokeudesta on varallisuuden oikeudenmukaista jakoa koskeva kysymys. Rawls näyttää edellyttävän, että kaikki alkuaseman osapuolet olettavat olevansa mukana työelämässä. Jako-osuuksista puhutaan kotitalouksien tulona ikään kuin sillä ei olisi merkitystä, kenen nimissä tuo omaisuus perheissä on. Palkkoja maksetaan työelämässä oleville, mutta perheissä naiset ovat usein niitä, jotka jäävät pidemmiksi ajoiksi hoitamaan lapsia kotiin. Naisten ja miesten palkkaerot lisäävät naisten taloudellista riippuvuutta miehistä ja vaikuttavat näin myös perheen valtasuh-

122 Rawls 1988, 275.
123 Rawls 1988, 276.
124 Okin 1994a, 190.
125 Rawls 1971, 139–41. Okin 1994a, 193.
126 Okin 1994a, 193–194.
127 Okin 1994a, 195.

teisiin, ”as well as access to leisure, prestige, political power, an so on, among its adult members”.[128] Näitä perheen sisäisiä oikeudenmukaisuuden kysymyksiä Rawls ei teoriassaan kuitenkaan käsittele. Tämä johtaa ongelmiin Rawlsin moraalikehitystä koskevan teorian kanssa, joka edellyttää, että perheet ovat oikeudenmukaisia.[129]

Okin toteaa, että alkuaseman ajatuksen avulla voidaan tarkastella perinteitä, tapoja ja instituutioita eri näkökulmista. Samalla varmistetaan se, että oikeudenmukaisuuden periaatteet ovat kaikille hyväksyttäviä riippumatta siitä, mihin asemaan kukin päätyy.[130] Jos otamme tarkasteluun myös perheen sisäisen oikeudenmukaisuuden, Rawlsin teoriasta on Okinin mukaan hyötyä myös feministeille. Alkuaseman päätöksentekijöiden tulisi oikeudenmukaisuuden perusperiaatteita muotoillessaan ottaa tällöin huomioon molempien sukupuolten näkökulmat. Koska he ovat Okinin mukaan tietoisia yhteiskunnan perusfaktoista, heidän tulee myös tietää, että naiset ovat olleet ja ovat edelleen miehiä huonommassa asemassa monessa suhteessa. Heidän tulisi kiinnittää erityistä huomiota perheen sisäisiin oikeudenmukaisuuskysymyksiin, sillä sukupuolirooleja vahvistavana instituutiona perhe on ratkaisevassa asemassa sukupuolten epätasa-arvon luojana.[131] Naisnäkökulma Rawlsin teoriaan toisi Okinin mukaan erilaisia käsityksiä myös rationaalisista elämänsuunnitelmista ja perushyvistä käytävään keskusteluun. Lisäksi tällöin keskityttäisiin enemmän ihmisten välisiin suhteisiin. Toisaalta esimerkiksi eroperiaate saattaisi Okinin mukaan saada vielä nykyistä tärkeämmän aseman.[132] Okin toteaa, että muodollinen yhdenvertaisuusperiaate ei ole riittävä keino sukupuolten välisen sosiaalisen oikeudenmukaisuuden saavuttamiseen niin kauan kuin ”social structures that depend upon a gendered division of labor are still in place, so long as women continue to bear disproportionate responsibility for domestic work, raising children, and caring for the sick and elderly, and so long as this work is privatized, undervalued, and unpaid or underpaid”.[133]

Artikkelissaan *The Idea of Public Reason Revisited* (1997) Rawls julkaisi yksityiskohtaisen vastauksen feministiselle kritiikille. Rawls toteaa, että perhe on osa perusrakennetta, ja että perheellä on keskeinen rooli lasten moraalikehityksen kannalta. [134] Perheessä kansalaisille kehittyy oikeudenmukaisuuden taju, joka on välttämätön kestävälle yhteiskunnalle. Oikeudenmukaisuuden periaatteet eivät kuitenkaan sovellu suoraan perheen sisäisiin suhteisiin, vaan takaavat vain sen jäsenille perusoikeudet ja -vapaudet. Sama periaate soveltuu Rawlsin

128 Okin 1994a, 186.
129 Okin 1994a, 188.
130 Okin 1994a, 190.
131 Okin 1994a, 191.
132 Okin 1994a, 195.
133 Okin 1994b, 42.
134 Rawls 1997, 788.

mukaan myös muihin vapaaehtoisiin yhteisöihin, kuten kirkkoon, yliopistoihin ja yrityksiin. Oikeudenmukaisuuden periaatteet eivät järjestä myöskään näiden yhteisöjen sisäistä toimintaa, eikä perhe ole tässä suhteessa eri asemassa. Oikeudenmukaisuuden periaatteet asettavat vain rajoituksia yhteisöjen toiminnalle ja suojaavat näin sen jäsenten oikeuksia ja vapauksia.[135] Perhekään osana perusrakennetta ei voi rikkoa näitä oikeuksia. Koska naiset ja miehet ovat yhdenvertaisia kansalaisia, heillä on yhtäläiset perusoikeudet, vapaudet ja mahdollisuudet. Tämä yhdessä muiden oikeudenmukaisuuden periaatteiden oikean soveltamisen kanssa riittää Rawlsin mukaan takaamaan heille tasa-arvon ja itsenäisyyden. Liberalismi ei kuitenkaan salli sukupuolen mukaisen, vapaaehtoisen työnjaon kieltämistä perheessä. Perheen sisäisen työnjaon sopiminen perheen sisällä kuuluu ihmisten perusvapauksiin. Rawls myöntää itsekin, että koska periaatteet eivät sovellu suoraan perheen sisäiseen elämään, ne eivät joidenkin mielestä voi varmistaa naisten tasa-arvoista asemaa perheessä.[136]

Demokratian tulee Rawlsin mukaan kuitenkin tavoitella kansalaistensa täyttä tasa-arvoa. Jos yksi syy naisten ja miesten epätasa-arvolle on se, että naiset hoitavat päävastuun lastenhoidossa, täytyy Rawlsinkin mukaan sukupuolten mukaista jakoa jotenkin tasapainottaa tai edes taata naisille tietty korvaus kotona tehdystä työstä esimerkiksi avioeron yhteydessä. Poliittisen filosofian tehtävä ei kuitenkaan ole päättää, miten tämä tehtäisiin parhaiten kussakin yhteiskunnassa. Rawls myös kysyy, onko oikeudenmukaisuuden periaatteista lopulta apua sukupuolijärjestelmän vikojen korjaamisessa. Hän toteaa, että oikeudenmukaisuuden käsitteet eivät yksin pysty haastamaan sukupuolijärjestelmää.[137] Tässä suhteessa hänen luottamuksensa omaan teoriaansa näyttää olevan heikompi kuin Okinin.

Nussbaum ja Okin ovat todenneet, että Rawlsin vastaus jättää yhä avoimeksi eräitä tärkeitä kysymyksiä. He ovat myös kritisoineet muun muassa sitä, että Rawls rinnastaa perheen muihin vapaaehtoisiin yhteisöihin kuten kirkkoon tai yliopistoon. Perheet eivät ole samalla tavalla vapaaehtoisia yhteisöjä, ainakaan lapsille, jotka syntyvät tiettyyn perheeseen. Tuskin avioeroakaan voi verrata vaikkapa yliopistosta valmistumiseen.[138] Rawls ei ole vastannut myöskään siihen oikeudenmukaisuusteorian sisäistä ristiriitaisuutta koskevaan kritiikkiin, jota feministit ovat useaan otteeseen esittäneet. Hän ei ole nimittäin kiinnittänyt huomiota siihen tärkeään rooliin, joka perheillä on lasten oikeudenmukaisuuden tajun kehittymisessä. Kuten Okin toteaa, ”[Rawls's] theory of justice … depends heavily for the moral development and socialization of its citizens on an institution that is not itself internally regulated by the principles of justice. ...

135 Rawls 1997, 789.
136 Rawls 1997, 789–792.
137 Rawls 1997, 792–793.
138 Okin 2004, 1566; Nussbaum 2003, 499–507.

[H]ow could the social institution in which ... small children's first inklings of justice emerge in the context of their love and trust for those who care for them, forming the basis for moral development, not itself be based on internal justice?"[139]

Monet feministit ovat muistuttaneet, että ihmiset ovat usein hyvin riippuvaisia toisistaan. Näin on ainakin silloin, kun kyse on lapsista, sairaista ja vanhuksista. Se, miten yhteiskunta huolehtii apua tarvitsevista, on feministeille ollut keskeinen kysymys, sillä perinteisesti naiset ovat olleet niitä, joiden toimintavapautta rajoittaa vastuu toisista. Rawlsin teoriaa, ja liberalismia ylipäänsä, on kritisoitu siitä, ettei se ota tätä naisten kannalta olennaista seikkaa huomioon. Rawls olettaa, että ihmiset ovat keskenään tasa-arvoisia ja samanlaisia rationaalisia toimijoita. Toiset meistä ovat kuitenkin vähemmän vapaita tai "valmiita" yksilöitä, jotta voisimme olla Rawlsin ideaalimallin mukaisesti "fully cooperating members of society over a complete life".[140] Rawlsin ensisijaisten hyvien teoria ei ota tarpeeksi huomioon sitä, että ihmisten tarpeet vaihtelevat suuresti, ja että toiset ovat enemmän avun tarpeessa kuin toiset. Nämä Rawlsin teorian puutteet yhteiskuntafilosofit Martha Nussbaum ja Amartya Sen ovat pyrkineet huomioimaan oikeudenmukaisuutta koskevassa toimintamahdollisuusteoriassaan[141] (*Capability Approach*). Teoria keskittyy siihen, onko yksilöllä tosiasiallinen vapaus ja mahdollisuus tehdä elämässään arvostamiansa asioita, elää sellaista hyvää elämää, jota itse haluaa elää ("*a person's capability to do things he or she has reason to value*"). Kaikilla ei ole tosiasiallisia mahdollisuuksia saavuttaa haluamiaan elämänsisältöjä. Valinnanvapautta voi rajoittaa esimerkiksi vaikea sairaus, vammaisuus tai hoivavastuu. Oikeudenmukaisuuden toteutumista arvioitaessa keskeistä ei olekaan se, onko resurssit jaettu tasa-arvoisesti tai kuinka paljon kullekin on suotu ensisijaisia hyviä. Oikeudenmukaisuuden toteutumisen kannalta olennaista on se, onko yksilöillä tosiasiallinen vapaus tehdä haluamiaan elämänvalintoja.[142]

Sukupuolten tasa-arvon kannalta Senin ja Nussbaumin *Capabilities Approach* on nähty merkittävänä lähestymistapana oikeudenmukaisuuteen.[143] Kuten San-

---

139 Okin 2004, 1566–1567.

140 Nussbaum 2003, 511–514. Nussbaum viittaa (s. 511) Rawlsin teokseen Political Liberalism (1993, 183).

141 Senin ja Nussbaumin *Capabilities Approach* on suomalaisessa sosiaalipoliittisessa tutkimuksessa käännetty mm. toimintamahdollisuusetiikaksi (Hellsten 1995) ja toimintavalmiusteoriaksi (Björklund – Sarlio-Siintola 2010). Hellstenin mukaan toimintamahdollisuus kuvaa kattavammin englanninkielisen sanan *capabilities* merkitystä. Toimintamahdollisuus kuvaa hyvin sekä yksilön kykyä toimia tietyllä tavalla että niitä ulkoisia mahdollisuuksia eli olosuhteita, jotka ovat edellytyksenä jonkin toiminnan suorittamiselle. (Hellsten 1995.)

142 Ks. Sen 1992; Sen 1999; Sen 2010; Nussbaum 2000; Nussbaum 2003; Nussbaum 2007b; Nussbaum – Sen 1993.

143 Ks. esim. Fredman 2011; Nussbaum 2003b; Hobson 2011. Perheen ja työn yhteensovittamisen ongelmia Euroopassa tutkittiin Social Politics -julkaisun teemanumerossa kesällä 2011.

dra Fredman on todennut, muodollisesti yhdenvertaiset mahdollisuudet eivät vielä takaa oikeudenmukaisuuden toteutumista. Fredman kuitenkin kritisoi teoriaa yksilön valinnanvapauden korostamisesta ja siitä, että keskeinen tavoite on lisätä ihmisten mahdollisuuksia toteuttaa omia tavoitteitaan. Fredman korostaisi valinnanvapauden ohella myös ihmisten välisiä suhteita ja hoivan merkitystä, joka ei perustu niinkään valintaan vaan vastuuseen. Hoivankin tulee olla arvo sinänsä. Tosiasiallisen tasa-arvon kannalta ei riitä, että perustetaan lisää päiväkoteja, jotta naiset pääsevät takaisin työelämään. Itse hoivaakin tulee arvostaa, ja sen kustannukset jakaa oikeudenmukaisesti, mikä lisäisi myös miesten osallisuutta hoivatyöhön.[144] Mitä Fredman tarkoittaa tässä yhteydessä tosiasiallisella tasa-arvolla? On aika siirtyä tarkastelemaan, miten yhdenvertaisuus voidaan ymmärtää oikeudellisena käsitteenä.

144 Fredman 2010.

3 Oikeudellinen yhdenvertaisuuden käsite

Yhdenvertaisuus on näennäisestä yksinkertaisuudestaan huolimatta vaikea käsite, jonka sisällöstä on kiistelty kautta aikojen. Perinteinen käsityksemme yhdenvertaisuudesta perustuu Aristoteleen Nikomakhoksen etiikassaan esittämään kuuluisaan maksiimiin, jonka mukaisesti ”samanlaisia on kohdeltava samalla tavalla, erilaisia eri tavalla”.[145]

Yhdenvertaisuusperiaate jaetaan yleisesti muodolliseen ja tosiasialliseen eli sisällölliseen puoleen.[146] Kun puhutaan *oikeudellisesta* yhdenvertaisuuden käsitteestä, Aristoteleen maksiimin ensimmäinen osa, ”samanlaisia samalla tavalla”, asettaa vaatimuksen yhdenmukaisesta kohtelusta.[147] Se kuvastaakin yhdenvertaisuuden muodollista puolta. Sen sijaan vaatimuksen erilaisten erilaisesta kohtelusta on usein katsottu ilmaisevan yhdenvertaisuuden sisällöllisen puolen, jolloin ihmisten väliset erot on otettava heidän kohtelussaan huomioon.[148] Kuten Hervey ja Shaw toteavat, sukupuolten tasa-arvon kontekstissa kyse on siitä, että naisten ja miesten erilainen tilanne otetaan huomioon, johtui se sitten biologisista, sosiaalisista, taloudellisista, kulttuurisista tai historiallisista syistä.[149] Kun yhdenvertaisuus ymmärretään laajasti, se kattaa nämä molemmat ulottuvuudet. Ongelma on siinä, että yhdenvertaisuus oikeudellisena käsitteenä on usein kaventunut muodolliseen puoleen, vaatimukseen siitä, että samanlaisia on kohdeltava samalla tavalla. Sisällöllistä puolta onkin alettu korostaa vasta siinä vaiheessa, kun on huomattu, että muodollisesti yhdenvertainen kohtelu ei poista ihmisten erilaisuudesta, kuten erilaisista elämäntilanteista johtuvia epäoikeudenmukaisuuksia.[150] Yhdenvertaisuuden sisällöllisestä ulottuvuudesta käytän käsitettä *tosiasiallinen tasa-arvo*, joka on omaksuttu myös Suomen perustuslaissa.[151] En siis viittaa tosiasiallisella tasa-arvolla vain sukupuolten väliseen

---

145 Ks. esim. Westen 1990; Pojman – Westmoreland (eds.)1997.

146 Ks. esim. Fredman 2011; Barnard – Hepple 2000; Arnardottir 2003; Gerards 2005.

147 Anja Nummijärvi (2004, 91–101) puhuukin tässä yhteydessä yhdenmukaisuuden periaatteesta.

148 Ks. esim. Wentholt 1999; McCrudden – Prechal 2009.

149 Hervey ja Shaw 1998, 114.

150 Nousiaisen (2001, 223) mukaan murrosvaihe yhdenvertaisuusperiaatteen kehityksessä on havaittavissa jo 1960-luvulla, jolloin yhdenvertaisuus alettiin ymmärtää laajemmin kuin vain muodollisesti samanlaisena kohteluna. Vuonna 1979 laadittu YK:n Kaikkinaisen naisten syrjinnän poistamista koskeva, ns. CEDAW-sopimus nähdään muodollisen yhdenvertaisuuden käsitteen ylittävänä sopimuksena, jonka avulla kyettäisiin puuttumaan syrjinnän rakenteellisiin muotoihin ja toteuttamaan tosiasiallinen yhdenvertaisuus. (Mahoney 1994, 438 ss.; Cook 1994; Charlesworth 2000; Schiek 2002, 303.)

151 Ks. perusoikeusuudistusta koskeva HE 309/1993, 42–43, jossa todetaan, että ”[Suomen perustuslain yhdenvertaisuutta koskeva 6 § 1 momentti] ilmaisee paitsi perinteisen vaatimuksen

tasa-arvoon, vaan yhdenvertaisuusperiaatteen sisällölliseen puoleen.[152] On kuitenkin syytä tarkastella ensin muodollisen yhdenvertaisuuden käsitettä.

3.1 MUODOLLINEN YHDENVERTAISUUS

Muodollisella yhdenvertaisuudella, jota voi kutsua myös samanlaisia samalla tavalla -periaatteeksi, on myös vahvuutensa. Onhan toki oikeudenmukaista, että samanlaisia tapauksia kohdellaan yhdenmukaisesti. Periaate kuitenkin edellyttää todella vain yhdenmukaisuutta, vaikka henkilöitä kohdeltaisiin yhtä *huonosti*. Tämä voi tarkoittaa esimerkiksi sitä, että jokin etuus poistetaan tietyltä henkilöryhmältä, jotta kaikkia samaa tai samanarvoista työtä tekeviä kohdeltaisiin samalla tavalla (ns. levelling down -tilanne). Monet, kuten Peter Westen usein siteeratussa artikkelissaan ”The Empty Idea of Equality”[153], ovat myös todenneet, että vaatimus samanlaisten samanlaisesta kohtelusta on itsessään tyhjä periaate, koska se ei anna mitään välineitä arvioida ihmisten samanlaisuutta. Ongelmallista on myös sen arvioiminen, milloin kaksi yksilöä ovat *relevantilla* tavalla samanlaisia. Kaikenlainen erottelu ei nimittäin ole syrjivää. Ihmisiä kohdellaan eri tavalla monista eri syistä, esimerkiksi verotuksessa tai ikärajoja asetettaessa. Yhdenvertaisuusperiaate ei kuitenkaan itsessään anna vastausta sille, ketkä ovat siinä määrin samanlaisia, että heitä on kohdeltava samalla tavalla. Ovatko esimerkiksi naiset ja miehet samanlaisia vai erilaisia? Tämä on kysymys, joka oli feministisen liikkeen ytimessä pitkään. Kuten olen esittänyt, liberaalifeministit korostivat naisten ja miesten samanlaisuutta. Heidän ansiostaan naiset pääsivätkin monessa suhteessa muodollisesti yhdenvertaiseen asemaan miesten kanssa. Naisten äänioikeus, pääsy yliopistoon ja virkoihin, omistusoikeus, oikeus tehdä sopimuksia ja moni muu

---

oikeudellisesta yhdenvertaisuudesta myös ajatuksen tosiasiallisesta tasa-arvosta […] Säännös ilmaisee yhdenvertaisuutta ja tasa-arvoa koskevan pääperiaatteen. Yleiseen yhdenvertaisuussäännökseen sisältyy mielivallan kielto ja vaatimus samanlaisesta kohtelusta samanlaisissa tapauksissa […] Toisaalta lainsäädännölle on ominaista, että se kohtelee tietyn hyväksyttävän yhteiskunnallisen intressin vuoksi ihmisiä *eri tavoin* edistääkseen muun muassa *tosiasiallista tasa-arvoa*” (korostus tässä).

152 Kuten Kevät Nousiainen (2012) on esittänyt, Suomessa on viime aikoina alettu ymmärtää *tasa-arvo* naisten ja miesten väliseksi tasa-arvoksi, kun *yhdenvertaisuudella* on viitattu muihin ihmisryhmiin. Tätä jakoa vahvistaa se, että naisten ja miesten välisestä *tasa-arvosta* on oma lakinsa, kun taas *yhdenvertaisuus*laki käsittelee muita syrjintäperusteita. Myös Ruotsissa on omat terminsä sukupuolten väliselle tasa-arvolle (jämställdhet) ja muulle tasa-arvolle (jämlikhet). Alun perin suomalaisessa valtiosääntöoikeudellisessa käsitteistössä yhdenvertaisuudella on tarkoitettu mielivallan kieltoa ja vaatimusta samanlaisesta kohtelusta samanlaisissa tapauksissa. Tasa-arvoon taas on Nousiaisen mukaan viitattu pikemminkin poliittisissa ja sosiaalisissa yhteyksissä, kuten resurssien tasaamiseen liittyvissä kysymyksissä. Perusoikeusuudistuksessa korostettiin yhdenvertaisuusperiaatteen tosiasiallisen tasa-arvon puolta. Ks. myös yhdenvertaisuuslainsäädännön uudistamista koskevat mietinnöt, joissa korostuu jako yhtäältä sukupuolten tasa-arvoon ja toisaalta muita ihmisryhmiä koskevaan yhdenvertaisuuteen. (KM 2008:1, KM 2009:4.)

153 Westen 1982.

nykypäivänä itsestäänselvyydeltä vaikuttava oikeus ei olisi toteutunut ilman muodollisen yhdenvertaisuuden vaatimusta. Se edellytti naisliikkeeltä kuitenkin sen osoittamista, että naiset ja miehet todella ovat samanlaisia.[154] Pian kuitenkin huomattiin, että naisten voi käytännössä olla vaikeaa olla täysin samanlaisia kuin miesten. Sukupuolten erilaisuutta korostavat feministit ovat kritisoineen muodollista yhdenvertaisuutta ja samanlaisuuteen perustuvaa ajattelua miehisen mittapuun käytöstä. Vaatimus samanlaisessa tilanteessa olevasta verrokista onkin aristoteelisen yhdenvertaisuusperiaatteen ongelmallinen ydinkohta, jota monet ovat kritisoineet.[155] Amerikkalainen feministijuristi Catharine MacKinnon on kiteyttänyt asian osuvasti: ”Why should anyone have to be like white men to get what they have, given that white men do not have to be like anyone except each other to have it?”[156]

Epäyhdenmukainen kohtelu sukupuolen perusteella voidaan osoittaa vain, jos samanlaisessa tilanteessa olevaa vastakkaista sukupuolta olevaa henkilöä on kohdeltu eri tavalla. Kuten Sandra Fredman esittää, tämän lähtökohdan taustalla on ajatus siitä, että sukupuolella ei ole merkitystä, vaan ihmisiä tulee kohdella ansioidensa mukaan. Ajatellaan, että ihmiset voivat ikään kuin irtaantua omista henkilökohtaisista piirteistään, olla ilman sukupuolta, etnistä alkuperää, uskontoa, seksuaalista suuntautumista. Kuitenkin, kuten Fredman toteaa, nämä kaikki yksilön piirteet vaikuttavat siihen, mikä yksilön sosiaalinen, taloudellinen tai poliittinen asema on. Ei ole mitään sukupuolestaan ja muista piirteistään riisuttua universaalia yksilöä, vaan tuo näennäisen abstrakti verrokki ”is clothed with the attributes of the dominant gender, culture, religion, ethnicity, or sexuality”.[157] Tästä huolimatta muodollinen yhdenvertaisuusperiaate ei salli erilaisuuden huomioon ottamista esimerkiksi siten, että erilaisuudestaan haittaa kärsineitä kohdeltaisiin jossain suhteessa eri tavalla tosiasiallisen tasa-arvon edistämiseksi.

3.2 TOSIASIALLINEN TASA-ARVO

Muodollisen yhdenvertaisuusperiaatteen puutteisiin ja ongelmiin on oikeuskirjallisuudessa etsitty vastauksia tosiasiallisen tasa-arvon käsitteen kautta. Lähtökohtana on tällöin ollut aristoteelisen (teoreettisen) yhdenvertaisuusperiaatteen toinen osa, joka asettaa vaatimuksen erilaisten erilaisesta kohtelusta, toisin sanoen erilaisuuden huomioon ottamisesta.[158] Tämähän oli juuri sukupuolten eri-

154 Ks. tarkemmin Pylkkänen 2009; Jallinoja 1984.
155 Ks. esim. More 1993; Fredman 2011, 10–11.
156 MacKinnon 1991.
157 Fredman 2011, 11.
158 Wentholt 1999, 58.

laisuutta korostavien feministien tavoite. Tosiasiallisen tasa-arvon käsite ei kuitenkaan tyhjene vain vaatimukseen erilaisten erilaisesta kohtelusta, vaan sitä on teoretisoitu myös pidemmälle. Etenkin Sandra Fredmanin ajatuksiin on viitattu useasti. Tavallisesti oikeuskirjallisuudessa erotetaan tulosten tasa-arvo (*equality of results*) ja mahdollisuuksien tasa-arvo (*equality of opportunity*).[159]

3.2.1 Tulosten tasa-arvo

Tulosten tasa-arvo edellyttää sen huomioimista, että yhdenmukainen kohtelu voi tosiasiassa vahvistaa epätasa-arvoa. Esimerkiksi jos tiettyä virkaa voivat hakea vain alle 28-vuotiaat, voi tämä tosiasiassa vaikuttaa haitallisesti suurempaan osaan naisia kuin miehiä, koska naiset ovat juuri tuossa iässä perhevapailla miehiä useammin. Tulosten tasa-arvo liittyykin jako-oikeudenmukaisuuteen, toisin kuin muodollinen yhdenvertaisuus, joka edellyttää vain oikeudenmukaista menettelyä eli yhdenmukaista kohtelua. Sandra Fredmanin mukaan tulosten tasa-arvon toteutumista voidaan arvioida ainakin kolmella eri tavalla.[160]

Ensinnäkin voidaan arvioida sitä, miten jokin sääntö tai käytäntö vaikuttaa tiettyyn yksilöön.[161] Esimerkiksi jos työpaikalla kielletään päähineiden käyttö, säännön vuoksi musliminainen ei voi ottaa työtä vastaan, jos hän katsoo, ettei voi uskonnollisista tai kulttuurisista syistä riisua huiviaan. Tulosten tasa-arvo voi edellyttää, että sääntöä ei noudateta musliminaisen kohdalla, koska sääntö vaikuttaa häneen haitallisesti. Vaikka tämä musliminaisen työllistymisen este poistettaisiinkin, ei se kuitenkaan välttämättä lisää hänen tosiasiallisia mahdollisuuksiaan päästä työelämään.

Toinen tapa arvioida tulosten tasa-arvoa on kiinnittää huomio yksilön sijasta ryhmiin.[162] Jos esimerkiksi suurin osa työpaikan naisista on määräaikaisessa työsuhteessa, voi tämä tulosten epätasa-arvo johtaa olettamaan syrjinnästä. Jos naiset ovat määräaikaisessa työsuhteessa siksi, että heidän oletetaan jäävän pian äitiyslomalle, jolloin määräaikaisten sopimusten ketju voidaan katkaista, kyse onkin syrjinnästä. Jos taas määräaikaisuuksille on hyväksyttävä peruste, kuten sijaisuus, kyse ei ole syrjinnästä – tulosten epätasa-arvosta huolimatta.

Kolmas ja samalla pisimmälle menevin tulosten tasa-arvon ulottuvuus edellyttää yhtäläistä lopputulosta (”*an equal outcome*”).[163] Tällä tarkoitetaan sitä, että jo pelkkä naisten (tai muun ryhmän) aliedustus on syrjivää ja tulee korjata lisäämällä naisten määrää esimerkiksi tietyssä toimielimessä. Kiintiöt ovat hyvä esimerkki tästä tulosten tasa-arvon ulottuvuudesta. Kuten Fredman tuo

159 Ks. esim. Fredman 2011, 14–19; Barnard – Hepple 2000.
160 Fredman 2011, 14–17.
161 Fredman 2011, 14–15.
162 Fredman 2011, 15.
163 Fredman 2011, 15–16.

esiin, huomion kiinnittäminen yhtäläiseen lopputulokseen ei sekään muuta esimerkiksi työelämän syrjiviä rakenteita, jotka saattavat säilyä kovin miehisinä.[164] Aina ei myöskään ole selvää, mitkä tulokset ovat relevantteja.[165] Kuten Sen on muistuttanut, ihmisillä on erilaisia käsityksiä tasa-arvosta.[166] Fredman toteaa, että olisi houkuttelevaa keskittyä vain tiettyihin mitattavissa oleviin etuihin, kuten työhön, koulutuspaikkoihin tai tuloihin ja niiden tasa-arvoiseen jakautumiseen. Syrjinnänvastaisen oikeuden taustalla ei kuitenkaan ole vain jako-oikeudenmukaisuuteen liittyvät kysymykset. Kuten Nancy Fraser on esittänyt, oikeudenmukaisuus voidaan ymmärtää paitsi resurssien oikeudenmukaisena jakona (*redistribution*), myös erilaisten identiteettien tunnustamisena (*recognition*).[167] Termi *redistribution* viittaa Fraserin teoriassa taloudelliseen tasa-arvoon tai yleisemmin resurssien tasaamiseen, kun taas *recognition*, erilaisten identiteettien ja erilaisuuden tunnustaminen, viittaa alun perin Hegelin kehittämään ajatukseen siitä, että yksilön identiteetin muodostumiseen vaikuttaa keskeisesti se, miten toiset ihmiset hänet näkevät. Epätasa-arvo syntyy tällöin alistamalla, nöyryyttämällä tai viemällä toiselta ihmisarvo. Juuri tästä on kyse, kun puhumme rasismista, seksismistä, homofobiasta, häirinnästä tai naisiin kohdistuvasta väkivallasta. Koska tämäntyyppistä syrjintää on vaikeaa mitata, tulosten tasa-arvoon keskittyminen voi johtaa siihen, että emme edes havaitse näitä syrjiviä käytäntöjä.[168]

3.2.2 Mahdollisuuksien tasa-arvo

Mahdollisuuksien tasa-arvoa Fredman kuvailee kilpa-ajon metaforalla – tosiasiallista tasa-arvoa ei voida saavuttaa, jos yksilöt aloittavat kisan eri lähtöviivoilta. Tämän lähestymistavan kannattajat myöntävät siis sen, että yhdenvertainen kohtelu vain lisää epätasa-arvoa, jos taustalla on ollut tai on edelleen syrjiviä rakenteita. Yhtäläisten mahdollisuuksien tavoitteena on tuoda kaikki samalle lähtöviivalle, mutta lopputulosten tasa-arvoon ei silti voida pyrkiä hinnalla millä hyvänsä (kuten kiintiöin). Kun kaikilla on yhtäläiset mahdollisuudet, heitä on kohdeltava ansioittensa mukaisesti.[169]

---

164 Fredman 2011, 16. Tällä tarkoitetaan esimerkiksi sitä, että kokouksia sovitaan vielä kello 16 jälkeen, vaikka päiväkodit suljetaan viideltä, mahdollisuutta osa-aikatyöhön tai muihin joustoihin ei ole tai sitä, että poissaolot lasten sairastelun vuoksi heikentävät uralla etenemistä.

165 Fredman 2011, 16.

166 Sen 1992.

167 Ks. Fraser 1997; Fraser 2008; Fraser – Honneth 2003. Myöhemmin Fraser lisäsi oikeudenmukaisuuden kolmanneksi ulottuvuudeksi osallisuuden (*representation*). Ks. Fraser 2008.

168 Fredman 2011, 17.

169 Fredman 2011, 18–19.

Mahdollisuuksien tasa-arvo voidaan jakaa muodolliseen ja tosiasialliseen puoleen. Muodollisessa mielessä mahdollisuuksien tasa-arvo edellyttää, että kaikilla on yhtäläinen oikeus esimerkiksi hakea tiettyä virkaa. Tällöin on kiinnitettävä huomiota myös sellaisiin valintakriteereihin tai -käytäntöihin, jotka voivat olla haitallisia joillekin ryhmille (esimerkiksi työn kannalta tarpeettoman korkeat kielitaitovaatimukset). Tämä ei vielä anna mitään takeita sille, että kaikilla olisi tosiasialliset mahdollisuudet hakea tuota virkaa. Mahdollisuuksien tasa-arvon tosiasiallinen puoli edellyttääkin toimia, jotta esimerkiksi naisilla olisi tähän aidosti mahdollisuus. Tämä edellyttää myös positiivisia toimia, kuten perheen ja työn yhteensovittamista helpottavia käytäntöjä. Fredman toteaa, että käytännössä mahdollisuuksien tasa-arvoa sovelletaan vain harvoin tosiasiallisessa muodossaan, joten se ei voi, kuten ei tulostenkaan tasa-arvo, olla yksin perustana syrjinnänvastaiselle oikeudelle.[170]

3.2.3 Tosiasiallisen tasa-arvon neljä ulottuvuutta

Fredmanin mukaan tosiasiallista tasa-arvoa ei voi pelkistää vain yhden käsitteen alle, kuten tulosten tasa-arvoksi tai mahdollisuuksien tasa-arvoksi. Hän näkee tosiasiallisen tasa-arvon moniulotteisena käsitteenä, jolla on neljä eri tavoitetta.[171] Tosiasiallista tasa-arvoa koskevassa teoretisoinnissaan Fredman on saanut vaikutteita Nancy Fraserin, Amartya Senin ja Martha Nussbaumin käsityksistä oikeudenmukaisuudesta. Nancy Fraser jakaa oikeudenmukaisuuden kolmeen ulottuvuuteen, resurssien oikeudenmukaiseen jakoon (*redistribution*), erilaisten identiteettien tunnustamiseen (*recognition*) ja osallisuuteen (*representation*).[172] Sen ja Nussbaum taas korostavat yksilön tosiasiallisia mahdollisuuksia toteuttaa omia elämänvalintojaan.

3.2.3.1 Resurssien tasaamista koskeva ulottuvuus

Tosiasiallisen tasa-arvon resurssien tasaamista koskevan ulottuvuuden (*redistributive dimension*) tavoitteena on poistaa statukseen (johonkin kiellettyyn syrjintäperusteeseen kuten sukupuoleen) perustuvaa haittaa. Sen sijaan, että kaikkia kohdeltaisiin muodollisesti yhdenvertaisesti esimerkiksi sukupuolesta riippumatta, tosiasiallinen tasa-arvo edellyttää huomion kiinnittämistä haittaa kärsineisiin ryhmiin ja heidän asemansa parantamiseen jopa niin, että heitä voidaan kohdella jossain suhteessa paremmin kuin toisia tosiasiallisen tasa-arvon

170 Fredman 2011, 19.
171 Fredman 2011, 25–33.
172 Ks. esim. Fraser 2008.

saavuttamiseksi (positiivinen erityiskohtelu). Keskittyminen haittaan yhdenmukaisen kohtelun sijaan tuo positiivisen erityiskohtelun yhdenvertaisuusperiaatteen osaksi, ei poikkeukseksi siitä. Huomion kiinnittäminen haittaan ja sen oikaisemiseen ymmärretään helposti resurssien ja etujen tasaamista, kuten samapalkkaisuutta, koskevaksi kysymykseksi. Haitta voidaan Fredmanin mukaan kuitenkin ymmärtää myös ”as a deprivation of genuine opportunities to pursue one’s own valued choices”, kuten Amartya Sen ja Martha Nussbaum ovat oikeudenmukaisuutta koskevassa teoretisoinnissaan muotoilleet. Fredman toteaakin, että tosiasiallisen tasa-arvon redistributiivisen ulottuvuuden tavoitteena on myös vähentää statukseen perustuvaa haittaa poistamalla esteitä, jotta ihmisillä olisi mahdollisuus tehdä aitoja valintoja. Tämän lähestymistavan vahvuutena on Fredmanin mukaan se, että siinä otetaan huomioon ihmisten erilaiset tarpeet. Aidon tai vapaan valinnan käsite on kuitenkin ongelmallinen, minkä Fredmankin myöntää. Milloin kyse on vapaasta valinnasta, milloin valinnasta, joka on tehty vain sen vuoksi, että ympäröivä yhteiskunta odottaa toimivan näin? Lisäksi on myös sellaisia tosiasiallisen tasa-arvon edistämisen tilanteita, joissa kyse ei ole niinkään valinnanmahdollisuuksien lisäämisestä. Kyse voi olla myös sellaisten haitallisten tilanteiden korjaamisesta, joihin ihmiset ovat itse omien valintojensa kautta joutuneet (saavat siis ”syyttää itseään”). Esimerkiksi osa-aikaisten työntekijöiden asemaa on parannettava siitäkin huolimatta, että osa-aikaiset itse ovat valinneet osa-aikaisen työn.[173]

3.2.3.2 Yhtäläistä ihmisarvoa korostava ulottuvuus

Tosiasiallinen tasa-arvon toinen ulottuvuus koskee erilaisten identiteettien tunnustamista (*recognition dimension*). Tavoitteena on tällöin korostaa kaikkien ihmisten yhtäläistä ihmisarvoa sekä sitä, että kaikki ovat tasa-arvoisia ihmisyytensä perusteella, eivät ansioidensa tai tiettyyn ryhmään kuulumisensa perusteella.[174] Ihmisarvon korostaminen juuri tässä merkityksessä näkyykin monien maiden perustuslaeissa, kuten Suomen perustuslain 1 §:ssä, sekä ihmisoikeussopimuksissa ja muun muassa EU:n perusoikeuskirjan 1 artiklassa. Tosiasiallisen tasa-arvon ihmisarvoa korostava ulottuvuus velvoittaa esimerkiksi poistamaan stereotyyppisiin käsityksiin perustuvan ihmisten eriarvoisen kohtelun sekä naisiin kohdistuvan tai rasistisen väkivallan ja häirinnän. Ihmisarvoa korostava tosiasiallisen tasa-arvon ulottuvuus onkin ollut merkittävä sellaisissa tilanteissa, joissa ei ole ollut selvää verrokkia ja joissa ei tämän vuoksi ole voitu

---

173 Fredman 2011, 28.

174 Fredman 2011, 28–30. Ks. myös s. 19–25. Vrt. Dworkinin käsitys tasa-arvosta (ks. esim. 2002). Dworkin katsoo, että ihmisiä tulisi kohdella tasavertaisina (”treatment as an equal”), jolloin kaikkia tulee kunnioittaa tasapuolisesti.

osoittaa, että yhdenvertaisuusperiaatteen vastaisesti ”samanlaista on kohdeltu eri tavalla”. Se ei myöskään salli ns. *levelling down* -tilannetta, jossa (muodollisen) yhdenvertaisuusperiaatteen mukaisesti kohdellaan kaikkia yhtä huonosti.[175] Ihmisarvon käsitteen soveltaminen ja etenkin sen merkityksen liiallinen korostaminen voi kuitenkin johtaa ongelmallisiin tilanteisiin. Fredman toteaakin, että se on vain yksi tosiasiallisen tasa-arvon ulottuvuus, vaikkakin tärkeä sellainen.[176]

3.2.3.3 Transformatiivinen ulottuvuus

Tosiasiallinen tasa-arvo pyrkii myös muuttamaan syrjiviä rakenteita, mikä ilmentää tasa-arvon kolmatta, transformatiivista ulottuvuutta (*transformative dimension*). Kun muodollinen yhdenvertaisuus näkee sukupuolen ja muut statukset merkityksettöminä ja edellyttää, että yksilöitä kohdellaan vain ansioidensa mukaan, tosiasiallinen tasa-arvo haluaa pikemminkin arvostaa näitä piirteitä yksilön identiteetin tärkeinä osatekijöinä. Ongelma ei siis ole erilaisuus sinänsä, vaan haitta, joka liittyy tähän erilaisuuteen. Tosiasiallisen tasa-arvon kolmas tavoite onkin kunnioittaa erilaisuutta ja poistaa siihen liittyvät haitat, mutta ei erilaisuutta itseään. Tämä taas tarkoittaa, että sosiaalisia rakenteita tulee muuttaa siten, että erilaisuus otetaan paremmin huomioon. Erilaisten ei toisin sanoen tarvitse sopeutua vallitsevaan normiin vaan tuon normin on muututtava itse siten, että se huomioi myös erilaisuutta.[177] Työelämässä se voi tarkoittaa esimerkiksi perheen ja työn yhteensovittamiseen liittyviä toimia tai vaikkapa sitä, että musliminaiset voivat käyttää huivia töissä tai että pyörätuolissa liikkuva pääsee kulkemaan esteettä. Tässäkin lähestymistavassa on toki omat ongelmansa. Kuinka pitkälle esimerkiksi työnantajien tulee tehdä sopeutuksia ihmisten erilaisuuden huomioimiseksi? Entä missä menee raja, jolloin emme enää hyväksy vähemmistökulttuurien omia perinnäistapoja? Tyttöjen sukuelinten silpomisen kiellämme, siitä vallitsee yhteisymmärrys, mutta sallimmeko esimerkiksi juutalaispoikien ympärileikkaukset? Fredman näkee vastauksen moniulotteisesti

---

175 Fredman (2011, 21) esittää esimerkkinä vertailun, kuinka yhtäältä Euroopassa ja toisaalta Etelä-Afrikassa on pyritty yhtenäistämään naisten ja miesten eläkeikää, joka on sekä Euroopassa että Etelä-Afrikassa ollut naisilla alhaisempi kuin miehillä. Tämän on katsottu olevan miehiä syrjivää. Koska yli 50-vuotiaiden miesten työttömyys on lisääntynyt, eläkeiän alentaminen naisten eläkeikään olisi hyödyttänyt miehiä sekä Euroopassa että Etelä-Afrikassa. Euroopassa kuitenkin on nostettu naisten eläkeiät miesten tasolle, jolloin naisten tilanne on tullut huonommaksi, eikä miesten huono tilanne muuttunut miksikään. (Ks. myös C-262/88 *Barber* ja C-408/92 *Smith*). Etelä-Afrikassa taas korostettiin tosiasiallista tasa-arvoa ja erityisesti ihmisarvon merkitystä, eikä naisten eläkeikää nostettu.

176 Ks. ihmisarvon ulottuvuuden korostamisen ongelmista Fredman 2011, 23–25 ja Hepple 2008. Friedman tuo esiin mm. sen, että käsite on avoin erilaisille tulkinnoille.

177 Fredman 2011, 30–31.

ymmärretyssä tosiasiallisen tasa-arvon käsitteessä. Transformatiivisen ulottuvuuden rajoittimena voi tällöin toimia ihmisarvoa korostava ulottuvuus. Tällöin ihmisarvoa loukkaavia käytäntöjä ei voi perustella sillä, että meidän tulisi kunnioittaa erilaisuutta. *Tosiasiallisen tasa-arvon moniulotteinen rakenne asettaa sen viitekehyksen, jonka puitteissa tuota rajanvetoa eri ulottuvuuksien välillä voidaan tehdä*.[178]

3.2.3.4 Osallistava ulottuvuus

Tosiasiallisen tasa-arvon neljäs, *osallistava ulottuvuus* (participative dimension) pyrkii helpottamaan ihmisten yhteiskunnallista osallistumista. Tausta-ajatuksena on, että aiemman syrjinnän tai muiden sosiaalisten mekanismien vuoksi tietyt vähemmistöryhmät eivät ole päässeet mukaan poliittiseen päätöksentekoon. Tosiasiallisen tasa-arvon osallistava ulottuvuus asettaa vaatimuksen korjata tämä tilanne ja luoda erilaisia vaikutusmahdollisuuksia. Kyse ei kuitenkaan ole vain osallistamisesta poliittiseen päätöksentekoon, vaan ylipäänsä yhteiskunnan eri toimintoihin. ”To be really human includes the ability to participate on equal terms in community and society more generally”, kuten Fredman toteaa.[179] Tosiasiallisen tasa-arvon osallistava ulottuvuus näkyy tasa-arvo-oikeudessa monin eri tavoin. Esimerkiksi EU:n perusoikeuskirjan 25 artiklassa korostetaan ikääntyneiden ihmisten oikeutta paitsi ihmisarvoiseen ja itsenäiseen elämään, myös oikeutta osallistua yhteiskunnalliseen elämään ja kulttuurielämään. Lisäksi se voi tarkoittaa sitä, että aiemmin ”vaiennetut äänet pääsevät kuuluviin”, toisin sanoen vähemmistöt pääsevät vaikuttamaan itseään koskevaan päätöksentekoon. Esimerkiksi musliminaisten huivinkäyttöön liittyviä päätöksiä tehtäessä tulisi kuunnella myös musliminaisten itsensä kokemuksia siitä, miksi he käyttävät huivia. He eivät itse välttämättä koe, että heidät on pakotettu käyttämään huivia tai että kyse olisi naisten alistamisesta.[180] Fredman näkee osallistavan ulottuvuuden edellyttävän myös sitä, että miehet ja naiset osallistuvat tasapuolisesti sekä perhe- että työelämään.[181] Esimerkiksi vanhempainvapaajaksojen jakamisen tasapuolisesti äitien ja isien käytettäväksi voitaisiin katsoa edistävän tosiasiallisen tasa-arvon osallistavaa ulottuvuutta. Vai onko niin, että se rajoittaa liikaa ”todellisia mahdollisuuksia tehdä aitoja valintoja”?[182]

---

178 Fredman 2011, 31. Ks. myös Benhabib 2002.

179 Fredman 2011, 32. Ks. myös Fraser – Honnett 2003, 36–37.

180 Ks. tarkemmin Anttila 2010c. Ks. myös Benhabib 2002.

181 Fredman 2011, 33.

182 Suomessa korostetaan juuri perheiden valinnanvapautta, kun perustellaan nykyistä perhevapaajärjestelmää, johon sisältyy mahdollisuus kotihoidon tukeen aina siihen asti kun nuorin lapsista täyttää kolme vuotta. Ks. Repo 2007.

3.3 YHDENVERTAISUUDEN JA TASA-ARVON SUHDE SYRJINNÄN KIELTOON

3.3.1 Kolikon kaksi eri puolta?

Usein yhdenvertaisuusperiaate ja syrjinnän kielto nähdään toistensa vastinpareina, saman kolikon eri puolina. Tällöin välittömän syrjinnän kielto nähdään muodollisen yhdenvertaisuusperiaatteen toisena puolena, ja välillisen syrjinnän kielto tosiasiallisen tasa-arvon toisena puolena.[183] Toisinaan taas pyritään osoittamaan, että kyse on eri asioista, ainakin osittain.[184] Asiaa voidaan tarkastella syrjinnän kieltojen syntyhistorian valossa.

Diskriminaatio on alun perin tarkoittanut ihmisten kykyä tehdä erotteluja, kykyä havainnoida samanlaisuuksia ja eroavaisuuksia.[185] Syrjintä (*discrimination*) alkoi saada uuden merkityksen vasta 1800-luvun lopussa orjuuden lakkauttamisen yhteydessä, jolloin Yhdysvaltojen lainsäädäntöön lisättiin yhdenvertaisuussäännöksen lisäksi erottelujen tekemisen kielto ihonvärin perusteella. Myös kansainvälisessä oikeudessa vastustettiin orjuutta ja orjakauppaa. Itse syrjinnän käsitettä alettiin kuitenkin käyttää vakiintuneesti vasta toisen maailmansodan jälkeen.[186] YK:n peruskirjan 1 artiklassa todetaan YK:n päämääränä olevan muun muassa sen, että kaikkien ihmisoikeuksia ja perusvapauksia kunnioitetaan ja edistetään rotuun, sukupuoleen, kieleen tai uskontoon katsomatta. Ihmisoikeuksien yleismaailmallisen julistuksen (1948) 2 artiklan mukaan ”jokainen on oikeutettu kaikkiin tässä julistuksessa esitettyihin oikeuksiin ja vapauksiin ilman minkäänlaista rotuun, väriin, sukupuoleen, kieleen, uskontoon, poliittiseen tai muuhun mielipiteeseen, kansalliseen tai yhteiskunnalliseen alkuperään, omaisuuteen, syntyperään tai muuhun tekijään perustuvaa erotusta”. Vastaavia syrjinnän kieltoja sisällytettiin myös muihin keskeisiin ihmisoikeussopimuksiin ja vähitellen myös kansallisiin lainsäädäntöihin. Mihin näitä syrjinnän kieltoja tarvittiin? Jos yhdenvertaisuus ja syrjinnän kielto ovat saman kolikon kaksi eri puolta, eikö yhdenvertaisuusperiaate olisi riittänyt?

Kuten olen esittänyt, muodollista yhdenvertaisuutta on kritisoitu tyhjäksi periaatteeksi, joka ei anna vastausta siihen, keitä on pidettävä samanlaisina. Syrjinnän kiellon tarkoitus on vastata tähän kysymykseen – kertoa keitä *ainakin* on pidettävä samanlaisina. Taustalla oli kokemus siitä, että tiettyjä ryhmiä oli historian saatossa pidetty luonnostaan erilaisina, ja sen vuoksi heitä oli voitu kohdella muita huonommin. Toisen maailmansodan jälkeen alettiin yleisesti kat-

183 Ks. esim. Schiek, Waddington – Bell 2007, 26; Arnardottir 2003, 6–8; Bayefsky 1990.
184 Westen 1990, 142; McCrudden – Prechal 2009; Prechal 2004; Nousiainen 2012; Holmes 2005; Fredman 2011.
185 Nousiainen 2004, 200.
186 Nousiainen 2004, 202–205.

soa, että jokaisella ihmisellä on pelkästään ihmisyytensä perusteella yhtäläinen ihmisarvo. Syrjinnän kielloin määriteltiin ne ominaisuudet, joiden perusteella on kiellettyä kohdella ihmisiä eri tavalla.[187] Sukupuoli, etninen alkuperä ja muut ihmisiä erottavat piirteet, jotka ovat saaneet kielletyn syrjintäperusteen aseman, eivät voikaan olla merkityksellisiä silloin, kun arvioidaan ihmisten samanlaisuutta.[188] Tässä mielessä *syrjinnän kieltojen tarkoitus on täydentää yhdenvertaisuusperiaatetta.*

Syrjinnän kielto voidaan myös erottaa vaatimuksesta kohdella samanlaisia samalla tavalla eli muodollisesta yhdenvertaisuudesta. Ainakaan ne eivät *aina* ole saman kolikon kaksi eri puolta. Muodollisen yhdenvertaisuusperiaatteen keskeinen osa on vertailukelpoisen tilanteen vaatimus,[189] sillä onhan meidän selvitettävä, ovatko henkilöt samanlaisessa tilanteessa, ennen kuin voimme vaatia heille samanlaista kohtelua. Syrjinnän kiellossa huomio kiinnittyy tiettyihin ominaisuuksiin, kuten sukupuoleen tai etniseen alkuperään, ja siihen haittaan, josta ihmiset ovat kärsineet noiden ominaisuuksiensa vuoksi. Kyse ei ole enää niinkään ihmisten samanlaisuuden vertailusta.[190] Elisa Holmes on havainnollistanut hyvin, miksi syrjinnän kielto ei välttämättä sisällä vertailua. Holmesin mukaan muodollinen yhdenvertaisuusperiaate edellyttää, että vanhemmat antavat lapsilleen yhtä paljon lahjoja. Syrjinnän kielto taas tarkoittaa sitä, että huomiota pitää kiinnittää toiminnan *perusteeseen*. Olisiko poikaa kohdeltu eri tavalla, jos hän olisikin ollut tyttö? Tällöin lasten keskinäinen vertailu ei ole avainasemassa kuten yhdenvertaisuusperiaatetta sovellettaessa.[191] Merkitystä on vain sillä, onko joku kokenut sukupuolestaan haittaa. Esimerkkiä voi yksinkertaistaa vielä lisää. Poika saa joululahjaksi auton, tyttö yhtä arvokkaan nuken. Yhdenvertaisuus on toteutunut, sillä molemmat ovat saaneet yhtä paljon. Poika olisi kuitenkin halunnut nuken, ja jos hän olisi ollut tyttö, hän olisi sen saanutkin. Mutta (vallitsevan stereotyyppisen käsityksen mukaan) lelujen suhteen tytöt ja pojat ovat erilaisia, eivätkä näin ollen vertailukelpoisia. Tämä ei kuitenkaan muuta sitä tosiasiaa, että poika koki sukupuolestaan haittaa, sillä ellei hän olisi ollut poika, häntä olisi kohdeltu paremmin ja hänen lahjatoiveitaan olisi kunnioitettu. Syrjinnän kiellot korostavat siis kohtelun perustetta, yhdenvertaisuus toiminnan kohteiden samanlaisuutta. Esimerkissäni korostuu myös haitan merkitys syrjinnän elementtinä, sillä jos sekä tyttö että poika olisivat kumpikin olleet tyytyväisiä lahjoihinsa, ei syrjinnän tunnusmerkistöön kuuluvaa haittaa olisi aiheutunut kenellekään.

Monet ovat todenneet, että esimerkiksi EU-oikeudessa välittömän syrjinnän ja muodollisen yhdenvertaisuusperiaatteen käsitteet sekoittuvat usein. Koska

187 Ks. Nousiainen 2004.
188 Ks. Prechal 2004; Barnard 1998, 363–364; Barnard 2006, 314.
189 Hepple ym. 2000, 27.
190 Ks. Prechal 2004 ja Prechal – McCrudden 2009.
191 Holmes 2005, 186–187.

syrjintäkiellot ymmärretään yleisesti esimerkiksi EU-tuomioistuimen oikeuskäytännössä yhdenvertaisuusperiaatteen kautta,[192] niiden luonnollinen elementti on myös vertailu ja vertailukelpoisen aseman vaatimus (vertailtavuusperiaate). EU-tuomioistuin nimittäin vakiintuneesti toteaa, että sekä yhdenvertaisuusperiaate että syrjinnän kielto edellyttävät, että samanlaisia tilanteita ei tule kohdella eri tavalla eikä erilaisia samalla tavalla.[193] Välittömän syrjinnän määritelmä tasa-arvodirektiiveissä lisää tätä sekaannusta viittaamalla vertailukelpoiseen tilanteeseen. Jos välittömän syrjinnän kielto ymmärretään vain ilmauksena muodollisesta yhdenvertaisuusperiaatteesta, olemme vaikeuksissa viimeistään siinä vaiheessa, kun kyse on raskaussyrjinnästä. Esimerkiksi raskaana olevan naisen syrjäyttäminen työhönotossa aiheuttaa selvästi naiselle haittaa, mutta kuinka nainen voi osoittaa olevansa samanlaisessa tilanteessa kuin valituksi tullut mies tai edes valituksi tullut nainen, joka ei ole raskaana? On kai selvää, ettei raskaana oleva koskaan ole samanlaisessa tilanteessa muiden työntekijöiden kanssa. Voidaanko lainkaan katsoa, että kyse on välittömästä syrjinnästä? Muodollisen yhdenvertaisuusperiaatteen keskeinen osa eli vertailukelpoisen tilanteen vaatimus ei ainakaan täyty. Kuten tunnettua, EU-tuomioistuin on kuitenkin katsonut syrjinnän raskauden perusteella olevan välitöntä sukupuolisyrjintää.

Välittömän syrjinnän kielto ei siis aina ilmennä muodollista yhdenvertaisuutta. Raskaussyrjinnän kiellossa korostuu sukupuolieron huomioon ottaminen, ja sitä kautta pikemminkin tosiasiallisen tasa-arvon vaatimukset oikaista statukseen liittyvä haitta (redistributiivinen eli resurssien tasaamiseen liittyvä ulottuvuus). Myös häirintä määritellään syrjinnäksi esimerkiksi EU-oikeudessa. Vertailuperiaatteen soveltaminen häirintään olisi sekin absurdia. Häirintä katsotaan syrjinnäksi, vaikka se kohdistuisi tasapuolisesti kaikkiin.[194] Samanlaisten samanlainen kohtelu, eli yhtä lailla naisiin kuin miehiinkin kohdistuva seksuaalinen häirintä ei ole sallittua. Tässä näkyy tosiasiallisen tasa-arvon ihmisarvoa korostava ulottuvuus. Se näkyy myös siinä, että naisiin kohdistuva väkivalta on alettu määritellä syrjinnäksi. Myös EU-tuomioistuimen oikeuskäytännössä on merkkejä ihmisarvoa korostavan tosiasiallisen tasa-arvon merkityksestä.[195] Välittömän syrjinnän käsitekin siis lähestyy tosiasiallista tasa-ar-

---

192 Tobler (2005, 40) toteaa, että tämä näkyy paitsi oikeuskirjallisuudessa, myös mm. EU-tuomioistuimen ratkaisukäytännössä.

193 McCrudden ja Prechal 2009, 29; Tobler 2005; Prechal 2004, 543. Ks. esim. tapaukset *Gillespie* C-342/93 ja *Gruber* C-249/97.

194 Englannissa on tosin ollut tapaus, jossa kyse oli miesvaltaisesta tehtaasta, jossa pidettiin esillä tyttökalentereita ja muita kuvia alastomista naisista ympäri tehdasta. Yksi naistyöntekijöistä nosti syrjintäkanteen, mutta tuomioistuin katsoi, että mies olisi voinut yhtä lailla kokea kuvat loukkaaviksi, joten kyse ei voinut olla sukupuolisyrjinnästä, koska naisia ja miehiä kohdeltiin samalla tavalla. (Tapaus *Stewart v Cleveland Guest (Engineering) Ltd* [1994] IRLR 440 (EAT)) Ks. Fredman 2011, 167.

195 Ks. mm. tapaukset *P v S* C-13/94 ja *Coleman* C-303/06. Ks. myös Fredman 2011, 176.

voa, eikä sen soveltaminen aina edellytä vertailua, toisin sanoen sen tarkastelua, onko samanlaisia kohdeltu samalla tavalla. Monet ovatkin esittäneet, että ainakin sellaisissa tilanteissa, joissa vertailuhenkilön valinta on täysin sattumanvaraista (ja samalla hyvin arvostuksenvaraista) tai vertailuhenkilöä ei ole, huomio kiinnitettäisiin statukseen perustuvaan haittaan, ei vertailun tekemiseen.[196] Palaan vertailuperiaatteeseen ja sen ongelmakohtiin vielä myöhemmin.

Välillisen syrjinnän kiellon voidaan katsoa ilmentävän tulosten tasa-arvoa, koska siinä huomio kiinnittyy näennäisen neutraalin menettelyn tai säännön vaikutuksiin (tuloksiin). Kuten aiemmin toin esiin, kyse voi olla vaikutuksista, jotka aiheutuvat joko yksilölle (individuaalinen välillinen syrjintä) tai ryhmälle.[197] Oikeuskirjallisuudessa on käyty paljon keskustelua myös siitä, onko syrjinnänvastaisen oikeuden tarkoitus suojella yksilöitä vai ryhmiä.[198] Välillisen syrjinnän kielto on yleensä liitetty ryhmien suojeluun,[199] mutta kuten Fredman tuo esiin, välillisessä syrjinnässä kyse voi olla myös yksilön suojasta. Haittaa kokeneen henkilön ei toisin sanoen tarvitsisi osoittaa (esimerkiksi tilastoin), että myös muut tuohon ryhmään kuuluvista kokevat samanlaista haittaa.[200] Schiek ym. tuovat esiin, että kun syrjinnänvastainen oikeus nähdään yksilön oikeuksia turvaavana, se korostaa jokaisen ihmisen ihmisyyteen perustuvaa ihmisarvoa. Tällä lähestymistavalla on myös heikkoutensa. Se ei esimerkiksi tunnista sitä, että edut ja haitat jakautuvat epätasaisesti monien syrjintäperusteiden kohdalla. Usein naiset ovat huonommassa asemassa kuin miehet, vähemmistöuskontoon kuuluvat huonommassa asemassa kuin valtauskontoon kuuluvat, homoseksuaalit huonommassa asemassa kuin heteroseksuaalit ja niin edelleen. Yksilön suojaa korostava lähestymistapa ymmärtää syrjinnänvastaisen oikeuden symmetrisesti, kun taas tiettyyn ryhmään kuulumiseen perustuvan haitan tunnustaminen johtaa asymmetriseen lähestymistapaan. Lisäksi ryhmien oikeuksia korostava lähestymistapa pyrkii korostamaan moninaisuutta ja poistamaan statukseen perustuvaa haittaa, kun yksilön oikeuksia korostavan näkemyksen tavoitteena on tehdä erot näkymättömiksi.[201] Schiekin ym. mukaan moderni syrjinnänvastainen oikeus sisältääkin molemmat ulottuvuudet siten, että niiden välille on löydettävä sopiva tasapaino. Syrjinnänvastaisen oikeuden tulee huomioida paitsi eri ryhmien kokema haitta, mutta antaa suojaa myös yksilöille.[202]

---

196 Bell 2004; Gerards 2005; Prechal 2004; Prechal – McCrudden 2009; McGolgan 2006.

197 Ks. Fredman 2011; Schiek, Waddington, Bell 2007, 30–31; Schiek 2007, 330–331. Kun kyse on yksilölle aiheutuvista vaikutuksista, on käytetty myös käsitettä individuaalinen välillinen syrjintä. Ks. Nummijärvi 2004, 292–299.

198 Ks. esim. Schiek – Waddington – Bell 2007, 30–31; Lacey 1998.

199 Ks. esim. Bell 2007, 190.

200 Bell 2007; Schiek 2007.

201 Ks. myös Schiek 2002 ja Schiek 2005.

202 Schiek – Waddington – Bell 2007, 31.

Välillisen syrjinnän kieltokaan ei kuitenkaan ole riittävä keino muuttamaan rakenteita, kuten tosiasiallisen tasa-arvon transformatiivinen ulottuvuus edellyttäisi. Tosiasiallinen tasa-arvo on jotain enemmän kuin vain pelkkä välillisen syrjinnän kielto.[203]

Yhdenvertaisuusperiaate tarkoittaa siis muutakin kuin syrjimättömyyttä. Kuten Westen on todennut, vaikka syrjinnänvastaisen oikeuden taustalla onkin keskeisesti yhdenvertaisuus, ”the converse is not true”. Yhdenvertaisuudessa ei ole kyse vain syrjinnän kielloista, sillä yhdenvertaisuus on paljon laajempi käsite.[204] Jos pysymme vain tasa-arvo-*oikeuden* käsitteissä, positiivisen erityiskohtelun taustalla on pyrkimys tosiasialliseen tasa-arvoon. Se nähdään kuitenkin usein vain poikkeuksena muodollisesta yhdenvertaisuudesta, jolloin syntyy ristiriita muodollisen yhdenvertaisuuden ja tosiasiallisen tasa-arvon välillä.[205] Tosiasiallinen tasa-arvo on taustalla myös silloin, kun julkiselle vallalle tai työnantajille asetetaan positiivisia velvoitteita edistää tasa-arvoa esimerkiksi tasa-arvosuunnittelun, palkkakartoituksen tai valtavirtaistamisen avulla. Kun tavoitteena on muuttaa syrjiviä tai epäoikeudenmukaiseksi koettuja rakenteita, ollaan jo tosiasiallisen tasa-arvon transformatiivisen ulottuvuuden ytimessä. Yhdenvertaisuudessa ei siis ole kyse vain syrjimättömyydestä, vaan laajemmasta tavoitteesta.

3.3.2 Syrjinnän kiellon jaotteluja

Syrjinnästä voidaan puhua myös eri konteksteissa. Juristille on olemassa vain välitön ja välillinen syrjintä, mutta näitäkin oikeudellisen syrjinnän kiellon käsitteitä voidaan jaotella eri ilmenemismuotoihin, kuten Arnardottir on tehnyt Euroopan ihmisoikeussopimuksen syrjinnän kieltoa koskevassa väitöskirjassaan.[206] Arnardottir esittää, että välitön syrjintä voidaan jakaa kahteen eri tyyppiin riippuen siitä, miten sen nähdään velvoittavan julkista valtaa. Yhtäältä voidaan puhua perinteisestä julkisen vallan velvoitteesta pidättäytyä syrjiviltä toimilta (negatiivinen velvoite). Toisaalta julkisen vallan tulee myös edistää syrjinnän kiellon toteutumista (positiivinen velvoite). Negatiivisen velvoitteen rikkominen johtaa aktiiviseen välittömään syrjintään, joka sekin voi olla avointa (*overt*) tai piiloista (*covert*) syrjintää riippuen siitä, kuinka avoimesti erilainen kohtelu perustellaan kielletyllä syrjintäperusteella. Välitöntä syrjintää voi toisaalta olla myös menettely, jonka tarkoitus – oli se sitten avoimesti lausuttu tai piiloinen – ei ole lainkaan syrjivä. Positiivisen velvoitteen rikkominen taas joh-

203 Fredman 2011, 180.
204 Westen 1990, 142.
205 Ks. myös Nummijärvi 2004, 124.
206 Ks. Arnardottir 2003, 92–126.

taa passiiviseen välittömään syrjintään. Positiiviset velvoitteet Arnardottir jakaa ensinnäkin velvollisuuteen luoda syrjinnänvastaista lainsäädäntöä, toiseksi kohdella samanlaisia samalla tavalla, kolmanneksi kohdella erilaisia eri tavalla, ja neljänneksi velvollisuuteen ryhtyä jopa positiivisiin toimiin tosiasiallisen tasa-arvon saavuttamiseksi. Näiden velvoitteiden rikkominen voi siis johtaa passiivisen välittömän syrjinnän kiellon rikkomiseen.[207]

Syrjinnästä voidaan puhua myös muussa kuin oikeudellisessa kontekstissa. Kevät Nousiainen on useasti kiinnittänyt huomiota siihen, että syrjintä ja syrjäytyminen ovat eri asioita. Syrjinnän toteaminen edellyttää, että jollain taholla voidaan katsoa olevan velvollisuus tuon syrjinnän poistamiseen. Tällaiseen syrjintään voidaan puuttua oikeudellisin keinoin, kun taas muuhun sosiaaliseen eriarvoisuuteen ja huono-osaisuuteen on mahdollista puuttua vain poliittisten prosessien kautta. Kuten Nousiainen on todennut, jako-oikeudenmukaisuutta voidaan toteuttaa tehokkaammin esimerkiksi verotuksen, sosiaaliturvan ja TSS-oikeuksien avulla kuin yksinomaan syrjinnän kielloin.[208] Tähän liittyy myös puhe institutionaalisesta, systeemisestä ja rakenteellisesta syrjinnästä. Kuten Tobler toteaa, rakenteellinen (institutionaalinen tai systeeminen, ”*systemic*”) syrjintä on teoreettisella tasolla hyvin tärkeä käsite, ja vaikka se ei käsitteenä esiinnykään esimerkiksi EU-oikeudessa, on välillisen syrjinnän kiellon katsottu syntyneen juuri rakenteellisen syrjinnän poistamiseksi.[209] Rakenteellinen syrjintä on luonteeltaan myös hyvin kompleksinen käsite. Se syntyy syvälle juurtuneista näkemyksistä, mielipiteistä ja arvostuksista sekä sosiaalisista, kulttuurisista ja taloudellisista rakenteista. Tämän vuoksi rakenteellinen syrjintä on usein hyvin piiloista syrjintää, minkä vuoksi siihen on vaikea tarttua oikeudellisin keinoin.[210] Euroopan komissio on todennut, että työelämässä rakenteellista epätasa-arvoa on muun muassa 1) naisten ja miesten erilaiset työmarkkina-asemat, kuten naisten suurempi työttömyys ja epätyypilliset työsuhteet, 2) sukupuolen mukainen segregaatio, 3) sukupuolten välinen palkkaero ja 4) naisten vähäinen määrä päätöksentekoelimissä.[211] Tällainen rakenteellinen epätasa-arvo voidaan välillisen syrjinnän näkökulmasta erotella nähdäkseni kahdelle eri tasolle.[212]

---

207 Passiivisesta välittömästä syrjinnästä, ks. tarkemmin Arnardottir 2003, 95–122.

208 Nousiainen 2012. Ks. myös Goodwin 2008, 137–184. Goodwin osoittaa hyvin, kuinka romanien erittäin haavoittuvaan asemaan Euroopassa on vaikea tarttua pelkästään syrjinnän kielloin.

209 Ks. Tobler 2005, 61–63.

210 Tobler 2005, 61–63.

211 European Commission 2003.

212 EU-tuomioistuin teki vastaavan jaottelun jo tapauksessa *Defrenne II* (43/75), jossa se katsoi, että samapalkka-artiklalla (SEUT 157) on välitön oikeusvaikutus, eli siihen voidaan vedota suoraan tuomioistuimessa, kun kyse on syrjinnästä, joka voidaan havaita oikeudellisen analyysin kautta. EU-tuomioistuin jatkoi, että toisaalta on syrjintää, joka edellyttää laajempaa analyysia kuin oikeudellista, esimerkiksi naisten ja miesten välinen palkkaero eri työnantajasektoreilla.

Ensinnäkin, jos sukupuolivaikutusten analyysi osoittaa, että jonkin näennäisen neutraalin säännöksen, perusteen tai käytännön vaikutuksesta naiset ja miehet joutuvat tosiasiassa eri asemaan, ja syrjinnälle on olemassa yksi alkuperä, kuten yksittäinen työnantaja, kunta tai valtio, tai lainsäädäntö, jolla on syrjiviä vaikutuksia, kyseessä on välillinen syrjintä, ellei säännökselle tms. ole hyväksyttäviä oikeuttamisperusteita. Esimerkiksi Suomessa naisia on määräaikaisessa työssä enemmän kuin miehiä. Tällöin lainsäädäntö, joka sallii peräkkäiset määräaikaiset työsopimukset, voi olla naisia välillisesti syrjivää. Tällöin lainsäätäjällä on velvollisuus muuttaa lakia.[213]

Toiseksi, jos syrjinnälle ei ole yhtä alkuperää, syrjinnän kiellolla ei ole välitöntä oikeusvaikutusta eli syrjintäkannetta ei voida käsitellä tuomioistuimessa. Kuten Prechal huomauttaa,[214] valtiolla voi silti olla positiivinen velvollisuus edistää tosiasiallista tasa-arvoa. Tällainen tilanne voi olla monissa maissa, kuten Suomessa, joissa naisten ja miesten välinen palkkaero eri työnantajasektoreilla on suuri. On myös olemassa eriarvoistavia rakenteita, joihin ei voi puuttua lainkaan syrjinnän käsittein, mutta joihin voidaan vaikuttaa muun muassa valtavirtaistamisen avulla. Esimerkiksi jos halutaan saada miehiä enemmän perhevapaille, tähän tarvitaan muita välineitä kuin syrjinnänvastaista oikeutta. Olisi kuitenkin virheellistä ajatella, että rakenteellinen eriarvoisuus olisi täysin syrjinnänvastaisen oikeuden ulottumattomissa. Se ei kuitenkaan ole aina tehokkain väline, eikä aina edes mahdollinen.

3.3.3 Syrjinnän kiellon suhde korjaavaan ja jako-oikeudenmukaisuuteen

Kuten luvun alussa lyhyesti mainitsin, Aristoteles jakoi oikeudenmukaisuuden korjaavaan oikeudenmukaisuuteen (*corrective justice*) ja jako-oikeudenmukaisuuteen (*distributive justice*). Korjaavalla oikeudenmukaisuudella viitataan tilanteeseen, joissa kaksi yksilöä on vuorovaikutuksessa keskenään, ja jossa molempien asema on saatettava sellaiseksi kuin se oli ennen tuota vuorovaikutustilannetta. Esimerkiksi vahingon aiheuttajan on korvattava aiheuttamansa vahinko vahinkoa kärsineelle. Vahingonkorvausoikeus perustuukin juuri korjaavalle oikeudenmukaisuuskäsitykselle. Syrjinnänvastaisen oikeuden kontekstissa korjaavalla oikeudenmukaisuudella tarkoitetaan sitä, että syrjinnän kielloin korjataan tapahtuneet vääryydet – vahingonkorvausoikeuden käsittein korva-

---

Tällaisella syrjinnällä ei ole välitöntä oikeusvaikutusta, vaikka se kuuluu yhtä lailla SEUT 157 alaan. Yksilö ei voi tällöin vedota samapalkka-artiklaan tuomioistuimessa, mutta jäsenvaltiolla tai EU:lla on velvollisuus oikaista tällainenkin syrjintä. (Prechal 2004, 546–547.)

213 Ks. Anttila 2006.

214 Prechal 2004, 546–547.

taan aiheutunut vahinko.[215] Syrjinnän kielto näin ymmärrettynä ei olekaan enää samanlaisten samanlaista kohtelua ja samanlaisuuden ja erojen vastakkainasettelua, vaan statukseen perustuvan haitan korjaamista ja korvaamista.[216] Feministijuristit ovatkin nostaneet esiin monia ns. sukupuolistuneita tai naiserityisiä haittoja. Tällainen on esimerkiksi raskaudesta tai lasten sukupuolenmukaisesta hoitovastuusta naisille aiheutunut haitta työelämässä, jota pyritään korjaamaan muun muassa syrjinnän kielloin.[217] Jako-oikeudenmukaisuudella taas viitataan siihen, että yhteiskunnan resurssit on jaettava oikeudenmukaisesti kaikille sen jäsenille. Kun korjaava oikeudenmukaisuus katsoo taaksepäin ja pyrkii korjaamaan tapahtuneen vahingon, jako-oikeudenmukaisuus edellyttää sen arvioimista, miten jaettavissa olevat resurssit tulisi jakaa oikeudenmukaisesti.[218] Nousiaisen mukaan syrjinnänvastaisen oikeuden voidaan nähdä toteuttavan sekä korjaavaa että jako-oikeudenmukaisuutta. Paitsi että syrjinnällä voidaan tuottaa vahinkoa, joka on korvattava, syrjivät käytännöt myös osoittavat, että jako-oikeudenmukaisuuden perusteet ovat vääristyneitä. Esimerkiksi raskaussyrjinnän yleisyydestä voimme päätellä, että vanhemmuudesta aiheutuneiden kustannusten nähdään kuuluvan lähinnä äitien kannettavaksi.[219]

3.4 YHDENVERTAISUUDEN JA SYRJINNÄN KIELLON SUHDE MUIHIN TASA-ARVO-OIKEUDEN KÄSITTEISIIN

Katson Lisa Waddingtonin ja Mark Bellin tapaan, että tasa-arvo-oikeudessa tulee erottaa omiksi käsitteikseen *syrjinnän kiellot*, *positiivinen erityiskohtelu* ja *tasa-arvon edistämisvelvoitteet*.[220] Nämä kaikki ilmentävät yhdenvertaisuusperiaatetta. Tässä yhteydessä selvennän hieman syrjinnän suhdetta kahteen muuhun tasa-arvo-oikeuden käsitteeseen, tasa-arvon edistämisvelvollisuuteen ja positiiviseen erityiskohteluun. Otan lähtökohdakseni tasa-arvolain säännökset.

---

215 Schiek – Waddington – Bell 2007, 29–30.
216 Tätä on korostanut etenkin Kevät Nousiainen, ks. Nousiainen 2001, 256–257.
217 Nousiainen 2001, 256–257.
218 Schiek – Waddington – Bell 2007, 29–30.
219 Nousiainen 2012.
220 Waddington – Bell 2011. Tasa-arvo-oikeuden käsitteitä on systematisoitu monilla eri tavoilla, joita en lähde tässä käymään tarkemmin läpi. Kuten Waddington ja Bell toteavat (2011), tasa-arvo-oikeudessa vallitsee käsitteiden sekamelska.

3.4.1 Tasa-arvon edistämisvelvoitteet

Tasa-arvon edistämisvelvoitteesta on säädetty perustuslain 6 § 4 momentissa, jonka mukaan ”sukupuolten tasa-arvoa tulee edistää yhteiskunnallisessa toiminnassa sekä työelämässä, erityisesti palkkauksesta ja muista palvelussuhteen ehdoista määrättäessä”. Tasa-arvolain edistämisvelvollisuutta koskevat säännökset täsmentävät tätä perustuslain säännöstä.

Tasa-arvon edistämisvelvoitteista on säädetty tasa-arvolain 4 §:ssä (viranomaisen velvollisuus edistää tasa-arvoa), 4 a §:ssä (julkisen hallinnon toimielimien kokoonpanoa koskeva säännös), 5 §:ssä (tasa-arvon toteutuminen koulutuksessa ja opetuksessa), 6 §:ssä (työnantajan velvollisuus edistää tasa-arvoa), 6 a §:ssä (työnantajan tasa-arvosuunnitelmaa ja palkkakartoitusta koskeva säännös) ja 6 b §:ssä (toimenpiteet tasa-arvon edistämiseksi oppilaitoksissa). Nämä ovat siis säännöksiä, jotka asettavat työnantajalle ja julkiselle vallalle oikeudellisen *velvoitteen* toimia tasa-arvon edistämiseksi.

Oikeuskirjallisuudessa etenkin Sandra Fredman on kirjoittanut paljon tasa-arvon edistämisvelvoitteista (ns. *positive duty to promote equality*).[221] Hänen mukaansa eri toimijoille asetettu positiivinen velvollisuus tasa-arvon edistämiseen on ainoa keino ylittää nykyisenlaiseen syrjinnänvastaiseen oikeuteen liittyvät ongelmat, kuten se, että syrjinnän uhrin itsensä tulee jälkikäteen reagoida syrjintään raskaan oikeusprosessin kautta.[222] Edistämisvelvoitteet toisin sanoen paikkaavat pelkkiin syrjinnän kieltoihin perustuvan oikeuden heikkouksia.[223] Monissa maissa uusi lähestymistapa tasa-arvoon on saanut lainsäätäjät säätämään lakeja positiivisista velvoitteista (*positive duties*). Nämä julkisen vallan velvoitteet (*public duties*) on nähty vastakohtana perinteiselle syrjinnän vastaiselle lainsäädännölle, sillä ne siirtävät vastuun syrjinnän poistamisesta työnantajalle ja julkiselle vallalle. Syrjinnän kohteeksi joutuneen tehtävä ei siis enää ole reagoida syrjintään yksin, vaan työnantajalla ja julkisella vallalla on velvollisuus laatia suunnitelmia rakenteellisen syrjinnän poistamiseksi.[224] Tasa-arvon edistämisvelvoitteet olisivatkin toteutuessaan tehokas keino toteuttaa tosiasiallisen tasa-arvon kaikkia ulottuvuuksia.[225]

---

221 Oikeuskirjallisuudessa on käytetty myös termiä *proactive measures* tai *positive action* laajassa mielessä (ks. de Schutter 2007). Ahtela ym. (2006, 258) puhuvat *varsinaisista positiivisista erityistoimista*.

222 Ks. esim. Fredman 2011, 299–335 ja Fredman 2008a.

223 Hepple ym. 2000; Shaw 2004; Fredman 2011.

224 Fredman 2011.

225 Suomessa on tehty paljon tutkimuksia esimerkiksi siitä, kuinka tasa-arvolain 6 ja 6 a §:ssä työnantajalle asetetut velvoitteet tasa-arvosuunnittelun tekemiseksi ovat käytännössä onnistuneet (ks. esim. Ahtela 2004b). Esimerkiksi palkkakartoituksen suhteen on ilmennyt laintulkinta- ja muitakin ongelmia. Ylipäänsä tasa-arvosuunnitelmia eivät tee kaikki ne työnantajat, jotka laki siihen velvoittaisi. Ks. esim. Ylöstalo 2012.

Angloamerikkalaisessa tutkimuksessa on erotettu tasa-arvo-oikeuden neljä erilaista sukupolvea. Neljännen sukupolven tasa-arvo-oikeudessa korostuvat juuri positiiviset velvoitteet tasa-arvon edistämiseksi.[226] Neljännen sukupolven tasa-arvo-oikeutta on kehitetty etenkin Pohjoismaissa, ja monia enemmän tai vähemmän onnistuneita kokeiluja on tehty myös muun muassa Englannissa ja Pohjois-Irlannissa, Kanadassa ja Hollannissa.[227] Kuten Schiek ym. huomauttavat,[228] Pohjoismaissa siirryttiin angloamerikkalaisesta kehityskaaresta poikkeavasti suoraan neljännen sukupolven tasa-arvo-oikeuteen. Suomenkin tasa-arvolaissa on ollut alusta lähtien tasa-arvon edistämiseen liittyviä säännöksiä. Siitä huolimatta tasa-arvon ei voida sanoa toteutuneen Suomessa lähellekään niitä tavoitteita, jotka neljännen sukupolven velvoitteilla esimerkiksi Englannissa uskotaan saavutettavan.[229]

Tasa-arvon edistämisvelvoitteiden taustalla on ajatus sukupuolinäkökulman valtavirtaistamisesta, jonka on usein tulkittu tarkoittavan vaatimusta siitä, että sukupuolinäkökulma tulisi ottaa huomioon kaikissa päätöksentekovaiheissa.[230] Vaikea kysymys on, kuinka tämä tavoite käytännössä saavutetaan. Usein valtavirtaistaminen on tarkoittanut uusien menetelmien kuten sukupuolivaikutusten arvioinnin (*gender impact analysis*) käyttöönottoa.[231] Valtavirtaistaminen sijoittuu käsitteenä oikeuden rajoille, sillä siitä on laadittu paitsi oikeudellisesti sitovia normeja, myös paljon ns. pehmeää sääntelyä. Tällöin valtavirtaistaminen perustuu pitkälti vapaaehtoisuuteen.[232] Mieke Verloo käyttääkin ilmaisua samettivallankumous (*velvet revolution*) korostaakseen sitä, ettei muutos voi ta-

---

226 Ks. esim. Hepple ym. 2000, 5. Englannissa Race Relations Act vuodelta 1965 ilmentää ensimmäistä sukupolvea, jossa luotiin erityinen syrjintäviranomainen. Toisen sukupolven tasa-arvo-oikeudessa luotiin yksilövalitusmekanismi USA:n Civil Rights Actin mallin mukaisesti (Race Relations Act 1968 ja Sex Discrimination Act 1975). Kolmannen sukupolven tasa-arvo-oikeudessa korostui USA:ssa, Pohjois-Irlannissa, Kanadassa ja Australiassa positiivinen erityiskohtelu (*affirmative action*), kun taas Englannissa vaikutti enemmän EU:n oikeus ja tasa-arvoviranomaisten lisääntyneet toimivaltuudet. Ks. Schiek ym. 2007, 16–17.

227 Ks. esim. Shaw 2004, 25.

228 Schiek ym. 2007, 24.

229 Ks. kritiikistä esim. Nousiainen 2008a.

230 Mazey 2001, 2–3. Valtavirtaistamiselle on olemassa monta eri määritelmää. Yleisimmin käytetään Euroopan neuvoston määritelmää: ”Gender mainstreaming is the (re)organization, improvement, development and evaluation of policy processes, so that a gender equality perspective is incorporated in all policies at all levels and at all stages, by the actors normally involved in policy-making” (Council of Europe 1998, 15). Ajatus valtavirtaistamisesta sai alkunsa YK:n kehitysapuohjelmista, joissa valtavirtaistaminen nähtiin välttämättömänä strategiana naisten ihmisoikeuksien edistämiseksi ja naisten äänen kuuluville saamiseksi kehitysaputyössä. Käsite esiteltiin jo vuonna 1985 YK:n naisten maailmankonferenssissa, mutta vasta kymmenen vuotta tämän jälkeen se koki todellisen läpimenonsa Pekingin konferenssissa. Tämän jälkeen valtavirtaistamisen idea on omaksuttu monessa maassa, EU:ssa ja muissa kansainvälisissä organisaatioissa kuten Euroopan neuvostossa. (Ks. esim. Rees 1998; Beveridge – Shaw 2002; Booth – Bennet 2002; Mazey 2001; Kouvo 2004; Daly 2005; Sainsbury – Bergqvist 2009.)

231 Beveridge – Shaw 2002.

232 Mazey 2002, 228; Shaw 2004, 6.

pahtua voimankäytön avulla. Päinvastoin, jotta toimijat myös implementoisivat strategian, se täytyy esittää heille positiivisella ja mielekkäällä tavalla.[233] Tämä strategia onkin aivan erityyppinen kuin se mihin syrjinnänvastaisessa oikeudessa on totuttu.

EU:ssa oikeudellisesti sitovia valtavirtaistamisvelvoitteita on ollut Amsterdamin sopimuksesta (1997) lähtien perussopimustasolla.[234] Tasa-arvolain 4 § ilmentää myös valtavirtaistamisen ajatusta. Säännöksen mukaan ”viranomaisen tulee kaikessa toiminnassaan edistää naisten ja miesten välistä tasa-arvoa tavoitteellisesti ja suunnitelmallisesti sekä luoda ja vakiinnuttaa sellaiset hallinto- ja toimintatavat, joilla varmistetaan naisten ja miesten tasa-arvon edistäminen asioiden valmistelussa ja päätöksenteossa.” Lisäksi pykälän toisessa momentissa todetaan, että ”erityisesti tulee muuttaa niitä olosuhteita, jotka estävät tasa-arvon toteutumista”.

Valtavirtaistamisen on usein sanottu olevan potentiaalisesti vallankumouksellinen strategia tosiasiallisen tasa-arvon edistämistyössä.[235] Tämän uuden strategian avulla on mahdollista ylittää melko rajoittuneet syrjinnän käsitteet ja vastuullistaa jokainen taho edistämään naisten ja miesten välistä tasa-arvoa.[236] Kuten Milja Saari toteaa, valtavirtaistamiseen uutena tasa-arvopolitiikan strategiana on suhtauduttu suurin odotuksin mutta ristiriitaisin tuntein. Toisaalta ajatellaan, että tasa-arvoa on vaikea edistää tehokkaasti ilman sukupuolinäkökulman valtavirtaistamista.[237] Monet ovat kuitenkin varoittaneet, että käsitteenä valtavirtaistaminen on epämääräinen ja jopa harhaanjohtavan yksinkertainen, mikä onkin osaltaan edistänyt sen saamaa suurta suosiota.[238] Kuten Beveridge ja Nott toteavat, jokainen kyllä ymmärtää valtavirtaistamisen perusidean, mutta kukaan ei näytä olevan varma siitä, mitä se käytännössä edellyttää.[239] Ongelma on myös se, ettei mikään taho ole erityisvastuussa valtavirtaistamisesta, sillä se nähdään kaikkien tehtäväksi. Tällöin poliittisen tahdon, resurssien ja tietotaidon puute estävät strategian implementoinnin.[240] Strategian puutteiden vuoksi monet ovat pelänneet, että valtavirtaistamistoimet jäävät kovin pintapuolisiksi vailla mitään käytännön vaikutuksia.[241] Viime vuosina mo-

---

233 Verloo 2001.

234 Komissio omaksui ajatuksen valtavirtaistamisesta omiin toimintatapoihinsa jo vuonna 1996 (European Commission 1996), ja on siitä lähtien ollut strategian aktiivisin puolestapuhuja. Uusi strategia toi joitakin institutionaalisia ja proseduraalisia muutoksia komissioon. Komissio antoi myös käytännön valtavirtaistamisohjeita muille EU:n virkamiehille (European Commission 1997).

235 Ks. esim. Pollack – Hafner-Burton 2000. Ks. myös mm. Squires 2005.

236 Beveridge – Nott 2002, 305.

237 Saari 2006, 109. Ks. myös Saari 2012.

238 Ks. esim. Mazey 2001 ja 2002; Beveridge – Nott 2002; Booth – Bennet 2002; Shaw 2004.

239 Beveridge – Nott 2002.

240 Mazey 2002, 228 ja 238. Näin myös Saari 2006, 109–110 ja Saari 2012.

241 Mazey 2002; Shaw 2004.

net tutkijat ovatkin katsoneet sukupuolten valtavirtaistamisen epäonnistuneen sukupuolten tasa-arvon edistämisen välineenä.[242]

Suomessa kaikilla työnantajilla on vuodesta 1995 ollut tasa-arvolain 6 §:ään perustuva velvollisuus edistää tasa-arvoa työelämässä tavoitteellisesti ja suunnitelmallisesti. Aiemmat lain säännökset työnantajien velvoitteista edistää tasa-arvoa eivät olleet käytännössä johtaneet sellaisiin muutoksiin, joita oli pidetty lain tavoitteina.[243] Tasa-arvolakia vuonna 2005 uudistettaessa lakiin otettiin muun muassa uusi 6 § 2 momentin 6 kohta, jossa työnantajan velvoitteeksi asetetaan myös syrjinnän ehkäiseminen ennakolta. Tämä säännös sitoo syrjinnän käsitteen tasa-arvon edistämiseen. Syrjinnän käsite ei siis liity vain syrjinnän kohteiksi joutuneiden työntekijöiden jälkikäteiseen oikeussuojaan, vaan työnantajalla on positiivinen velvollisuus toimia syrjinnän ehkäisemiseksi.

Työnantajan on jo tasa-arvolain säätämisestä lähtien (1987) tullut varmistaa syrjinnän kiellon noudattaminen työpaikalla. Vuoden 2005 lainmuutoksella tasa-arvolain 6 § 2 momentin 6 kohta täsmentää tätä työnantajalle asetettua velvollisuutta. Lain perustelujen mukaan syrjinnän ennaltaehkäisy velvoittaa työnantajaa pyrkimään sellaiseen tilanteeseen, jossa syrjintää ei esiinny.[244] Perusteluissa todetaan myös, että jos ennaltaehkäisevien toimien yhteydessä havaitaan syrjintää, tulee työnantajan noudattaa syrjinnän kieltoa. Lainmuutoksen tavoitteeksi asetettiin syrjinnän torjuminen ennakolta ja sen sisällyttäminen tasa-arvon edistämiseen ja siten tasa-arvosuunnittelun tavoitteeksi. Tasa-arvolain 6 §:ää täsmentää lain 6a §, joka velvoittaa tietyt työnantajat laatimaan kirjallisen tasa-arvosuunnitelman, jonka tulee sisältää myös ns. palkkakartoitus. Myös palkkakartoituksen ja palkkasyrjintäkieltojen välinen yhteys on ilmeinen. Kuten Ahtela ym. toteavat,[245] palkkakartoitusvelvollisuudella pyritään siihen, että palkkaus olisi sopusoinnussa palkkasyrjintäkieltojen kanssa. Onhan tasa-arvosuunnittelun yksi tavoite syrjinnän torjuminen ennakolta. Palkkakartoitusta tehtäessä tulisi näin ollen huomioida esimerkiksi se, että palkkasyrjintäkieltojen mukaan eri palkanosien tulee olla erikseen syrjimättömiä.[246]

3.4.2 Positiivinen erityiskohtelu

Tasa-arvon edistämisvelvollisuuksista on erotettava positiivinen erityiskohtelu[247], joka tasa-arvolain 9 § 4 momentin määritelmän mukaan tarkoittaa väliai-

---

242 Kantola – Nousiainen 2012; Saari 2012; Kantola 2010; Hafner-Burton – Pollack 2009. Ks. myös Sainsbury – Bergqvist 2009.

243 HE 90/1994.

244 HE 195/2004, 24.

245 Ahtela ym. 2006, 244–245.

246 Ahtela 2006, 247.

247 Myös positiiviseen erityiskohteluun viittaavissa termeissä on paljon eroavaisuuksia. Kansainvälisessä oikeuskirjallisuudessa käytetään käsitteitä *affirmative action* (Yhdysvalloissa käy-

kaisia, suunnitelmaan perustuvia erityistoimia tosiasiallisen tasa-arvon edistämiseksi, ja joilla pyritään tasa-arvolain tarkoituksen toteuttamiseen. Positiivisesta erityiskohtelusta on määräyksiä myös EU:n perussopimus- ja sekundäärilainsäädännön tasolla, sekä ihmisoikeussopimuksissa, kuten CEDAW-sopimuksessa. Myös Suomen perustuslain 6 § sallii positiivisen erityiskohtelun käytön.

Kuten Waddington ja Bell esittävät, positiivinen erityiskohtelu ja tasa-arvon edistämisvelvollisuudet on syytä pitää käsitteinä erillään. Tasa-arvon edistämistoimet voivat toki sisältää myös positiivista erityiskohtelua, mutta tähän ei (ainakaan) EU-oikeus aseta velvollisuutta. *Edistäminen on velvollisuus, positiivinen erityiskohtelu vain mahdollisuus.* Toiseksi positiivisen erityiskohtelun käyttö on sidottu EU-oikeudessa tiettyihin tarkasti määriteltyihin kriteereihin. Erityiskohtelun tulee muun muassa täyttää suhteellisuusperiaatteen vaatimukset. Näitä kriteereitä ei tule sekoittaa tasa-arvon edistämisvelvollisuuksiin ja niiden käyttöön. *Tasa-arvon edistämisvelvollisuuksia eivät rajoita samat kriteerit kuin positiivisen erityiskohtelun käyttöä.* Positiivisen erityiskohtelun rajat määräytyvät toisin sanoen eri tavalla, eikä näitä rajoja tule soveltaa tasa-arvon edistämisvelvollisuuksia toteutettaessa.[248]

Positiivinen erityiskohtelu rikkoo muodollisen yhdenvertaisuuden periaatetta sallimalla erityisetuja aliedustetulle ryhmälle. Sen tarkoitus, haitan estäminen tai korvaaminen, sitoo sen kuitenkin tosiasiallisen tasa-arvoon, etenkin sen resursseja tasaavaan ulottuvuuteen.[249] Positiivisen erityiskohtelun voidaan siis sanoa olevan osa yhdenvertaisuusperiaatetta, ei poikkeus siitä.

3.5 KOKOAVASTI YHDENVERTAISUUDESTA OIKEUDELLISENA KÄSITTEENÄ

Olen edellä esittänyt, kuinka yhdenvertaisuus oikeudellisena käsitteenä määritellään samanlaisten samanlaisena kohteluna ja erilaisten erilaisena kohteluna. Samanlaisten samanlainen kohtelu viittaa yhdenvertaisuuden muodolliseen puoleen, kun taas erilaisten erilainen kohtelu yhdenvertaisuuden sisällölliseen puoleen, tosiasialliseen tasa-arvoon. Kolmanneksi yhdenvertaisuus voidaan ymmärtää syrjimättömyytenä.

Yhdenvertaisuusperiaate viittaa toisin sanoen kolmeen eri käsitteeseen: muodolliseen yhdenvertaisuuteen, tosiasialliseen tasa-arvoon ja syrjimättömyyteen. Nämä käsitteet ovat yhteydessä toisiinsa, mutta eivät kuitenkaan täysin päällek-

---

tetty termi), *positive action* suppeassa mielessä (EU:ssa käytetty termi), *temporary special measures* (CEDAW:n kontekstissa käytetty termi), *reverse discrimination* (mm. Fredman 2011) ja *positive discrimination* eli *positiivinen syrjintä* (mm. Ahtela ym. 2006).

248 Ks. tarkemmin Waddington – Bell 2011.

249 Fredman 2011, 26.

käisiä. Yhdenvertaisuus ja syrjinnän kielto eivät aina ole saman kolikon kaksi eri puolta.

Tosiasiallisen tasa-arvon olen jakanut Fredmanin tavoin neljään eri ulottuvuuteen.

Resurssien tasaamista koskevan ulottuvuuden tavoitteena on kiinnittää huomio haittaa kärsineisiin ryhmiin ja heidän asemansa parantamiseen.

Yhtäläistä ihmisarvoa korostava ulottuvuus velvoittaa kohtelemaan ihmisiä tasa-arvoisesti heidän ihmisyytensä perusteella, ei ansioiden tai tiettyyn ryhmään kuulumisen perusteella.

Transformatiivinen ulottuvuus pyrkii muuttamaan syrjiviä rakenteita erilaisuutta kunnioittaen.

Osallistavassa ulottuvuudessa pyritään parantamaan ihmisten mahdollisuuksia päästä osallistumaan yhteiskunnan eri toimintoihin.

Syrjinnän kiellot sijoittuvat näihin kaikkiin tosiasiallisen tasa-arvon ulottuvuuksiin, mutta eivät yksinään ole riittävä keino tosiasiallisen tasa-arvon edistämiseksi. Tähän tarvitaan myös muita tasa-arvo-oikeuden ja -politiikan keinoja. Tasa-arvo-oikeuteen perustuvia keinoja ovat tällöin tasa-arvon edistämisvelvoitteet ja positiivinen erityiskohtelu, jotka molemmat ovat osa tosiasiallista tasa-arvoa ja sitä kautta myös osa yhdenvertaisuusperiaatetta.

III
YHDENVERTAISUUS JA SYRJINNÄN KIELTO PERUS- JA IHMISOIKEUTENA

1 Johdanto

Perus- ja ihmisoikeuksien merkitys on kasvanut viimeisen kahdenkymmenen vuoden aikana merkittävästi. Ihmisoikeuskulttuurin murrokseen johtanut liittyminen Euroopan ihmisoikeussopimukseen vuonna 1990, perusoikeusuudistus vuonna 1995, samana vuonna toteutunut Euroopan unionin jäsenyys ja vuoden 2000 perustuslakiuudistus muun muassa uusine perustuslakikontrolleineen[1] ovat vahvistaneet perus- ja ihmisoikeuksien asemaa ja samalla myös tuomioistuinten roolia niiden tulkitsijana. Puhutaan uudesta valtiosääntöistymisestä.[2] Eurooppalaisesta konstitutionalismista puhuttaessa perus- ja ihmisoikeudet ovat sitä vastoin olleet melko vähän esillä aivan viime vuosiin asti. Pääpaino on pikemminkin ollut niillä kehityskuluilla, jotka ovat vähitellen tuoneet EU-oikeuteen yhä enemmän perustuslaillisuudelle ominaisia piirteitä. Perus- ja ihmisoikeusulottuvuus on kuitenkin vahvistumassa myös eurooppalaisessa konstitutionalismissa.[3]

Miten tämä murros on vaikuttanut naisten asemaan? Ainakin taloudellisten, sosiaalisten ja sivistyksellisten (TSS-) oikeuksien vahvistuminen on ollut juuri naisille myönteinen asia, onhan hyvinvointivaltio nähty ”naisten liittolaisena Suomessa”.[4] Naiset ovat osallistuneet julkiseen elämänalueeseen pitkälti hyvinvointivaltion kansalaisina: palvelujen käyttäjinä ja työntekijöinä.[5] Vähemmälle huomiolle on sen sijaan jäänyt se, miten perustuslain yhdenvertaisuussäännös ja syrjinnän kielto (PL 6 §) yhdessä ihmisoikeussopimusten syrjinnän kieltävien määräysten kanssa vaikuttavat naisten asemaan etenkin tasa-arvolain tulkintavälineinä.

Kuten Liisa Nieminen esitti väitöskirjassaan 20 vuotta sitten, perus- ja ihmisoikeuksien suomista mahdollisuuksista tulisi ottaa irti kaikki mahdollinen hyöty naisten aseman parantamiseksi. Tämä tarkoittaa myös perustuslain yhdenvertaisuussäännöksen tulkintadoktriinin kehittämistä.[6] Samalla olisi mielestäni

---

1 Ks. Lavapuro 2010. Lavapuro käyttää väitöskirjassaan uuden perustuslakikontrollin käsitettä kuvaamaan nykyistä normikontrollijärjestelmää, jossa perus- ja ihmisoikeuksien toteutumista valvoo paitsi perustuslakivaliokunta (74 §), myös tuomioistuimet (22 § ja 106 §) ja koko julkinen valta (22 §), ml. ylimmät laillisuusvalvojat (PL 108 ja 109 §).

2 Tuori 2009. Ks. myös Lavapuro 2010, 9–16.

3 Ojanen 2009b; Nieminen 2004 ja 2010. Ks. myös esim. Weiler – Wind (eds) 2003. Ks. myös Heinonen – Lavapuro (toim.) 2012.

4 Nieminen 1995, 55. Ks. myös esim. Anttonen – Henriksson – Nätkin (toim.) 1994 ja Julkunen 2010. Ihmisoikeuksien osalta, ks. Frostell – Scheinin 2001.

5 Julkunen 2010, 96–97.

6 Nieminen 1990. Toinen lähestymistapa olisi analysoida perus- ja ihmisoikeuksia sukupuolinäkökulmasta. Tällöin pohdittaisiin kysymystä siitä, miten perus- ja ihmisoikeuksien tulkinnassa otettaisiin huomioon myös naisten intressit ja tarpeet. Erityisesti taloudellisilla, sosiaalisilla ja sivistyksellisillä oikeuksilla on merkitystä naisille – miten näitä oikeuksia voitaisiin kehittää? Ks. erilaisista lähes-

otettava huomioon syrjinnänvastaisen oikeuden monikerroksellisuus. Vaikka eri doktriinien tulkinnat syrjinnän kiellosta olisivatkin erilaisia, niiden välille olisi mahdollista saada aitoa vuoropuhelua. Tämä taas voisi johtaa lähemmäs tosiasiallista tasa-arvoa.

Tässä luvussa tarkastelen yhdenvertaisuutta ja syrjinnän kieltoa perus- ja ihmisoikeutena. Vaikka kirjan teema on sukupuolisyrjintä, arvioin syrjinnän käsitettä myös muiden syrjintäperusteiden kautta. Yksittäisiä syrjintäperusteita koskevat oikeudelliset tulkinnat voivat nimittäin vaikuttaa siihen, miten muita syrjintäperusteita arvioidaan.

Luku etenee seuraavasti. Ensin tarkastelen kysymystä siitä, mistä puhumme kun puhumme perus- ja ihmisoikeuksista – miten niitä on määritelty ja miten ne samankaltaisuuksistaan huolimatta eroavat toisistaan. Sen jälkeen siirryn tarkastelemaan, miksi perus- ja ihmisoikeudet ylipäänsä pitäisi ottaa huomioon lainkäytössä – miten ne vaikuttavat tuomioistuimessa ja miksi. Käsittelen lyhyesti myös perusoikeuksien rajoitusedellytyksiä, koska ne ovat keskeinen osa perusoikeuksien yleisiä oppeja ja auttavat hahmottamaan perusoikeuksien oikeudellista merkitystä. Tämän jälkeen siirryn perustuslain 6 §:n yhdenvertaisuussäännöksen analysointiin. Ihmisoikeuksien osalta tarkastelen etenkin Euroopan ihmisoikeussopimusta ja sen oikeuskäytäntöä, kaikkinaisen naisten syrjinnän poistamista koskevaa yleissopimusta[7] (CEDAW), lyhyesti YK:n kansalaisoikeuksia ja poliittisia oikeuksia koskevaa kansainvälistä yleissopimusta[8] (KP-sopimus) ja taloudellisia, sosiaalisia ja sivistyksellisiä oikeuksia koskevaa kansainvälistä yleissopimusta[9] (TSS-sopimus).

Kuten Ojanen ja Scheinin ovat muistuttaneet, ihmiset ovat Suomessa kolmen eri perus- ja ihmisoikeuksien suojajärjestelmän piirissä.[10] Ensinnäkin kotimainen perusoikeusjärjestelmä rakentuu Suomen perustuslain perusoikeussäännösten varaan, jota täydentävät Euroopan neuvostossa, Kansainvälisessä työjärjestössä ja Yhdistyneissä kansakunnissa laaditut kansainväliset ihmisoikeussopimukset. Termiä perusoikeus (*fundamental right, droit fundamental, Grundrecht*) käytetään myös EU-oikeudessa turvatuista perustavanlaatuisista oikeuksista. Käsite on omaksuttu paitsi perusoikeuskirjassa, myös perustamissopimuksissa. Kolmantena suojajärjestelmänä pidetäänkin EU-oikeuden takaamaa perusoikeussuojaa. Kaikissa näissä järjestelmissä yhdenvertaisuus ja syrjinnän kielto ovat keskeisiä perus- ja ihmisoikeuksia.[11]

---

tymistavoista analysoitaessa ihmisoikeuksia sukupuolisensitiivisellä tavalla Frostell – Scheinin 2001, erit. s. 332. Ks. myös Liisa Nieminen artikkeli ” Perusoikeuksien merkitys naisille” vuodelta 1988 (Oikeus 1988, 67–85). Nieminen itse toteaa (2009, 33, alav. 56) että artikkelissa esitetty saattaa vaikuttaa tänä päivänä itsestään selvältä, mutta se ei ollut sitä runsas 20 vuotta sitten.

7 SopS 67–68/1986.

8 SopS 7–8/1976.

9 SopS 6/1976.

10 Ojanen – Scheinin 2011, 171. Ks. myös Heinonen – Lavapuro (toim.) 2012.

11 Ojanen – Scheinin 2011, 171 ja 227.

2 Mitä ovat perus- ja ihmisoikeudet?

2.1 MÄÄRITELMIÄ JA KRITIIKKIÄ

Perus- ja ihmisoikeudet voidaan määritellä sekä muodollisin että sisällöllisin kriteerein.[12] Muodollisen määritelmän mukaan perusoikeus on perustuslaissa säädetty yksilön oikeus, jolloin siihen liittyy perustuslain tasoisuudesta ja korotetusta lainvoimasta johtuva erityinen pysyvyys. Perustuslailla on normihierarkkisesti ylempi asema tavallisiin lakeihin nähden, ja sen säätäminen, muuttaminen tai kumoaminen on vaikeampaa kuin tavallisten lakien (Suomen perustuslain 73 §). Ihmisoikeus taas on muodollisen määritelmän mukaan alueellisessa tai yleismaailmallisessa kansainvälisoikeudellisessa sopimuksessa eli ihmisoikeussopimuksessa tunnustettu erityisen tärkeä oikeus. Ihmisoikeusnormeja voi olla myös muissa kuin sopimuksen muotoon kirjoitetussa ihmisoikeusasiakirjassa kuten julistuksissa, päätöslauselmissa tai suosituksissa. Naisten oikeuksien kannalta tärkeä on esimerkiksi naisten asemaa käsittelevässä YK:n maailmankonferenssissa vuonna 1995 hyväksytty Pekingin julistus ja toimintaohjelma. Myös tavanomaiseen kansainväliseen oikeuteen sisältyy sääntöjä ja periaatteita, jotka katsotaan valtioita velvoittaviksi riippumatta siitä, mitä sopimuksia valtio on ratifioinut. Kyse voi olla ihmisoikeusnormeista, joista osa voi kuulua ehdottomaan kansainväliseen oikeuteen (*jus cogens*), jonka säännöistä ei voi missään olosuhteissa poiketa. Tällaiseksi on katsottu muun muassa YK:n yleiskokouksen vuonna 1948 hyväksymä ihmisoikeuksien yleismaailmallinen julistus.[13]

Sisällöllisin, aineellisin kriteerein määriteltynä perus- ja ihmisoikeuksilla viitataan ihmisille erityisen tärkeisiin, *perustavanlaatuisiin* oikeuksiin. Ihmisoikeuksien keskeisiin tunnusmerkkeihin luetaan *luovuttamattomuus*, joka sisältää ajatuksen ihmisoikeuksista jokaisen synnynnäisinä oikeuksina, jotka kuuluvat kaikille jo ihmisyyden perusteella, ja joista ei voi kokonaan luopua esimerkiksi myymällä itsensä orjaksi. Ihmisoikeuksia luonnehditaan myös *universaaleiksi*, millä viitataan ensinnäkin siihen, että ihmisoikeudet ovat yleismaailmallisia eli ne kuuluvat kaikille ihmisille ympäri maailman. Toiseksi sillä viitataan yhdenvertaisuuteen ja syrjinnän kieltoon. Ihmisoikeudet kuuluvat kaikille yhtäläisesti, riippumatta jostakin henkilöön liittyvästä syystä, kuten sukupuolesta,

---

12 Ks. perus- ja ihmisoikeuksien määrittelyistä esim. Hallberg 2011a, 29–30; Karapuu 2011, 63–64; Ojanen 2009a, 2–4; Scheinin 1991, 5–12. Ks. myös perusoikeusuudistusta koskevat lain esityöt KM 1992:3, 49–53 ja HE 309/1993.

13 Scheinin 2002, 11.

ihonväristä, iästä tai seksuaalisesta suuntautumisesta.[14] Tämä koskee myös perusoikeuksia. Suomessa perusoikeudet kuuluvat vuoden 1995 perusoikeusuudistuksen jälkeen kaikille Suomen oikeudenkäyttöpiirissä oleville ihmisille kansalaisuudesta riippumatta.[15] Ihmis- ja perusoikeudet kuuluvat yhtäläisesti miehille ja naisille. Karapuu on esimerkiksi todennut, että vain miehiä koskevaa äänioikeutta ei voida kutsua perusoikeudeksi. Sen sijaan vain naisia koskeva säännös raskauden aikaisesta erityissuojelusta voitaisiin luokitella perusoikeussäännökseksi.[16]

Perus- ja ihmisoikeudet nähdään myös hyvin perustavanlaatuisten *arvojen* ilmauksina. Erityisesti ihmisoikeuksilla on historiallisesti kiinteä yhteys moraalifilosofisiin ja jopa uskonnollisiin lähtökohtiin.[17] Kuten muun muassa Karapuu on todennut, perusoikeudet ovat kuitenkin nimenomaan juridisia, maallisen lainsäätäjän säätämiä positiivisoikeudellisia normeja, eikä niillä viitata puhtaasti luonnonoikeudellisiin oikeuksiin, jotka johdetaan luonnonjärjestyksestä, ihmisjärjestä tai Jumalan tahdosta ihmisen säätämästä oikeudesta riippumatta. Luonnonoikeudellisen koulukunnan historiallinen merkitys perus- ja ihmisoikeuksien muotoutumisessa on kuitenkin ollut keskeinen, mikä näkyy muun muassa YK:n ihmisoikeuksien yleismaailmallisen julistuksen muotoiluissa.[18] Jotkut ovatkin nähneet perus- ja ihmisoikeuksien vahvistumisen luonnonoikeudellisen ajattelun paluuna.[19] Jännitteen nähdään syntyvän etenkin perus- ja ihmisoikeuksien sekä demokratia- ja vallanjakoperiaatteiden välille.[20] Perinteisen, muun muassa Hans Kelsenin ja H.L.A. Hartin käsityksiin pohjautuvan oikeuspositivismin näkökulmasta perus- ja ihmisoikeuksien nähdään rajoittavan liiaksi demokraattisesti valitun lainsäätäjän harkintavaltaa ja sekoittavan oikeudelliseen päätöksentekoon siihen kuulumattomia arvostuksenvaraisia moraalisia ja eettisiä aineksia.[21] Osa suhtautuu epäillen tuomioistuimiin perusoikeuksien toteutumisen valvojina, vaikka sanoutuisikin irti perinteisistä oikeuspositi-

---

14 Hallberg 2011, 29–30; Karapuu 2011, 63–64; Ojanen 2009a, 2–4; Scheinin 1991, 5–12; KM 1992:3, 49–53 ja HE 309/1993.

15 Poikkeuksena vaali- ja osallistumisoikeuksia koskeva PL 14 § 1 momentti ja liikkumisvapautta koskeva 9 § 3 ja 4 momentti.

16 Karapuu 2011, 64.

17 Ojanen 2009, 3; Scheinin 1991, 6.

18 Karapuu 2011, 64 ja 67–68. Ks. myös Tuori 2003.

19 Ks. esim. Aarnio 2002.

20 Ks. esim. Jääskinen 2004; Husa 2004a; Jyränki 2003; Rasilainen 2008.

21 Ks. Lavapuro 2010, 85–145. Lavapuro esittää väitöskirjassaan (s. 97 ss), että ”[y]ksi tapa vastata oikeuspositivistisen teorian tuottamiin perusoikeuskriittisiin väitteisiin on kiistää sen taustalla oleva oikeuskäsitys”. Lavapuron mukaan Ronald Dworkinin näkemys oikeudesta vastaa oikeuspositivismia paremmin valtiosäännön funktioita, sillä edellisessä ei-oikeudelliset harkintaratkaisut korvataan yksilöllisiä oikeuksia perusteleviin oikeusperiaatteisiin perustuvalla tulkinnalla. Ks. Dworkin 1978.

vismin näkemyksistä. Esimerkiksi Tuori varoittelee ylikonstitutionalisoitumisen ja perusoikeudellistumisen riskeistä, jopa ”tuomarivaltion uhasta”.[22]

Toiset taas, kuten Lavapuro ja Viljanen, ovat katsoneet, että perusoikeudet ja demokratia edellyttävät toisiaan. Viljanen on todennut, että yhteiskuntaa tuskin voidaan pitää demokraattisena, jos se ei kunnioita yksilön ja vähemmistöjen perustavaa laatua olevia oikeuksia. Toisaalta perusoikeuksien toteutuminen yhteiskunnassa edellyttää myös demokraattisia päätöksentekorakenteita.[23] Näissä näkemyksissä näkyy Jürgen Habermasin kehittämä deliberatiivinen demokratiakäsitys. Perusoikeudet ovat Habermasin mukaan edellytys sille, että ihmiset voivat tasa-arvoisesti keskustella keskenään oikeuksien sisällöstä ja tehdä niitä koskevia päätöksiä (ts. luoda positiivista oikeutta) diskurssiperiaatteen mukaisesti.[24]

Ihmisoikeuksia on kritisoitu muiltakin suunnilta.[25] On väitetty muun muassa, että ihmisoikeudet edustavat vain länsimaisia arvoja ja soveltuvat vain länsimaisiin yhteiskuntiin (kulttuurirelativismi).[26] Feministit taas ovat kritisoineet ihmisoikeuksia mieskeskeisyydestä.[27] On esitetty, että päähuomio on ollut kansalais- ja poliittisilla oikeuksilla, jolloin naisille erityisen tärkeät taloudelliset, sosiaaliset ja sivistykselliset oikeudet ovat jääneet tehottomiksi. Lisäksi liberalistiseen ajatteluun perustuva jako julkiseen ja yksityiseen elämänpiiriin on estänyt puuttumisen juuri naisille tärkeisiin tasa-arvo-ongelmiin, kuten naisiin kohdistuvaan väkivaltaan, ja perheen sisäiseen työnjakoon, kuten lastenhoitovastuiden jakamiseen. Ihmisoikeuksien on myös nähty pyrkivän vain muodolli-

---

22 Tuori 2003 ja 2007, 249–275. Ks. myös Aarnio 2002b. Myös Saraviita toteaa (2005, 262), että kansanedustuslaitoksen päättämien lakien perustuslainmukaisuuden valvonta on pulmallista demokratian peruslähtökohtien kanssa. Parlamenttihan edustaa kansaa ja on määritelty useimmissa valtiosäännöissä ylimmäksi, suvereeniksi valtioelimeksi. Jos parlamentin hyväksymä laki julistetaan perusoikeussäännöksen vastaisena tehottomaksi, suvereenin kansanedustuslaitoksen tahto ei toteudu. Lakien perustuslainmukaisuuden valvontajärjestelmät perustuvatkin valintaan kahden keskeisen arvon välillä. Toisena arvona on kansalaisten tahtoa toteuttavan parlamentin suvereenisuus, toisena kansalaisten oikeuksien suojaaminen tämän suvereenin päättäjän mahdollisilta perustuslain vastaisilta päätöksiltä. Saraviita toteaa (2005, 263), että viime vuosikymmenien valtiosääntökehitys näyttää osoittavan jälkimmäisen arvon olevan nyttemmin etusijalla.

23 Viljanen 2011c, 833; Lavapuro 2010, 85–145. Ks. myös Karhu 2003. Karhu puhuu perusoikeuksista supernormeina.

24 Habermas 2006, erit. 82–131. Deliberatiivisen demokratian periaate perustuu diskurssietiikalle, jonka peruslähtökohta on, että normi on pätevä, jos kaikki mahdolliset asianosaiset voisivat sen hyväksyä diskurssin osanottajina (diskurssiperiaate). Habermasin mukaan yhteiskunnan modernisaation myötä arvot, moraali ja oikeus ovat eriytyneet toisistaan, mutta tästä huolimatta demokraattiseen lainsäätämismenettelyyn kuuluvien diskurssien kautta oikeuteen kulkeutuu myös moraalisia sisältöjä, eikä oikeutta ja moraalia voida tästä johtuen erotella tiukasti toisistaan. Habermasille perus- ja ihmisoikeudet vahvistavat oikeuden hyväksyttävyyden. Ks. myös esim. Benhabib 2002.

25 Ks. kootusti Dembour 2006.

26 Ks. Dembour 2006, 155–187. Ks. myös Benhabib 2002.

27 Ks. feministisestä kritiikistä esim. Charlesworth – Chinkin – Wright 1991; Peters – Wolper (eds) 1995; Charlesworth – Chinkin 2000; Knop (ed.) 2004.

seen yhdenvertaisuuteen. Kriitikot ovat esittäneet, että tämä ei riitä. Naisten tuominen mukaan suojattujen oikeuksien piiriin ei vaikuta todellisiin tasa-arvoongelmiin, joiden taustalla ovat naisten ja miesten erilaiset elämänkaaret ja erilaiset tarpeet.[28] Naiseutta määrittää kaikkialla vahvasti äitiys, joka yhä sulkee naiset pitkiksi, tai ainakin miehiä pitemmiksi ajoiksi yksityisen elämänpiirin alueelle. Tällä on vaikutusta oikeuksien tosiasialliseen toteutumiseen myös julkisella elämänpiirillä.[29]

Kansainvälisistä järjestöistä etenkin YK on kiinnittänyt huomiota naisten asemaan. Nykyisen ihmisoikeusjärjestelmämme normipohja luotiin YK:n peruskirjan hyväksymisellä vuonna 1945. Peruskirjan yleisiä ihmisoikeusmääräyksiä täsmennettiin vuonna 1948 YK:n yleiskokouksen hyväksymällä ihmisoikeuksien yleismaailmallisella julistuksella. Asiakirjojen hyväksymistä on pidetty ihmisoikeuksien kansainvälisen sääntelyn lähtökohtana.[30] Näihin asiakirjoihin kirjattiin kansainvälisesti ensimmäisen kerran, että on olemassa perustavanlaatuisia oikeuksia, ihmisoikeuksia, jotka kuuluvat kaikille ihmisille heidän henkilökohtaisista ominaisuuksistaan riippumatta. Asiakirjoissa vahvistettiin kansainvälisesti ensimmäisen kerran myös se, että naisilla ja miehillä on yhtäläiset ihmisoikeudet ja perusvapaudet.[31] Vuonna 1979 hyväksyttiin YK:n kaikkinaisen naisten syrjinnän poistamista koskeva yleissopimus (CEDAW-sopimus), jolla oli tarkoitus puuttua naisten syrjintään laajemmin kuin aiemmilla ihmisoikeussopimuksilla. Tästä huolimatta vielä 1990-luvun suurissa ihmisoikeuskonferensseissa valtioita jouduttiin muistuttamaan siitä, että myös ”naisten oikeudet ovat ihmisoikeuksia”.[32] Vaikka ihmisoikeuksien feminististä kritiikkiä esiintyy edelleenkin, nyttemmin on pyritty myös osoittamaan, että ihmisoikeusinstrumentit ovat tulleet sukupuolisensitiivisemmiksi ottaen paremmin huomioon naisten aseman ja tosiasiallisen tasa-arvon edistämisen. Muutos näkyy muun muassa YK:n KP-sopimusta valvovan ihmisoikeuskomitean ja TSS-sopimusta valvovan TSS-komitean käytännössä.[33] Naisnäkökulman huomioon otta-

---

28 Nousiainen 2001, 232; Dembour 2006, 188–231.

29 Ajankohtaisena suomalaisena esimerkkinä voidaan mainita määräaikaiset työsuhteet, joista on 1980-luvun lopusta lähtien tullut hyvin yleinen työsuhteen muoto juuri nuorten naisten kohdalla. Heidän raskaaksi tultuaan työsopimusten ketju on ollut helppo katkaista, vaikkakaan tämä ei ole ollut lainmukaista. Voidaan myös spekuloida sillä, mikä merkitys nuorten naisten oletetulla äitiydellä on määräaikaisten työsuhteiden yleisyyteen juuri heidän kohdallaan.

30 Scheinin 2002, 15.

31 Pentikäinen 2002, 544.

32 Ks. Pekingin julistus ja toimintaohjelma, joka hyväksyttiin neljännessä naisten asemaa käsitelleessä YK:n maailmankonferenssissa Pekingissä vuonna 1995, sekä Wienin julistus ja toimintaohjelma, joka hyväksyttiin vuonna 1993 Wienissä järjestetyssä YK:n ihmisoikeuskonferenssissa. (Pentikäinen 2002.)

33 Ks. Johnstone 2006. Ks. myös ihmisoikeuskomitean yleinen kannanotto No. 28 vuodelta 2000 ja TSS-komitean yleinen kannanotto No. 16 vuodelta 2005, jotka molemmat koskevat naisten ja miesten välistä tasa-arvoa.

minen näkyy muun muassa siinä, että naisiin kohdistuva väkivalta on noussut keskeiseksi ihmisoikeuskysymykseksi.[34]

2.2 JAOTTELUJA

Perus- ja ihmisoikeuksia on jaettu erilaisiin ryhmiin monin tavoin. Luokittelulla ei Suomessa ole kuitenkaan kovin suurta oikeudellista merkitystä. Perusoikeuksien oikeusvaikutukset ja sitovuus eivät määräydy sen mukaan, mihin perusoikeusryhmään oikeus kuuluu, vaan luokittelulla on lähinnä vain kokonaisuutta jäsentävä merkitys.[35]

Perinteisesti perus- ja ihmisoikeudet on jaoteltu kahteen ryhmään, kansalais- ja poliittisiin oikeuksiin (KP-oikeudet) ja taloudellisiin, sosiaalisiin ja sivistyksellisiin oikeuksiin (TSS-oikeudet).[36] KP-oikeuksilla tarkoitetaan sellaisia oikeuksia kuin oikeus elämään, sananvapaus, kokoontumis- ja yhdistymisvapaus, uskonnonvapaus, omaisuudensuoja, yksityiselämän ja kotirauhan suoja sekä yhdenvertaisuus. TSS-oikeuksia taas ovat muun muassa oikeus työhön, perusopetukseen, sosiaali- ja terveyspalveluihin, sosiaaliturvaan sekä omaan kieleen ja kulttuuriin.[37] KP-oikeudet perustuvat liberaaliin länsimaiseen ajatteluun, jonka mukaisesti ns. klassiset vapausoikeudet turvaavat kansalaisten vapauksia ja oikeuksia julkisen vallan toimenpiteitä vastaan luomalla heille tietty toimintavapauden piiri, jota julkinen valta ei voi tavallisessa lainsäätämisjärjestyksessä rajoittaa.[38] Vapausoikeudet ovat luonteeltaan *negatiivisia* (tai *passiivisia*) oikeuksia, sillä ne rajoittavat julkisen vallan käyttöä. TSS-oikeuksia luonnehditaan sitä vastoin *positiivisiksi*, sillä niiden tehokkuus riippuu pitkälti julkisen vallan aktiivisuudesta, positiivisluonteisista toimenpiteistä, kuten siitä, miten verotuloja kohdistetaan esimerkiksi koulutukseen tai terveydenhuoltoon.[39]

Teoreettinen jaottelu positiivisiin ja negatiivisiin oikeuksiin on johtanut usein siihen päätelmään, että sosiaaliset oikeudet eivät olisi samalla tavalla sitovia kuin muut perusoikeudet.[40] Sosiaalisten oikeuksien toteutuminen on kuitenkin

---

34 Ks. tarkemmin Frostell – Scheinin 2001, 350–352.

35 Poikkeuksena voidaan pitää perusoikeuksien velvoittavuuteen liittyvää jaottelua, jossa omaksi ryhmäkseen on erotettu subjektiiviset oikeudet. Tällaisiin oikeuksiin, joihin yksilö voi vedota suoraan tuomioistuimessa tai viranomaisessa, on katsottu kuuluvan lähinnä vapausoikeudet ja oikeus välttämättömään toimeentuloon ja huolenpitoon (PL 19 § 1 mom) sekä oikeus maksuttomaan perusopetukseen (16 § 1 mom). Nämäkin oikeudet edellyttävät tosin alemmanasteista lainsäädäntöä, jolla oikeudet käytännössä toteutetaan. (Hallberg 2011a, 40.) Ks. erilaisista luokitteluista esim. Karapuu 2011, 69–75.

36 Ks. tästä jaottelusta ja sen vaikutuksista tarkemmin esim. Eide 2001; Scheinin 2001.

37 Karapuu 2011.

38 Saraviita 2005, 18, 62; Ojanen 2009, 5–6; Hallberg 2011a, 39.

39 Ojanen 2009, 6; Saraviita 2005, 63; Tuori 2011a, 711–712.

40 Sakslin 1999, 224–225; Eide 2001; Scheinin 2001.

edellytys muiden perusoikeuksien toteutumiselle. Sosiaalisten perusoikeuksien toteutuminen edellyttää vastaavasti muiden perusoikeuksien toteutumista, kuten yhdenvertaisuutta ja syrjinnän kieltoa. Nykyään onkin perusteltua korostaa perusoikeuksien yhtenäisyyttä ja niiden muodostamaa kokonaisuutta.[41] Esimerkiksi juuri sukupuolten välisen tosiasiallisen tasa-arvon toteutuminen edellyttää sekä negatiivisten että positiivisten oikeuksien toteutumista.

Vaikka jako näkyy edelleen esimerkiksi YK:n ja Euroopan neuvoston ihmisoikeusjärjestelmässä,[42] se on alkanut purkautua muun muassa CEDAW-sopimuksen ja EU:n perusoikeuskirjan myötä, joissa molemmissa on määräyksiä sekä KP- että TSS-oikeuksista. Myös Suomessa TSS-oikeudet otettiin vuoden 1995 perusoikeusuudistuksen yhteydessä osaksi perusoikeusjärjestelmää.[43] Lisäksi esimerkiksi KP-sopimusta valvovan ihmisoikeuskomitean samoin kuin Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännössä sopimusten soveltamisala on ulotettu myös TSS-oikeuksien alueelle. Erottelua negatiivisiin ja positiivisiin oikeuksiin on täydennetty myös käsityksellä, jonka mukaan valtioilla on kolmenlaisia velvoitteita suhteessa sekä KP- että TSS-oikeuksiin: ensinnäkin velvollisuus kunnioittaa (*duty to respect*), toiseksi velvollisuus suojata (*duty to protect*) ja kolmanneksi velvollisuus toteuttaa (*duty to fulfil*).[44] Kaksi viimeistä velvoitetta edellyttävät valtiolta aktiivisia toimia pelkän passiivisuusvelvoitteen lisäksi. Myös KP-oikeudet edellyttävät valtiolta aktiivisia toimenpiteitä, esimerkiksi naisiin kohdistuvan väkivallan poistamiseksi.

Jako KP- ja TSS-oikeuksiin näkyy myös sukupolvijaottelussa, jolla on pyritty kuvaamaan perusoikeusajattelun kehitysvaiheita.[45] Sukupolvijaottelussa vapausoikeudet muodostavat perusoikeuksien ensimmäisen sukupolven, jonka

---

41 Sakslin 1999, 225. Ks. erityisesti Nieminen 2005 (ko. artikkeli sisältyy myös teokseen Nieminen 2006a). Ks. myös esim. Koch 2009; Steiner – Alston – Goodman 2008.

42 YK:n KP-sopimus vs. TSS-sopimus sekä Euroopan neuvoston ihmisoikeussopimus vs. Euroopan sosiaalinen peruskirja.

43 Hidén toteaa (1999, 27), että vuoden 1995 perusoikeusuudistuksen ehkä tärkein elementti perusoikeuksien tulkintaperiaatteiden ja niiden kehityksen kannalta on ollut TSS-oikeuksien sisällyttäminen perusoikeusjärjestelmään. Tulkintatilanteen lähtökohtien muuttumista Hidén kuvailee seuraavasti: ”Jos vapausoikeuksissa on yksinkertaistaen kysymys siitä, että lainsäätäjää estetään menemästä liian pitkälle, on TSS-oikeuksissa enemmänkin kysymys lainsäätäjän pakottamisesta menemään tarpeeksi pitkälle tai pysymään tarpeeksi pitkällä.” Tämä tuo konkreettisiin tulkintatilanteisiin uudenlaisia argumentteja, kuten julkisten varojen riittävyys, tarveharkinnan mahdollisuus tai tuen korvautuminen jollakin toisella tukijärjestelyllä. Nämä ovat tulkinta-argumentteja ja kysymyksenasetteluja, joilla ei ole vastineita vapausoikeuksia koskevassa tulkinnassa. Hidénin mukaan ei voi sulkea pois sellaista mahdollisuutta, että näillä TSS-oikeuksia koskevilla tulkinta-argumenteilla tulee vähitellen olemaan merkitystä myös vapausoikeuksia tulkittaessa. Tähän viittaisi sekin, että perusoikeusuudistuksessa kaikki perusoikeudet haluttiin nähdä yhtenäisenä kokonaisuutena.

44 Eide 2001, 22–28; Fredman 2008b; Nieminen 2005; Scheinin 2009, 27. Tämä jaottelu näkyy myös ihmisoikeuksien valvontaelinten käytännössä, ks. esim. TSS-komitean yleinen kannanotto No. 16 (2005), joka koskee miesten ja naisten yhtäläisiä oikeuksia.

45 Hallberg 2011a, 39; Karapuu 2011, 73–74; Saraviita 2005, 62–65.

lähtökohta on 1700-luvun lopun Ranskassa ja Pohjois-Amerikassa. Yhdenvertaisuusperiaate kuuluu tähän perusoikeuksien ensimmäiseen sukupolveen. Toisen maailmansodan jälkeen kehittyneet TSS-oikeudet kuuluvat toiseen sukupolveen, ja kolmantena sukupolvena pidetään yleensä ns. kollektiivisia oikeuksia, jolloin oikeuksien subjekteina tai oikeussuojan kohteena eivät ole yksilöt vaan kansa tai ihmisryhmä.[46]

2.3 IHMISOIKEUSSOPIMUSTEN ASEMA SUOMEN OIKEUDESSA

Kansainvälisen oikeuden ja kansallisen oikeuden välistä suhdetta määrittää kaksi peruslähtökohtaa.[47] Valtio on ensinnäkin *pacta sunt servanda* -periaatteen (”sopimukset on pidettävä”) mukaisesti velvollinen huolehtimaan kansainvälisoikeudellisten velvoitteiden toteutumisesta. Ihmisoikeuksien kohdalla valtion velvoitteet on ryhmitelty usein velvollisuuksiksi *kunnioittaa, suojella* ja *toteuttaa* ihmisoikeuksia (*duties to respect, protect and fulfil*). Kunnioittamisvelvoite edellyttää, että valtio ei mielivaltaisesti puutu ihmisoikeuksien turvaamaan vapauspiiriin, suojeluvelvoite edellyttää valtiolta toimia myös yksityisten tahojen ihmisoikeusloukkausten estämiseksi, ja toteuttamisvelvoite edellyttää valtiolta aktiivisia täytäntöönpanotoimia ihmisoikeuksien toteuttamiseksi.[48] Toinen lähtökohta on, etteivät kansainväliset sopimukset yleensä määrää omasta vaikutustavastaan valtionsisäisen oikeusjärjestyksen sisällä vaan jättävät sen kunkin sopimusvaltion itsensä ratkaistavaksi. Kansainvälisen oikeuden valtionsisäisessä voimaansaattamisessa valtiot ovatkin omaksuneet toisistaan poikkeavia ratkaisuja.

Yleensä valtioiden valtiosääntöisiä ratkaisuja kansainvälisen oikeuden ja valtionsisäisen oikeuden väliseen suhteeseen on kuvattu dualismin ja monismin käsitteiden kautta. Dualismissa kansainvälinen ja kansallinen oikeus ymmärretään erillisiksi oikeusjärjestyksiksi, eikä kansainvälisen sopimuksen ratifiointi vielä riitä sopimuksen valtionsisäisen voimassaolon edellytykseksi. Sopimuksen hyväksymisen lisäksi tarvitaan erillinen voimaansaattamissäädös, jolla sopimus saatetaan osaksi kansallista oikeusjärjestystä. Monistisen ajattelun mu-

---

46 Tällaisia oikeuksia ovat muun muassa kansojen itsemääräämisoikeus, oikeus rauhan säilymiseen, ja köyhimpien maiden oikeus kehitykseen. Kollektiivisia oikeuksia ovat myös erilaiset vähemmistöoikeudet kuten Suomen perustuslain säännökset saamelaisten ja muiden ryhmien kulttuurisista oikeuksista (PL 17 § 3 momentti). (Hallberg 2011a, 39; Karapuu 2011, 73–74.) Kolmannen sukupolven perusoikeuksilla tarkoitetaan toisaalta myös lääketieteen ja biologian teknisen kehityksen tuottamia perusoikeusuhkia (Saraviita 2005, 64). Joskus erotetaan vielä oikeuksien neljänneksi sukupolveksi luontoa koskevat oikeudet, kuten kestävän kehityksen periaate tai eläinten oikeudet (PL 20 §) (Karapuu 2011, 73–74; Saraviita 2005, 65).

47 Ks. Scheinin 1991, 21–23 ja Ojanen 2010, 53–54.

48 Pentikäinen 2012.

kaan kansainväliset sopimukset ovat osa valtionsisäistä oikeutta ilman erillisiä lainsäädäntötoimia. Tähän riittää jo valtion kansainvälisoikeudellinen sitoutuminen eli sopimuksen hyväksyminen (ratifiointi). Suomessa valtiosäännön perusratkaisua on pidetty periaatteessa dualistisena, koska Suomen perustuslaissa erotetaan kansainvälisen velvoitteen hyväksyminen (PL 94 §) ja sen voimaansaattaminen osaksi Suomen oikeusjärjestystä (PL 95 §). Suomi ei kuitenkaan ole puhtaasti dualistinen valtio. Suomessa on nimittäin yleistä siirtää kansainväliset sopimukset osaksi oikeusjärjestystämme esimerkiksi inkorporaationa, jolloin säädetään ns. blankettilaki tai -asetus, jonka sisältönä on vain säännös siitä, että sopimuksen määräykset ovat voimassa Suomessa. Koska inkorporaatio on Suomessa niin yleinen, mallia on kutsuttu myös ”de facto monismiksi”.[49]

Perusoikeusuudistuksen tavoitteisiin kuului kansainvälisten ihmisoikeussopimusten valtionsisäisen aseman vahvistaminen. Lisäksi korostettiin kansainvälisten ihmisoikeuksien ja kansallisten perusoikeussäännösten tulkinnallista yhteensovittamista.[50] Tällöin kahden suojajärjestelmän erillisyyttä korostavasta näkemyksestä irtauduttiin lopullisesti, ja kansallinen perusoikeussuoja ja kansainvälisten ihmisoikeussopimusten tarjoama suoja integroitiin toisiinsa.[51] Tämä tarkoittaa yhdenvertaisuusperiaatteen ja syrjinnän kiellon osalta sitä, että PL 6 §:ää tulee tulkita sopusoinnussa ihmisoikeussopimusten vastaavien määräysten kanssa.

2.4 PERUSOIKEUKSIEN OIKEUDELLINEN MERKITYS SUOMESSA – SUPPEA JA LAAJA PERUSOIKEUSNÄKEMYS

Karapuu on jakanut kokonaiskäsitykset perusoikeuksien oikeudellisesta merkityksestä suppeaan ja laajaan perusoikeusnäkemykseen.[52] Suppean perusoikeusnäkemyksen mukaan oikeudet velvoittavat vain valtiota, ja sitäkin vain passiivisuuteen, eli olemaan loukkaamatta perusoikeuksia (vastaa ihmisoikeuskontekstissa muotoiltua kunnioittamisvelvollisuutta, *duty to respect*). Laajan perusoikeusnäkemyksen mukaan julkisen vallan velvollisuus on aktiivisin toimin suojata (*duty to protect*) ja edistää perus- ja ihmisoikeuksia (*duty to fulfil*). Karapuu toteaa, että laajan perusoikeusnäkemyksen mukaan oikeudellisen tasa-arvon lisäksi on tärkeää turvata myös tosiasiallinen tasa-arvo.[53]

---

49 Ojanen – Scheinin 2011, 179–184; Ojanen 2010, 54; Scheinin 2002, 2; Scheinin 1991; 16–21. Ks. kansainvälisten sopimusten erilaisista voimaansaattamistavoista esim. Scheinin 1991, 18–21.

50 Ks. KM 1992:3, 2 ja 11; HE 309/1993, 8–9.

51 Ojanen – Scheinin 2011, 184–185.

52 Karapuu 2011, 75–76.

53 Karapuu 2011, 75.

Karapuun mukaan ainakin 1970-luvulle asti Suomessa vallitsi suppea perusoikeusnäkemys. Valtion velvollisuudeksi ei katsottu perusoikeuksien aktiivista suojaamista tai edistämistä. Valtion tuli pysytellä passiivisena ja pidättäytyä loukkaamasta perusoikeuksia.[54]

Vuoden 1919 hallitusmuodon (94/1919) perusoikeussäännöstön ajateltiin alun perin kohdistuvan ensi sijassa hallintoviranomaisiin, ei niinkään lainsäätäjään.[55] Alkuperäisestä tarkoituksesta huolimatta perusoikeudet saivat pääasiallisen merkityksensä juuri lainsäädäntövallan rajoittimina, ja tuomioistuimet suhtautuivat hyvin pidättyvästi perusoikeussäännösten käyttämiseen päätösten perusteluissa vuoden 1995 perusoikeusuudistukseen saakka.[56] Näkemys pohjautui vuoden 1919 hallitusmuodon 92 §:ään, jonka 1 momentin mukaan ”kaikessa virkatoiminnassa on laillisen seuraamuksen uhalla tarkoin lakia noudatettava”. Saman pykälän 2 momentin mukaan ”jos asetuksessa oleva säännös on ristiriidassa perustuslain tai muun lain kanssa, älköön tuomari tai muu virkamies sitä sovelluttako”.[57] Säännöksen katsottiin kieltävän lain perustuslainmukaisuuden tutkimisen, joten 1 momentissa tarkoitettu vaatimus lain tarkasta soveltamisesta tulkittiin nimenomaan velvollisuudeksi noudattaa tavallista lakia myös silloin, kun se oli ristiriidassa perusoikeussäännöksen kanssa.[58] Poikkeuksena voidaan pitää yhdenvertaisuutta koskevaa säännöstä (HM 5 §), jonka katsottiin koskevan vain viranomaistoimintaa etenkin harkintavallan rajoitusperiaatteena.[59] Muiden perusoikeussäännösten katsottiin kohdistuvan lainsäätäjään ja määräävän minkälaisia lakeja saa säätää. Perustuslain noudattamisen valvonnan katsottiin toteutuvan ensisijaisesti siten, että lainsäätäjä itse valvoi säädettävien lakien perustuslainmukaisuutta. Käsitys perusoikeusnormien sovellettavuudesta myös viranomaistoiminnassa alkoi yleistyä 1960-luvun lopulta al-

---

54 Karapuu 2011, 76. Perusoikeuksien standardimääritelmänä pidettiin Veli Merikosken 1930-luvulla esittämää määritelmää (1932, 89): ”Perusoikeudet ovat erikoisen pysyväisyyden omaavia julkisoikeudellisia normeja, joiden avulla valtio itse itseään eräissä suhteissa rajoittaen luo valtansa alaiselle yksilölle valtion toiminnoista riippumattomaksi jäävän vapauspiirin”.

55 KM 1992:3, 12. Jyrängin mukaan (2000, 17) ei ole varmaa, että hallitusmuodon valmistelu- ja säätämisvaiheessa vuosina 1917–1919 uuden hallitusmuodon perusoikeussäännöksiä olisi yleisesti ajateltu lainsäätäjää sitoviksi (lukuun ottamatta varallisuusoikeuksien perustuslainturvaa). Valtio ymmärrettiin hegeliläis-snellmanilaisen tradition mukaisesti pikemminkin yksilönvapauden toteuttamispiiriksi eikä niinkään sen uhaksi. Ks. myös Jyränki 2003, 462–465.

56 Saraviita 2005, 94; Ojanen 2010b.

57 Lakia alemmanasteisten säädösten jälkivalvonnasta säädettiin siis jo vuoden 1919 hallitusmuodossa. Hallberg toteaa (2011b, 865), että tätä Hallitusmuodon 92 §:n lainalaisuusperiaatteeseen liitettyä säädöskontrollia on tuomioistuimissa sovellettu asetusten ohella kaikkiin alempiin säädöstyyppeihin.

58 Saraviidan mukaan (1999, 37) säännökselle ja sen saamalle tulkinnalle on historialliset syynsä. Korkeimman oikeuden edeltäjä, senaatin oikeusosasto, epäonnistui autonomisen Suomen perustuslaillisen järjestelmän suojaamisessa venäläistämispyrkimyksiltä. Sortokausien tapahtumilla oli vaikutusta vuoden 1919 hallitusmuotoon, eikä korkeimmalle oikeudelle annettu valtaa tutkia lakien perustuslainmukaisuutta.

59 Hidén 1999, 17; Eriksson 1996; Hallberg 2011b, 853–854; Nieminen 1990.

kaen, ensin oikeusasiamiehen ja oikeuskanslerin toiminnassa ja sitten myös ylimmissä tuomioistuimissa.[60]

Lainsäädäntövallan käytössä perusoikeussäännöksien merkitystä vähensivät moniin perusoikeuksiin liitetyt lakivaraukset sekä poikkeuslakijärjestelmä.[61] Ainakin 1970-luvulle asti perusoikeudet vaikuttivat vain perusoikeutta rajoittavan lain säätämisjärjestykseen. Varsinkin 1980-luvulta lähtien perustuslakivaliokunnan lausunnoissa alettiin kuitenkin soveltaa laajempaa perusoikeusnäkemystä.[62] Perustuslakivaliokunnan on katsottu viime vuosina ottaneen entistä näkyvämmin huomioon perusoikeuksien aineellisen suojan.[63]

Vuoden 1999 perustuslakiuudistuksessa siirryttiin poikkeuslakimenettelyn rajoittamisen suuntaan, kun PL 73 §:ään lisättiin *rajatun poikkeuksen* käsite. Lähtökohdaksi omaksuttiin ns. poikkeuslakien välttämisen periaate, jonka mukaan uusien puhtaasti kansallisten perustuslaista poikkeavien lakien säätämistä tulee välttää, ja poikkeuslakimenettelyyn tulee turvautua vain erityisen poikkeuksellisissa tapauksissa ja pakottavista syistä.[64] Poikkeuslait ovatkin vähentyneet huomattavasti aiemmasta. Perustuslakivaliokunta on keskittynyt muotoilemaan säännökset siten, ettei pykälämuutosten jälkeen ristiriitaa perusoikeussäännöksen ja lakiehdotuksen välillä enää olisi. Poikkeuslakimenettelyn käyttämistä puhtaasti kansallisista syistä on esitetty 2000-luvulla vain muutaman lainsäädäntöhankkeen yhteydessä.[65]

Perusoikeusuudistuksessa omaksuttiin laaja perusoikeusnäkemys.[66] Yksi uudistuksen lähtökohdista oli perusoikeussäännösten välitön soveltaminen hallinnossa ja tuomioistuimissa.[67] Valtion katsottiin olevan velvollinen myös aktiivisiin toimiin perusoikeuksien toteuttamiseksi. Tämä näkyy paitsi yksittäisissä säännöksissä, etenkin PL 22 §:ssä, jonka mukaan ”julkisen vallan on turvattava

---

60 Hidén 1999, 17. Ks. perusoikeuksien soveltamisesta tuomioistuimissa esim. Hallberg 2011b, 851–873; Ojanen 2010b; Ojanen 2009.

61 Saraviita 2005, 186. Saraviita toteaa, että Venäjän vallan kaudelta peräisin oleva mahdollisuus säätää perustuslain säätämisjärjestyksessä poikkeuksia perustuslaista on Suomen valtiosäännön leimallisimpia erityispiirteitä.

62 Karapuu 2011, 76–79; Viljanen 2011c, 836.

63 Viljanen 2011, 836; Karapuu 2011, 80; Saraviita 2005, 189.

64 PeVM 10/1998, 22–23. Perusoikeuskomitea (KM 1992:3, 144) katsoi, että toisaalta poikkeuslakijärjestelmä lisää valtiosäännön joustavuutta, mikä on mahdollistanut valtiosäännön sopeuttamisen muuttuviin olosuhteisiin. Toisaalta se vinouttaa perusoikeusjärjestelmää. Vaikka komitea ehdotti järjestelmästä luopumista, se säilyi perustuslaissa.

65 Tuori – Lavapuro 2011, 811; Saraviita 2005, 189. Ks. esim. PeVL 57/2002 (valmiuslakiesitys), 59/2001 (nuorisorangaistuksen kokeilemisesta annettu lakiesitys).

66 Karapuu 2011. Liisa Nieminen tuo esiin (2009, 21), että keskeiset perusoikeuksien suojaa koskevat periaatteet vahvistettiin tosin jo vuonna 1982 oikeusministeriön asettaman perusoikeustyöryhmän muistiossa. Niemisen mukaan työryhmän muistio oli suomalaisen perusoikeusdoktriinin kannalta erittäin tärkeä käännekohta, jolla luotiin pohjaa vasta seuraavalla vuosikymmenellä toteutuneelle perusoikeusuudistukselle. Ks. Sipponen – Hidén – Karapuu – Kivivuori – Törnudd 1982. Ks. myös Jyränki 2003, 466–469.

67 HE 309/93, 28–29; PeVM 25/94, 3.

perusoikeuksien ja ihmisoikeuksien toteutuminen". Poikkeuslakien käytön rajoittamisen lisäksi myös lakivarauksia täsmennettiin tai niistä luovuttiin. Perusoikeussuoja ulotettiin kaikkiin Suomen oikeudenkäyttöpiirissä oleviin ihmisiin kansalaisuudesta riippumatta. Oikeuksien piiriä laajennettiin uusilla TSS-oikeuksilla. Myös vapausoikeuksien ja tasa-arvoa koskevien oikeuksien suojaa laajennettiin muun muassa lisäämällä yhdenvertaisuussäännökseen syrjinnän kielto. Lakien perustuslainmukaisuuden valvonnan osalta merkittävä uudistus oli PL 106 §, jonka mukaan tuomioistuimen on annettava etusija perustuslain säännökselle, jos lain säännöksen soveltaminen olisi käsiteltävässä asiassa ilmeisessä ristiriidassa perustuslain kanssa.[68]

Siirtymisen suppeasta perusoikeusnäkemyksestä kohti laajempaa perusoikeusnäkemystä tulisi näkyä myös yhdenvertaisuusperiaatetta ja syrjinnän kieltoja sovellettaessa. Tuomioistuinten tulisi aktiivisesti varmistua siitä, että syrjinnän kieltoja sovelletaan perus- ja ihmisoikeusvelvoitteiden mukaisesti.

2.5 KEITÄ PERUS- JA IHMISOIKEUDET VELVOITTAVAT?

Perusoikeudet velvoittavat ennen kaikkea julkista valtaa.[69] Tämä todetaan paitsi monessa yksittäisessä perusoikeussäännöksessä, myös erityisesti PL 22 §:ssä, jossa perus- ja ihmisoikeuksien toteutumisen turvaaminen on asetettu nimenomaan julkisen vallan tehtäväksi. Julkinen valta tarkoittaa eri julkisoikeudellisia yhteisöjä, ensi sijassa valtiota, mutta myös esimerkiksi kuntia, evankelis-luterilaista kirkkoa ja välillisen julkishallinnon yksiköitä, kuten itsenäisiä julkisoikeudellisia laitoksia, julkisoikeudellisia yhdistyksiä, valtioenemmistöisiä yhtiöitä tai kokonaan yksityisoikeudellisia yhteisöjä näiden käyttäessä julkista valtaa.[70] Lähtökohtana on toisin sanoen se, ettei yksilön perusoikeuksien kannalta ole merkitystä, miten julkisen vallan käyttö on järjestetty.[71] Valtiolla on erityinen vastuu perusoikeuksien toteuttamisessa, eikä se voi vapautua vastuustaan siirtämällä tehtäviä esimerkiksi kunnille. Jos kunnat eivät pysty suoriutumaan niille uskotusta tehtävistä, valtiolla on vastuu perusoikeuksien toteutumisesta.[72]

Perusoikeuksien *vertikaalivaikutuksella* tarkoitetaan sitä, että perusoikeudet vaikuttavat yksilön ja julkisen vallan välisessä suhteessa. Perusoikeuksien vaikutukset eivät kuitenkaan koske vain julkisen vallan ja yksilön välistä vertikaalisuhdetta. Perusoikeudet voivat vaikuttaa myös yksityisten välisessä horison-

---

68 Karapuu 2011, 80; Jyränki 2003, 466–469.
69 Viljanen 2011a, 116–119.
70 Viljanen 2011a, 116–119; Jyränki 2000, 275.
71 HE 309/1993, 26.
72 HE 309/1993, 26; PeVM 25/1994, 3. Ks. myös Hidén 1999, 20.

taalisuhteessa. Tällöin puhutaan perusoikeuksien *horisontaalivaikutuksesta* (*Drittwirkung*[73]). Vaikutus voi olla välitöntä tai välillistä. *Välitön horisontaalivaikutus* tarkoittaa sitä, että yksilö voi vedota tuomioistuimessa toista yksilöä vastaan suoraan perusoikeuksiinsa. Perusoikeussäännökset velvoittavat tällöin välittömästi yksityisiä oikeussubjekteja heidän keskinäisissä suhteissaan, jolloin säännös on suoraan sovellettavissa myös yksityisten välisissä suhteissa muun muassa tuomioperusteena. Perusoikeuksien horisontaalivaikutus on *välillinen* silloin, kun yksityisten välisiä suhteita sääntelevät perustuslakia alemmanasteiset normit saavat sisältönsä perusoikeuksista. Lainsäädännön ja lainkäytön tehtävänä on tällöin huolehtia siitä, että perusoikeudet soveltuvat myös yksityisten välillä.[74]

Ennen perusoikeusuudistusta perusoikeuksien katsottiin antavan suojaa vain julkisen vallan toimintoja vastaan. Esimerkiksi pahoinpidelty ei voinut vedota henkilökohtaista koskemattomuutta koskevaan perusoikeusnormiin. Hidénin mukaan tämä vastaa oleellisilta osin myös perusoikeusuudistuksen jälkeistä aikaa.[75] Komiteavalmistelussa asia sai jonkin verran huomiota.[76] Komitea viittasi perusoikeuksien horisontaalisesta vaikutuksesta käytyyn keskusteluun ja eräisiin kansainvälisiin esimerkkeihin ja totesi, että useat säännökset olivat suoraan sovellettavissa yksityisten välisissä suhteissa. Perusoikeuskomitean mietinnössä korostetaan syrjintäkiellon horisontaalivaikutuksen merkitystä etenkin työelämässä ja palkkauksessa.[77] Hallituksen esityksessä todettiin vain, että ”[k]äytännössä perusoikeuksien vaikutus välittyy yleensä perusoikeuksia konkretisoivan tavallisen lainsäädännön välityksellä, joskin eräillä perusoikeuksilla voi olla välittömämpiäkin sovellutuksia yksityisten välillä.”[78] Perustuslakivaliokunta ei mietinnössään ottanut tähän asiaan kantaa.[79] Karapuun mukaan uudistusten jälkeenkin on jäänyt avoimeksi, mikä on perusoikeuksien vaikutus yksilöiden välisiin suhteisiin.[80]

Bruunin mukaan yksi tärkeimmistä kysymyksistä työelämän perusoikeuksista keskusteltaessa on se, onko perusoikeuksilla myös horisontaalista vaikutusta.[81] Voiko työntekijä toisin sanoen vedota suoraan perustuslain perusoikeussäännöksiin ja vaatia vahvistettavaksi, että hänellä on tietyt perusoikeudet myös työpaikalla. Bruun toteaa, että perusoikeusuudistus, EU sekä Euroopan ihmisoikeussopimukseen liittyminen ovat muuttaneet ratkaisevasti suhtautumista pe-

---

73 Saksalaisesta vaikutuksesta ks. Tuori 2003. Horisontaalivaikutuksesta ks. myös esim. Hidén 1999, 21–22; Viljanen 2011a, 134–136; HE 309/1993, 29.
74 Saraviita 2005, 174–182; Viljanen 2011a, 134–136.
75 Hiden 1999, 21.
76 KM 1992:3, 129–132.
77 KM 1992:3, III.3.5.
78 HE 309/1993, 29.
79 Ks. Hidén 1999, 21.
80 Karapuu 2011, 80.
81 Bruun 1999, 268.

rusoikeuksien *Drittwirkung*-vaikutukseen. EU-oikeuden osalta samapalkkaisuus onkin hyvä esimerkki perusoikeudesta, jolle on tunnustettu horisontaalinen vaikutus.[82]

2.6 MIKSI PERUSOIKEUDET VOIVAT ANTAA TEHOKKAAMPAA SUOJAA KUIN IHMISOIKEUDET?

Perus- ja ihmisoikeudet eroavat siis muodollisesti siten, että perusoikeudet vahvistetaan kansallisessa valtiosäännössä ja ihmisoikeudet kansainvälisissä sopimuksissa. Niillä on kuitenkin läheisiä liittymäkohtia ja ne ovat vuorovaikutuksessa keskenään, sillä sisällöllisesti kyse on pitkälti samoista, perustavaa laatua olevista oikeuksista. Perusoikeusuudistuksessa luotu kytkentä eri järjestelmien välillä lähentää perus- ja ihmisoikeusjärjestelmiä toisiinsa, jolloin ihmisoikeusnormit ja niiden saamat tulkinnat vaikuttavat myös perusoikeuksien tulkintaan Suomessa.[83] Eri järjestelmillä voi kuitenkin olla myös sisällöllisiä eroja. Kuten Hidén huomauttaa, eri järjestelmät voivat turvata samoja oikeuksia eri tavalla.[84] Tällöin on kiinnitettävä huomiota siihen, että perus- ja ihmisoikeuksien liittymäkohdista huolimatta perusoikeudet saattavat antaa tehokkaampaa suojaa.[85]

Kuten Ojanen ja Scheinin ovat esittäneet,[86] tämä perustuu ensinnäkin siihen, että ihmisoikeudet asettavat vain perusoikeussuojan *minimitason*. Kotimainen perusoikeussäännös voi antaa parempaa suojaa kuin esimerkiksi Euroopan ihmisoikeussopimuksen vastaava määräys. Tämä voi käytännössä tarkoittaa esimerkiksi sitä, että kaikkia Euroopan ihmisoikeussopimuksen sallimia rajoitusperusteita ei välttämättä ole pidettävä perusoikeuksien hyväksyttävinä rajoitusperusteina. Tietyn oikeuden soveltamisalaa voidaan myös tulkita laajemmin kuin mitä Euroopan ihmisoikeustuomioistuin on oikeuskäytännössään tehnyt.[87] Syrjinnän kiellon osalta tämä tarkoittaa sitä, että erilaisen kohtelun oikeuttamisperusteet voivat olla tiukempia perusoikeusjärjestelmässä tai vertailtavuutta voidaan arvioida eri tavalla.

Ojasen ja Scheininin mukaan ajatus ihmisoikeuksista suojan vähimmäistasona ei ole Suomessa toteutunut tuomioistuinten ja muiden viranomaisten käytännössä. Ensinnäkin jo pääseminen tuolle minimitasolle on tiettyjen oikeuksien osalta osoittautunut ongelmalliseksi, mikä näkyy Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen oikeudenmukaista oikeudenkäyntiä, yksityis- ja perhe-elämän

82 Bruun 1999, 268.
83 Hallberg 2011a, 35; Hidén 1999, 26; Saraviita 2005, 43.
84 Hidén 1999, 26.
85 Ojanen – Scheinin 2011a, 191–194. Ks. myös Ojanen 2009a, 48–52.
86 Ojanen – Scheinin 2011a. Ks. myös Lavapuro 2010, 169–175.
87 Ojanen – Scheinin 2011a, 192.

suojaa ja sananvapautta koskevissa tuomioissa. Toisaalta tuomioistuinten on katsottu tyytyvän usein vain ihmisoikeuksien määrittämään minimitasoon – ne eivät ole pyrkineetkään tulkitsemaan oikeuksia siten, että perus- ja ihmisoikeussuoja toteutuisi parhaalla mahdollisella tavalla.[88] Ojanen ja Scheinin muistuttavat, että suomalainen tuomioistuin voi myös itsenäisesti tulkita ihmisoikeussopimusta, jos asiasta ei ole kansainvälistä oikeuskäytäntöä.[89]

Toiseksi, perusoikeuksilla on perustuslain säännöksinä säädöshierarkiaan liittyvä vahva asema ja korotettu lainvoima. Perustuslain 106 §:n mukaan tuomioistuimen on annettava etusija perustuslain säännökselle, jos tavallisen lain soveltaminen johtaisi ilmeiseen ristiriitaan perustuslain (esimerkiksi tietyn perusoikeuden) kanssa.[90]

Kolmanneksi, perusoikeudet saattavat sisältää pidemmälle meneviä säännöksiä sellaisista asioista, joista on kansainvälisellä tasolla puuttunut riittävä yhteisymmärrys. Tällaisia oikeuksia ovat muun muassa oikeus maksuttomaan perusopetukseen (PL 16.1 §) ja oikeus välttämättömään toimeentuloon ja huolenpitoon (PL 19.1 §), jotka on turvattu suoraan sovellettavina, ns. subjektiivisina oikeuksina.[91]

Neljänneksi, perusoikeussäännöksiin liittyy lailla säätämisen vaatimus, ja niitä voidaan rajoittaa vain eduskunnan säätämällä lailla. Ihmisoikeussopimukset eivät edellytä mitään kansallisen säädöshierarkian tasoa ihmisoikeuksien rajoituksilta.[92]

Viidenneksi, perusoikeuksiin ei liity valtion harkintamarginaalia. Sen sijaan esimerkiksi Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen soveltama oppi valtion harkintamarginaalista antaa kansallisille viranomaisille asiasta riippuen tietyn harkintavallan ihmisoikeuksien sisältöä ja niiden rajoituksia arvioitaessa. Kansallisella tasolla opille ei ole vastinetta, eli tuomioistuimet eivät voi jättää hallinnollisille viranomaisille harkintamarginaalia perusoikeussäännösten soveltamisessa.[93]

Kuudenneksi, Euroopan ihmisoikeussopimuksen 53 artiklassa kielletään sopimuksen käyttäminen perusteena rajoittaa kansallisesti tai kansainvälisesti muutoin turvattuja ihmisoikeuksia ja perusvapauksia. Suojajärjestelmät tuleekin nähdä siten, että ne täydentävät toisiaan vahvimmilla alueillaan.[94] Tämä tulisi ottaa huomioon myös syrjinnän kieltoa sovellettaessa.

---

88 Ojanen – Scheinin 2011a, 192. Ks. myös Lavapuro 2010, 169–175 ja Ojanen 2005. Lavapuro (s. 171) viittaa tapauksiin KHO 2009:22 ja KHO 2003:75 tyypillisinä esimerkkeinä valtiosääntöoikeudellisesta minimalismista. Aktiivisesta perus- ja ihmisoikeusargumentaatiosta taas oli kyse tapauksissa KKO 2008:93 ja KHO 2005:50 (Lavapuro 2010, 173).

89 Ojanen – Scheinin 2011a, 192.

90 Ojanen – Scheinin 2011, 193.

91 Ojanen – Scheinin 2011, 193.

92 Ojanen – Scheinin 2011, 193–194.

93 Ojanen – Scheinin 2011, 194; Viljanen 2001, 288–290.

94 Ojanen – Scheinin 2011, 194.

2.7 JAKO SÄÄNTÖIHIN JA PERIAATTEISIIN

Suomalaisessa oikeustieteellisessä tutkimuksessa on ollut paljon esillä Ronald Dworkinilta ja Robert Alexylta peräisin oleva oikeusnormien erottelu sääntöihin ja periaatteisiin.[95] Alexyn mukaan jokainen oikeusnormi on joko sääntö tai periaate. Säännöille on ominaista joko–tai-luonne: niitä voidaan aina joko soveltaa tai jättää soveltamatta. Periaatteet taas ovat hänen mukaansa optimointikäskyjä, joiden mukaan jokin oikeushyvä on toteutettava niin täysimääräisesti kuin se on oikeudellisesti ja tosiasiallisesti mahdollista.[96] Muut oikeusnormit – säännöt tai periaatteet – rajoittavat tuota oikeudellisesti mahdollisen aluetta. Sääntöjen ja periaatteiden välinen ero tulee parhaiten esille normiristiriidoissa. Periaatekollisiossa etusija on annettava sille periaatteelle, jonka paino on tapauksen olosuhteissa suurempi. Väistyväkään periaate ei kuitenkaan menetä voimassaoloaan. Sääntökonflikteissa taas on ratkaistava, kumpi säännöistä on voimassa. Tällöin toinen säännöistä on katsottava pätemättömäksi tai osoitettava toinen sääntö poikkeukseksi toisesta.[97] Sääntöjen ristiriita ratkaistaan rajoittamalla säännön soveltamisalaa siten, että vain toinen soveltuu yksittäisessä tapauksessa. Sääntökonfliktit ratkaistaan usein muodollisin perustein (esim. *lex specialis*), periaatekollisiot taas aineellisten argumenttien perusteella.[98]

Myös Dworkin mukaan oikeussääntöä joko sovelletaan tai ei sovelleta (”rules are applicable in an all-or-nothing fashion”),[99] kun taas periaatteen sovellettavuutta määrittää sen painavuus tai tärkeys.[100] Sääntökonfliktissa vain toinen voi olla voimassa, periaatekollisiossa taas on punnittava periaatteiden painoarvoa.[101] Dworkin tekee erottelun myös periaatteisiin ja politiikkoihin (principles and policies). Politiikaksi hän kutsuu tavoitetta, jolla pyritään parantamaan yhteiskunnallista, taloudellista, poliittista tai sosiaalista tilannetta. Periaatteen toteutumiseen taas tulisi pyrkiä siksi, että ”it is a requirement of justice or fairness or some other dimension of morality”.[102] Politiikat liittyvät siis kollektiivisiin tavoitteisiin, periaatteet ovat sidoksissa moraaliin. Periaatteet kuvaavat oikeuksia, politiikat tavoitteita.[103] Dworkinin pääteesi onkin, että ns. kiperissä tapauksissa, joissa oikeussäännöt puuttuvat, ratkaisu on tehtävä yksilöllisiä oikeuksia perustelevien, moraaliin sidonnaisten periaatteiden eikä kollektiivisia tavoitteita tarkoittavien politiikkojen perusteella.[104]

---

95 Ks. esim. Scheinin 1991 ja Lavapuro 2010.
96 Alexy 1986, 75.
97 Tuori 1990, 4.
98 Scheinin 1991, 31.
99 Dworkin 1978, 24.
100 Dworkin 1978, 26.
101 Dworkin 1978, 26–27.
102 Dworkin 1978, 22.
103 Tuori 1990, 5; Dworkin 1978, 90.
104 Tuori 1990, 5; Dworkin 1978, 81 ss.

Scheinin esitti väitöskirjassaan, että perus- ja ihmisoikeudet ilmaisevat sekä periaatteen että säännön luonteisia normeja. Hänen mukaansa sama perusoikeussäännös tai ihmisoikeusmääräys voi sisältää sekä säännön että periaatteen. Esimerkiksi kidutuksen kiellosta seuraa sekä sääntöjä (”Jokainen kidutukseksi luonnehdittava teko on kielletty”) että periaatteita (”Silloinkin kun fyysisen kivun tuottaminen lääketieteellisen kokeen tai toimenpiteen osana ei ole säännöllä kiellettyä ja se on faktuaalisesti välttämätöntä, se on rajoitettava mahdollisimman vähäiseksi”).[105] Jaottelu sääntöihin ja periaatteisiin koskee siis konkreettisia, yksittäisissä ratkaisutilanteissa sovellettavia oikeusnormeja, ei abstrakteja oikeusnormeja eikä niiden kielellistä ilmaisua säädöstekstissä.[106] Scheininin mukaan jaottelu onkin tarpeen sen osoittamiseksi, että perus- ja ihmisoikeusnormeilla on monenlaisia oikeudellisia vaikutustapoja.[107] Scheininin mukaan perus- tai ihmisoikeusnormilla on sääntövaikutus, kun perusoikeussäännös tai ihmisoikeusmääräys vaikuttaa joko–tai-luonteiseen ratkaisuun.[108] Tällainen tilanne voi olla esimerkiksi silloin, kun tuomioistuin antaa PL 106 §:n perusteella etusijan perustuslain säännökselle. Periaatevaikutuksesta taas on kyse silloin, kun perusoikeussäännös tai ihmisoikeusmääräys vaikuttaa punninnan luonteisessa ratkaisutilanteessa. Tällainen tilanne voi olla esimerkiksi perusoikeuksien kollisiotilanteissa, joissa eri perusoikeuksien painoarvoa punnitaan.[109]

Yhdenvertaisuus ja syrjinnän kielto voidaan perustellusti nähdä sekä sääntönä että periaatteena. Yhtäältä syrjinnän kielto on ehdoton sääntö, josta ei edes hätätilan aikana voi poiketa.[110] Toisaalta on myös tilanteita, joissa yhdenvertaisuusperiaatetta ja syrjinnän kieltoa on punnittava muiden periaatteiden, kuten uskonnonvapauden kanssa.[111] Tällöin korostuu yhdenvertaisuuden ja syrjinnän kiellon periaatevaikutus. Kolmanneksi sukupuolten tasa-arvo on dworkinilaisittain myös politiikka (*policy*), kollektiivinen tavoite, jolla pyritään muuttamaan yhteiskunnallista tilannetta. Yhdenvertaisuus ja tasa-arvo kuuluvat siis sekä oikeuden että politiikan käsitteistöön, eikä aina ole helppoa määritellä sitä, mil-

---

105 Scheinin 1991, 32. Vrt. Lavapuro 2010, 251. Lavapuro (2010, 251, alav. 298) tulkitsee Alexya siten, että tämän mukaan perusoikeudet olisivat aina normeina optimointikäskyjä, eivät koskaan sääntöjä. Scheinin taas ei pidä oikeutettuna johtaa Alexyn teoriasta kantaa, jonka mukaan perusoikeudet voisivat toimia vain periaatteina. Hän katsoo, että Alexyn mukaan oikeuskäytännössä on *mahdollista* rakentaa doktriini, jossa kaikki perusoikeuksien väliset jännitteet ratkaistaan punninnalla. Puhdas periaatemalli ei kuitenkaan ole ainoa mahdollinen tapa jäsentää perusoikeusnormien vaikutus ratkaisutoiminnassa. Alexyn teoriaan ei Scheinin mukaan sisälly mitään loogista estettä sille, että ratkaisu on punninnan ulottumattomissa ja asettuu säännön luonteisen normin soveltamisalalle. (Ks. virallisen vastaväittäjän professori Martin Scheininin lausunto Juha Lavapuron väitöskirjasta Uusi perustuslakikontrolli, Lakimies 4/2011, 819–828.)

106 Scheinin 1991, 32–33.

107 Scheinin 1991, 34, alav. 53.

108 Scheinin 1991, 37.

109 Scheinin 1991, 38.

110 Ks. PL 23 §, Euroopan ihmisoikeussopimuksen 15 artikla, KP-sopimuksen 4 artikla.

111 Näin esimerkiksi naispappeuteen liittyvien kysymysten osalta, ks. esim. KKO 2010:74.

loin tasa-arvosta puhuessamme puhumme oikeudesta, milloin politiikasta.[112] Tämä määrittely olisi kuitenkin tärkeää siksi, että oikeuksista puhuttaessa puhumme toisaalta jollekin taholle asetetuista velvollisuuksista.

[112] Ks. tarkemmin esim. Kantola – Nousiainen – Saari (toim.) 2012. Ks. myös Nousiainen 2008b.

3 Perus- ja ihmisoikeuksien valvonta Suomessa

Perusoikeuksien valvonta voidaan jakaa ennakolliseen ja jälkikäteiseen valvontaan. Ennakollinen valvonta liittyy lakien säätämisvaiheeseen, jälkikäteinen valvonta taas säädöksen voimaantulon jälkeiseen valvontaan.[113]

Suomessa lakien perustuslainmukaisuuden valvonnan painopiste on ennakollisessa, preventiivisessä valvonnassa, joka kohdistuu jo lakiehdotuksiin niiden valmistelu- ja säätämisvaiheessa ja jonka tarkoituksena on estää perustuslain kanssa ristiriitaisten lakien säätäminen.[114] Valvontajärjestelmää voi luonnehtia parlamentaariseksi.[115] Perustuslakivaliokunnalla on perinteisesti ollut keskeinen asema suomalaisessa perustuslain valvontajärjestelmässä.[116] Perustuslain 74 §:n mukaan sen tehtävänä on ”antaa lausuntonsa sen käsittelyyn tulevien lakiehdotusten ja muiden asioiden perustuslain mukaisuudesta sekä suhteesta kansainvälisiin ihmisoikeussopimuksiin”. Lausuntojen sitovuudesta ei ole säädetty perustuslaissa, mutta niitä noudatetaan jokseenkin poikkeuksetta eduskunnassa.[117] Perustuslakivaliokunnan katsotaan saavuttaneen perusoikeusjärjestelmän tulkinta-auktoriteetin aseman, ja sen vaikutus myös perusoikeusjärjestelmän ns. yleisten oppien kehitykseen on nähty hyvin merkittäväksi.[118] Perus- ja ihmisoikeuksien toteutumista valvovat myös eduskunnan oikeusasiamies ja oikeuskansleri (PL 108 ja 109 §).[119]

Perusoikeuksien jälkikäteinen valvonta lainsoveltamistoiminnassa oli pitkään varsin vähäistä hallitusmuodon 92 §:lle annetun tulkinnan vuoksi. Tilanne on tältä osin muuttunut merkittävästi. Ensinnäkin kansainväliset ihmisoikeussopimukset painottavat juuri jälkikäteistä ihmisoikeuksien valvontaa yksittäisissä oikeustapauksissa. Toiseksi vuoden 1995 perusoikeusuudistuksen eräs keskeinen tavoite oli lisätä perusoikeuksien suoraa sovellettavuutta tuomioistuimissa sekä parantaa yksilöiden mahdollisuuksia vedota välittömästi perusoi-

---

113 Saraviita 2005, 270; Viljanen 2011c, 835–836.

114 Viljanen 2011c, 835; Hallberg 2011, 865.

115 Näin Viljanen 2011c, 835. Ks. myös Jyränki 2003, 393.

116 Saraviita 1999; Hautamäki 2002; Hidén 2008; Lavapuro 2009; Lavapuro 2010b. Kuten Lavapuro toteaa (2009, 228), ”demokratiaperiaate muodostaa *perustuslakivaliokunnan institutionaalisen auktoriteetin keskeisen oikeutuksen*”. Hän jatkaa (s. 229), että valiokunnan kuulemat ulkopuoliset asiantuntijat ymmärretään valiokunnan arvovallan legitimiteetin takeiksi. Asiantuntijavalintojen sukupuolijakaumasta on esitetty kritiikkiä, ks. Holli – Saari 2009.

117 Saraviita 1999, 34.

118 Saraviita 1999, 31.

119 PL 108 §:n mukaan oikeuskanslerin tulee valvoa perusoikeuksien ja ihmisoikeuksien toteutumista sekä viranomaisten toiminnan lainmukaisuutta. Ks. esim. Paunio 2009.

keussäännöksiin.[120] Lakien ja perustuslain välisen ristiriitatilanteen ratkaisemiseksi perustuslakiin otettiin etusijajärjestelmä, PL 106 §, jonka mukaisesti tuomioistuimilla on konkreettisessa lainsoveltamistilanteessa mahdollisuus antaa perusoikeussäännökselle etusija lain tasoisiin säännöksiin nähden, jos nämä ovat ”ilmeisessä ristiriidassa” perustuslain kanssa. Uuden perustuslain esitöissä kuitenkin korostettiin lakien ennakkovalvonnan merkitystä ja perustuslakivaliokunnan johtavaa asemaa normikontrollissa.[121] Ennakkovalvonnan abstrakti normikontrolli ei kuitenkaan voi ennakoida kaikkia yksittäisiä, perustuslain kannalta ongelmallisia soveltamistilanteita. Tämän vuoksi järjestelmää oli tarpeen täydentää myös jälkivalvontaa kehittämällä.[122]

Suomessa on käyty keskustelua myös erityisen valtiosääntötuomioistuimen perustamisesta.[123] On todettu, että tällaisia erityistuomioistuimia on perustettu lähinnä vain liittovaltioissa, jolloin perustamiseen on yleensä liittynyt myös poikkeuksellinen historiallinen tilanne, kuten Saksassa toisen maailmansodan jälkeen. Samoin on esitetty arvioita, että erityistuomioistuin saattaisi vähentää eduskunnan ja korkeimpien oikeuksien arvovaltaa. Näiden syiden vuoksi jälkivalvontaa on pyritty kehittämään muilla tavoin.[124] Vuoden 2000 perustuslain valmistelussa selvitettiin, onko Suomeen tarvetta perustaa valtiosääntötuomioistuinta. Se todettiin tarpeettomaksi usealla eri perusteella.[125]

---

120 HE 309/1993; PeVM 25/1994, 3. Saraviita toteaa (1999, 37), että etenkin EY-jäsenyys muutti asenteita. Teoriassa oli nimittäin mahdollista, että tuomioistuimen oli syrjäytettävä Suomen perustuslain säännös EY-lainsäädäntöä soveltaessaan. Tilanne oli sikäli kummallinen, että tuomioistuimilla ei kuitenkaan ollut toimivaltaa syrjäyttää kansallisen lain säännöstä, jos se oli Suomen perustuslain vastainen. Ks. myös Hallberg 2011b, 866. Hallberg toteaa, että Euroopan talousalueeseen liittymistä käsitellessään eduskunta hyväksyi lausuman (EV 95/1992 vp), jossa eduskunta edellytti hallituksen selvittävän, onko Suomessa tarpeen tehostaa normivalvontaa mahdollistamalla lakien perustuslainmukaisuuden jälkikäteinen tulkinta. Lausumaa perusteltiin kansainvälisten sopimusten ja erityisesti ETA-sopimuksen luomalla tilanteella. ETA-säädöksille oli annettava ristiriitatilanteissa etusija kansallisiin lakeihin ja asetuksiin nähden. Sen sijaan kansallisten lakien mahdollista ristiriitaa perustuslain kanssa ei ollut mahdollista tuomioistuimissa tutkia. Tämän katsottiin voivan johtaa kansallisen perustuslain merkityksen vähenemiseen suhteessa kansainvälisiin sopimuksiin.

121 Ks. HE 1/1998, 106 §:ää koskevat yksityiskohtaiset perustelut.

122 HE 1/1998, 106 §:ää koskevat yksityiskohtaiset perustelut. Ks. myös Hallberg 2011b, 866. Saraviita huomauttaa (2005, 266), että lakien perustuslainmukaisuuden tuomioistuinvetoista valvontajärjestelmää tavoiteltiin muiden maiden esimerkin mukaisesti jo itsenäisyyden alusta lähtien, mutta suunnitelmat torjuttiin. Hallituksen esityksessä vuoden 1919 hallitusmuodoksi ehdotettiin korkeimman oikeuden toimivaltuudeksi perustuslain vastaisen lain julistaminen tehottomaksi, mutta eduskunta ja perustuslakivaliokunta hylkäsivät suunnitelman osittain siksi, että Venäjän vallan loppukaudella korkeimman oikeuden edeltäjän, Senaatin oikeusosaston, katsottiin omaksuneen venäläismielisen asenteen. Sotien jälkeisenä aikana on ehdotettu, että korkein oikeus yksinkertaisesti ottaisi tällaisen päätösvallan itselleen. Saraviita jatkaa (2005, 266), että tämä ajatus ei saanut kuitenkaan yleisempää kannatusta ennen vuoden 2000 perustuslakiuudistusta.

123 Hallberg 2011b, 867; Saraviita 2005, 273; Nieminen 2007; Hautamäki 2006.

124 Hallberg 2011b, 867; Saraviita 1999, 39.

125 HE 1/1998, 53.

Lavapuro on väitöskirjassaan tutkinut uuden perustuslakikontrollin muotoja. Hän toteaa, että oikeusjärjestyksen pluralisoituminen tarkoittaa myös auktoriteettien moninaisuutta. Nykyiset valtiosääntöoikeudelliset käytännöt eivät enää rakennu vain yhden suvereenin instituution päätösten varaan, vaan useiden päällekkäisten järjestelmien keskinäisen vuoropuhelun kautta.[126] Valtiosääntöpluralismille[127] on ominaista vuorovaikutus eri normijärjestysten ja institutionaalisten rakenteiden välillä.[128] Muutos koskee myös perustuslakivaliokuntaa. Vaikka sitä voidaan kansallisessa oikeusjärjestyksessämme pitää edelleen keskeisenä perustuslaintulkitsijana yhtä lailla kuin Euroopan ihmisoikeustuomioistuinta ihmisoikeussopimuksen merkittävämpänä tulkitsijana, ihmisoikeuskomiteaa KP-sopimuksen ja EU-tuomioistuinta EU-oikeuden tulkitsijana, pluralisoituminen merkitsee Lavapuron mukaan huomion siirtämistä sisällöllisiin perusteluihin ja eri instituutioiden väliseen jatkuvaan keskusteluun.[129] Tämä tulisi huomioida myös syrjinnän kieltoa tulkinnassa, jolloin vuoropuhelu eri doktriinien välillä avaisi tulkinnalle uusia näkökulmia ja parantaisi samalla syrjinnän kohteeksi joutuneen oikeussuojaa.

126 Lavapuro 2010, 237–238. Ks. myös Lavapuro 2010b.
127 Ks. esim. Walker 2002; Maduro 2003.
128 Tuori 2007, 302.
129 Lavapuro 2010, 238. Ks. myös Lavapuro 2010b, Ojanen 2009c; Ojanen 2010b; Heinonen – Lavapuro (toim.) 2012.

4 Perus- ja ihmisoikeuksien vaikutustavat tuomioistuimessa

Perusoikeudet vaikuttavat tuomioistuimissa ensinnäkin *tulkintavaikutuksensa* kautta. Toiseksi tuomioistuin voi käyttää perusoikeussäännöstä suoraan ratkaisunsa perusteena, jolloin perusoikeuksiin liittyy *suora sovellettavuus*. Kyse voi olla esimerkiksi lainsäädännöllisestä aukkotilanteesta tai siitä, että lakia sovelletaan toisin kuin lain sanamuoto edellyttäisi. Tämä voi tarkoittaa myös PL 106 §:n mukaista *etusijan* antamista perustuslain säännökselle, jos tavallisen lain soveltaminen olisi ”ilmeisessä ristiriidassa” perustuslain kanssa.[130]

Myös ihmisoikeudet vaikuttavat tuomioistuimissa tulkintavaikutuksensa tai suoran sovellettavuuden kautta. Aiemmin, kun HM 92 § 2 momentista johdettiin lain perustuslainmukaisuuden tutkimisen kielto, tuomioistuimet eivät käyttäneet perustuslakia hyväkseen edes tulkinnassa. Ihmisoikeussopimusten soveltamiseen ei kuitenkaan liittynyt tällaista ongelmaa, sillä laintasoisesti inkorporoidut ihmisoikeussopimukset ovat Suomessa voimassa muiden eduskuntalakien tasoisina säädöksinä.[131] Tällöin mahdolliset ristiriitaisuudet on mahdollista purkaa esimerkiksi myöhemmän lain etusijaa koskevan säännön (*lex posterior derogat legi priori*) perusteella. Kaikilla julkisen vallan käyttäjillä on kuitenkin Suomen perustuslain 22 §:ään perustuva velvollisuus turvata ihmisoikeuksien toteutuminen riippumatta voimaansaattamissäädöksen normihierarkisesta tasosta. Säännöksen on katsottu osoittavan myös sen, että perustuslain perusoikeusnormeilla ja kansainvälisillä ihmisoikeusnormeilla on Suomen oikeusjärjestyksessä sellainen erityisasema, ettei esimerkiksi myöhemmän lain etusijan sääntöä voida automaattisesti soveltaa niiden vahingoksi.[132] Perustuslakivaliokunta korosti jo Euroopan ihmisoikeussopimukseen liityttäessä ihmisoikeusystävällisen laintulkinnan merkitystä.[133] Ojasen ja Scheininin mukaan suomalaiset tuomioistuimet turvautuvatkin harvemmin muodollisiin laintulkintasääntöihin ihmisoikeuksia koskevassa oikeuskäytännössään, vaan pyrkivät ihmisoikeusystävällisen laintulkinnan keinoin löytämään sellaisen ratkaisun, joka

130 Saraviita 2005, 311–319; Viljanen 2011a, 127–128.

131 Scheinin 2002, 6–8. Scheinin kuitenkin toteaa, että ihmisoikeussopimuksiin on alettu tuomioistuimissa viitata useammin vasta aivan viime aikoina. Säännönmukaisempaa soveltamisesta tuli vuoden 1990 jälkeen, jolloin Suomi liittyi Euroopan ihmisoikeussopimukseen. Useimmin sovellettuja sopimusmääräyksiä ovat EIS 8 yksityis- ja perhe-elämän suojaa koskeva 8 artikla ja oikeudenmukaista oikeudenkäyntiä koskeva 6 artikla.

132 Scheinin 2002, 4–6. Ks. myöhemmän lain etusijaa koskevan *lex posterior* -säännön soveltamisen ongelmallisuudesta myös Ojanen – Scheinin 2011a, 183–184.

133 Ks. PeVL 2/1990.

mahdollisimman pitkälle vastaisi ihmisoikeusvelvoitteita.[134] Ihmisoikeuksien tulkinnassa ja soveltamisessa on ihmisoikeuksien kansainvälisten valvontaelinten käytännöllä olennainen merkitys.[135] Tapauksessa KKO 2012:11 korkein oikeus totesi, että ihmisoikeussopimus saa sisältönsä jatkuvasti kehittyvän soveltamiskäytännön kautta, eikä kansallisen lainsäädännön ja ihmisoikeussopimuksesta johtuvien periaatteiden välistä ristiriitaa ole siksi perusteltua ratkaista tavanomaisilla laintulkinnan keinoilla eli vain lakien voimaantuloajankohtia vertailemalla.[136]

4.1 TULKINTAVAIKUTUS

Perusoikeusmyönteinen laintulkinta on siis ensisijainen keino ratkaista perusoikeussäännöksen ja lain säännöksen välinen ristiriita.[137] Perusoikeuksien merkitys konkreettisissa tapauksissa määräytyykin yleensä perusoikeusmyönteisen tulkinnan välityksellä.[138] Vastaavasti ihmisoikeuksia koskee oppi ihmisoikeus-

---

134 Ojanen – Scheinin 2011a, 182–183.

135 Ojanen – Scheinin 2011a, 177–178. Ks. myös KM 1992:3, 156, jossa perusoikeuskomitea korostaa tarvetta tulkita perusoikeussäännöksiä ihmisoikeussopimusten ja niiden kansainvälisten valvontaelinten tulkintaratkaisujen valossa.

136 Ks. myös eri mieltä olleen KKO:n presidentti Pauliine Koskelon lausunto tapauksessa. Koskelo otti lausunnossaan kantaa Euroopan ihmisoikeussopimuksen asemaan ja sen suhteeseen perustuslain säännöksiin. Hän totesi, että Euroopan ihmisoikeussopimus on Suomessa valtionsisäisesti voimassa eduskuntalakina, eikä sillä ole Suomen kansallisessa oikeusjärjestyksessä hierarkkista erityisasemaa. Ihmisoikeussopimuksen sisältöä täsmentävät Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tulkintaratkaisut eivät näin ollen syrjäytä eduskuntalain säännöstä. Ihmisoikeusvelvoitteilla on hänen mukaansa kuitenkin *erityinen merkitys ja painoarvo* tuomioistuinten *soveltaessa ja tulkitessa* kansallista lakia, jolloin ihmisoikeustuomioistuimen vakiintunut oikeuskäytäntö on keskeisessä asemassa oikeuslähteenä. Hän jatkaa, että perustuslain 106 §:llä on muutettu toimivaltasuhteita lainsäädäntö- ja lainkäyttövallan välillä, kun ristiriita koskee eduskuntalain suhdetta kansalliseen perustuslakiin. Kuten hän toteaa, tämä ei vaikuta suoraan eduskuntalain ja ihmisoikeussopimuksen suhteeseen oikeusjärjestyksessä. Myöskään PL 22 §:n ihmisoikeuksien turvaamisvelvoite ei hänen mukaansa laajenna tuomioistuinten toimivaltaa suhteessa lainsäätäjään. Yksityisten välisiä oikeussuhteita koskevan lainsäädännön osalta tuomioistuinten toimivalta turvata ihmisoikeuksien toteutuminen rajautuu Koskelon mielestä sen mukaan, mikä on mahdollista lainkäyttäjälle kuuluvan *tulkintavallan* puitteissa. Lainsäädännön korjaaminen ihmisoikeusvaatimusten mukaiseksi siltä osin kuin se ei ole mahdollista lain tulkinnan kautta, on Koskelon mukaan lainsäätäjän eikä tuomioistuimen tehtävä. Eduskuntalain säännöksen syrjäyttämiseen lain soveltamistilanteessa voidaan päätyä vain perustuslain 106 §:n nojalla, eli silloin, kun ristiriita on *kansallisen perusoikeuden* ja kansallisen lain soveltamisen välillä. Koskelo toteaa kuitenkin, että on perusteltua katsoa, että perustuslain perusoikeussäännökset saavat sisältönsä vastaavista ihmisoikeussäännöksistä ja että niitä tulkitaan yhdenmukaisesti.

137 Ks. PeVM 25/1994, 4; HE 1/1998, 164; PeVM 10/1998, 30–31; Jyränki 2000, 266–267; Saraviita 2005, 311. Jo vuonna 1988 perustuslakivaliokunta antoi tuomioistuimille suosituksen, jonka mukaan niiden tulisi tulkita lakeja perusoikeusmyönteisesti (PeVL 6/1988).

138 Tuori – Lavapuro 2011, 812. Tuori ja Lavapuro viittaavat tapaukseen KHO 2005:50, jossa perusoikeusmyönteisen laintulkinnan periaatteella oli ratkaiseva merkitys ratkaisun kannalta. Kyse oli Suomessa pysyvällä oleskeluluvalla oleskelevan miehen vaimosta, joka oli miehen vä-

ystävällisestä laintulkinnasta.[139] Perusoikeusmyönteinen ja ihmisoikeusystävällinen laintulkinta tarkoittavat sitä, että lainsäännöksen perusteltavissa olevista tulkintavaihtoehdoista tulee valita se, joka parhaiten edistää perus- ja ihmisoikeuksien tarkoituksen toteutumista.[140] Näiden saksalaisperäisten, perustuslakivaliokunnan muotoilemien oppien perustuslaintasoinen normatiivinen perusta on perusoikeuksien yleistä turvaamisvelvollisuutta koskeva PL 22 §.[141]

Etenkin korkein hallinto-oikeus on usein viitannut PL 22 §:n säännökseen valtiosääntöisenä perusteena perusoikeusmyönteiselle ja ihmisoikeusystävälliselle laintulkinnalle. Näin se on tehnyt myös tapauksissa, joissa se on antanut perusoikeussäännöksille ja ihmisoikeuksille lain säännöksen sanamuodon ylittävän tulkintavaikutuksen.[142] Hallituksen perusoikeusuudistusta koskevan esityksen perusteluissa korostettiin sitä, että turvaamisvelvollisuus koskee perus- ja ihmisoikeuksien toteutumista myös yksityisten keskinäisissä suhteissa.[143] Tuomioistuimilta edellytetään näin ollen perusoikeusmyönteistä ja ihmisoikeusystävällistä tulkintaa myös silloin, kun sovellettavana on yksityisten, kuten työnantajien ja työntekijöiden, välisiä suhteita sääntelevä lainsäädäntö.[144]

---

kivaltaisuuden vuoksi hakeutunut turvakotiin ja sittemmin asumaan erikseen. Vaimolle oli myönnetty ensimmäinen määräaikainen oleskelulupa perhesiteen perusteella. Ulkomaalaisvirasto oli hylännyt valittajan uutta määräaikaista oleskelulupaa koskevan hakemuksen, koska valittajan maahantulon peruste ja oleskeluluvan myöntämisperuste olivat oleellisesti muuttuneet hänen lyhyen Suomessa oleskelunsa aikana. Korkeimman hallinto-oikeuden mukaan jatko-oleskeluluvan myöntämättä jättämistä oli pidettävä ilmeisen kohtuuttomana. Tuomioistuin viittasi mm. Suomen perustuslain 7 §:n 1 momenttiin, jonka mukaan jokaisella on oikeus elämään sekä henkilökohtaiseen vapauteen, koskemattomuuteen ja turvallisuuteen. Saman pykälän 3 momentin mukaan henkilökohtaiseen koskemattomuuteen ei saa puuttua. Korkein hallinto-oikeus katsoi, että tilanteessa, jossa oleskeluluvan hakija on joutunut muuttamaan turvakotiin aviopuolisonsa väkivaltaisuuden vuoksi, yhteiselämän päättymiseen liittyvät seikat on otettava huomioon uuden määräaikaisen oleskeluluvan myöntämistä harkittaessa.

139 PeVL 2/1990.

140 HE 1/1998, 53–54 ja 162–164, PeVL 2/1990 ja PeVM 25/1994, 4. Tulkintavaikutuksesta ks. esim. Hallberg 2011, 864–865.

141 Ks. Tuori – Lavapuro 2011.

142 Ojanen 2004a, 927. Ks. esim. KHO 2000:63; KHO 2002:43; KHO 2003:112 (eriävä mielipide), jota tapausta Ojanen on kommentoinut Lakimiehessä 2004/2.

143 HE 309/1993, 29 ja 75. Ks. myös PeVL 9/2004, jossa perustuslakivaliokunta toteaa seuraavasti: ”Julkiselle vallalle perustuslain 22 §:ssä säädetty perus- ja ihmisoikeuksien turvaamisvelvollisuus koskee oikeuksien toteutumista myös yksityisten keskinäisissä suhteissa. Velvollisuus kohdistuu säännöksen esitöiden mukaan käytännössä lähinnä lainsäätäjään, jonka tehtävänä on täsmentää perustuslaissa yleisellä tasolla ilmaistuja perusoikeuksia niin, että niiden vaikutus ulottuu myös yksityisiin suhteisiin.” Ks. myös Saraviita 2005, 21.

144 Tuori – Lavapuro 2011, 814; Tuori 1999, 670. Vrt. Hidén 1999, 21–22. Ks. esim. tapaus KKO 2010:93, jossa korkein oikeus mm. tulkitsi Euroopan ihmisoikeussopimuksen 11 artiklaan ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytäntöön viitaten työsopimuslain 13 luvun 1 §:ssä tarkoitettua työntekijän yhdistymisvapautta siten, että siihen kuuluu myös oikeus osallistua työntekijäjärjestön toimeenpanemaan työtaistelutoimeen kuten lakkoon.

Viljasen mukaan perusoikeusmyönteisen laintulkinnan malli sisältää kaksi ulottuvuutta.[145] Tulkintatilanteessa tuomioistuimen tulee syrjäyttää ne lain tulkintavaihtoehdot, jotka sinänsä olisivat lain sanamuodon mukaan mahdollisia, mutta jotka olisivat ristiriidassa perustuslain kanssa (tulkinnallisten ristiriitojen eliminointi). Perusoikeusmyönteinen laintulkinta sisältää myös optimointivaatimuksen, eli perustuslain kanssa sopusoinnussa olevista lain tulkintavaihtoehdoista tulee valita se, joka parhaiten vastaa perustuslain tarkoituksen toteuttamista (perusoikeusmyönteisimmän tulkintavaihtoehdon valinta). Ihmisoikeusystävällisen laintulkinnan periaatteen mukaan tulkintatilanteissa tulee erilaisista perusteltavissa olevista vaihtoehdoista pyrkiä omaksumaan sellainen, joka edistää ihmisoikeusmääräysten toteutumista.[146]

4.2 SUORA SOVELLETTAVUUS

Tuomioistuimet ovat aiemmin suhtautuneet varovaisesti perusoikeussäännösten suoraan sovellettavuuteen.[147] Tähän oli syynä muun muassa näkemys, jonka mukaan tuomioistuimilla ei ollut toimivaltaa tutkia lakien perustuslainmukaisuutta.[148] Hallberg on todennut, että 1980-luvulta lähtien tilanne alkoi hitaasti muuttua.[149] Perusoikeusuudistuksella pyrittiin juuri perusoikeuksien suoran sovellettavuuden lisäämiseen muun muassa täsmällisemmän muotoilun kautta.[150] Hallbergin mukaan viittaaminen perus- ja ihmisoikeuksiin onkin lisääntynyt

---

145 Viljanen 2011a, 127.

146 Viljanen 2011a, 128. Tuori – Lavapuro (2011, 816) viittaavat esimerkkinä ihmisoikeusmyönteisestä tulkinnasta ja sen mahdollisuuksista tapaukseen KKO 2008:93, jossa kyse oli neljävuotiaan muslimipojan ympärileikkauksesta uskonnollisista syistä, ja sen arvioinnista, oliko kyse pahoinpitelystä. Korkein oikeus totesi, että ”[u]skonnollisista syistä suoritetun pojan ympärileikkauksen oikeudenvastaisuuden arvioinnissa on siten kysymys siitä, estääkö perus- ja ihmisoikeutena turvattu lapsen oikeus ruumiilliseen koskemattomuuteen hänen huoltajiaan päättämästä lapsensa puolesta tällaisesta toimenpiteestä, jonka perusteet eivät ole lääketieteellisiä, vaan joka perheen uskonnon mukaisiin perinteisiin liittyvänä kytkeytyy sekä perhe-elämän suojaan että uskonnonvapauteen.” Pojan ympärileikkausta ei pidetty oikeudenvastaisena eikä siis rangaistavana, koska toimenpide oli tehty lapsen kannalta hyväksyttävistä, uskontoon liittyvistä syistä, ja se oli suoritettu lääketieteellisesti asianmukaisella tavalla aiheuttamatta lapselle tarpeetonta tuskaa.

147 Hallberg 2011b, 851; Saraviita 2005, 311.

148 Saraviita 2005, 311.

149 Hallberg 2011b, 851. Ks. esim. tapaukset KKO 1981 II 157, KKO 1986 I 4, KKO 1984 II 95 ja KKO 1993:58. Yhdenvertaisuussäännös oli soveltamisargumenttina myös varhaisessa tapauksessa KKO 1973 II 73. Ks. myös KKO 2000:52, KKO 2003:107, KKO 2004:7, KKO 2004:26. Saraviita toteaa (2005, 311), että ennen vuoden 2000 perustuslakiuudistusta tuomioistuimet, etenkin ali- ja hovioikeudet, vain harvoin ottivat yksittäiset perusoikeussäännökset tuomioperusteiksi. Tästä poikkeuksena hän mainitsee korkeimman hallinto-oikeuden, joka käytti usein perusoikeussäännöksiä päätösperusteina jo aiemmin. Ks. myös Hallberg 1996.

150 HE 309/1993; PeVM 25/1994, 3.

merkittävästi uudistuksen jälkeen.[151] Myös Viljanen on todennut, että perusoikeusuudistuksen tavoite perusoikeuksien lisääntyvästä soveltamisesta lainkäytössä ja hallinnossa on selvästi toteutunut. Perusoikeuksien merkitys on kasvanut myös muussa viranomaistoiminnassa, mikä näkyy viranomaistoiminnan laillisuutta valvovien eduskunnan oikeusasiamiehen ja valtioneuvoston oikeuskanslerin valvontakäytännössä.[152] Esimerkiksi korkeimman hallinto-oikeuden oikeuskäytännössä lienee eniten viitattu 6 §:n yhdenvertaisuussäännökseen tai sen ilmentämään yhdenvertaisuusperiaatteeseen.[153] Yhdenvertaisuutta ja syrjimättömyyttä koskevat normit onkin nähty suoraan sovellettavina normeina ottaen huomioon säännöksen vahva asema ja täsmällinen ja ehdoton muotoilu. Säännöstä on sovellettu tuomioistuimissa jo ennen perusoikeusuudistustakin. Usein on vedottu myös yhdenvertaisuuden periaatteeseen oikeusjärjestelmän yleisenä periaatteena ilman viittausta PL 6 §:ään.[154]

Lavapuro osoitti väitöskirjassaan, että ihmisoikeuksiin ja ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytäntöön viittaavien argumenttien määrä on korkeimman oikeuden yksittäisissä ratkaisuissa kasvanut viime vuosina merkittävästi.[155] Tuori ja Lavapuro toteavat, että perusoikeussäännösten tai perustuslakivaliokunnan käytännön suhteen ei näytä tapahtuneen samantyyppistä kehitystä. Heidän mukaansa ihmisoikeusmyönteistä tulkintaa koskevan vaatimuksen itsenäisen merkityksen olisi voinut olettaa pikemminkin vähentyneen, sillä ihmisoikeussopimusten vastaavat määräykset asettavat vain minimitason, joka kansallisten perusoikeussäännösten tulee taata. Perusoikeuksiin viittaavien perustelujen merkityksen heikentyminen voi heidän mukaansa olla yhteydessä siihen, että tuomioistuimet ovat taipuvaisia tulkitsemaan ihmisoikeuksia minimalistisesti. Tällöin ne vain pyrkivät varmistamaan sen, että ratkaisu ei loukkaa ihmisoikeusnormien asettamaa minimitasoa. Sitä vastoin tuomioistuimet eivät juurikaan pyri perusoikeuksiin tukeutuen ja PL 22 §:n hengessä edistämään yksilön oikeuksien toteutumista ihmisoikeussopimuksen asettamia vähimmäisvaatimuksia paremmin.[156]

---

151 Hallberg 2011b, 851.

152 Viljanen 2011a, 129.

153 Ojanen 2003, 79.

154 Scheinin 1991, 257–258. Ks. myös Eriksson 1996.

155 Ks. Lavapuro 2010, 153–160. Lavapuro katsoo väitöskirjassaan, että vuosiin 2008–2010 sijoittuu ihmisoikeuksien läpimurron toinen aalto korkeimmassa oikeudessa, kun ihmisoikeuksien tunnistamisen ohella niiden sisällöstä ja tulkinnasta alettiin käydä keskustelua. Ks. esim. KKO 2008:93, KHO 2009:15, KKO 2010:45, KKO 2010:46. Ensimmäinen aalto paikantuu 1980- ja 1990-lukujen taitteeseen, aikaan jolloin Suomi liittyi Euroopan ihmisoikeussopimukseen.

156 Tuori – Lavapuro 2011, 817. Esimerkkinä he mainitsevat korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisun asiassa KHO 2009:22. Tapauksessa oli kyse irakilaisesta turvapaikanhakijasta, joka korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisun mukaan voitiin palauttaa turvapaikanhakijana Kreikkaan ilman, että palauttaminen merkitsisi ihmisoikeussopimuksessa asetettujen vaatimusten loukkaamista. Korkein hallinto-oikeus nojautui päätöksen perusteluissa mm. Euroopan ihmisoi-

4.3 ETUSIJA

Perustuslain 106 §:n perusteella tuomioistuimilla on konkreettisessa ratkaisutilanteessa mahdollisuus antaa perusoikeussäännökselle *etusija* lain tasoisiin säännöksiin nähden, jos niiden soveltaminen johtaisi ”ilmeiseen ristiriitaan” perustuslain kanssa. Jos taas lakia alemmanasteisen säädöksen säännös on ristiriidassa perustuslain kanssa, sitä ei PL 107 §:n mukaisesti saa soveltaa tuomioistuimessa tai muussakaan viranomaisessa. PL 106 § koskee vain yksittäisen oikeustapauksen ratkaisutilannetta, ei yleistä lakien perustuslainmukaisuuden valvontaa. Tuomioistuin voi siis vain jättää lain säännöksen soveltamatta yksittäistapauksessa, eikä se voi julistaa lakia perustuslain vastaiseksi.[157]

Perustuslain 106 §:n soveltamisen edellytyksenä perustuslain esitöiden mukaan on, että ristiriita tavallisen lain ja perustuslain välillä on selvä ja riidaton ja näin ollen helposti havaittavissa, eikä esimerkiksi oikeudellisena kysymyksenä tulkinnanvarainen. Ristiriidan ilmeisyyttä arvioitaessa on merkitystä sillä, onko perustuslakivaliokunta lain säätämisvaiheessa tutkinut asian valtiosääntöoikeudelliselta kannalta. Ristiriita ei ole ilmeinen, jos perustuslakivaliokunta on ottanut siihen kantaa ja todennut, ettei ristiriitaa ole. Jos nimittäin perustuslakivaliokunta on perustellusti asettunut tietylle kannalle perustuslain tulkinnassa, ei vastakkaista kantaa voida pitää selvänä ja riidattomana. Näin siis kuitenkin vain siltä osin kuin perustuslakivaliokunta on arvioinut tuomioistuimen käsiteltävänä olevassa yksittäistapauksessa esillä olevan kaltaista tulkintatilannetta. On mahdollista, että tuomioistuimessa tulee esiin kysymys, jota perustuslakivaliokunta ei ole ottanut huomioon. Tällöin ilmeisyysvaatimus saattaa täyttyä perustuslakivaliokunnassakin käsitellyn lain osalta. Huomioon on otettava myös lain säätämisajankohta. Mitä vanhemmasta laista on kysymys, sitä vähemmän merkitystä voidaan antaa lain säätämisvaiheen kannanotoille. Lain säätämisen jälkeiset perustuslain mahdolliset muutokset ja perustuslain tulkintojen myöhempi kehitys on myös otettava huomioon PL 106 §:ää sovellettaessa. Edellytyksenä on lisäksi se, ettei lakia ole säädetty poikkeuslakina. Tämäkään ei tosin välttämättä johda etusijasäännön soveltamatta jättämiseen. Jos poikkeuslaki on säädetty kauan sitten ja perustuslakia on sittemmin muutettu poikkeuslain sisällön kannalta oleellisilta osin, tai jos perustuslakivaliokunnan tulkintakäytäntö perustuslain sisällöstä on muuttunut, asiaa on arvioitava erikseen PL 106 §:n osalta.

Esitöissä korostetaan, että ensisijaisesti ristiriita perustuslain ja tavallisen lain välillä on poistettava perusoikeusmyönteisellä tulkinnalla.[158] Hallbergin

---

keustuomioistuimen ratkaisuun *K. R. S. v. Yhdistynyt kuningaskunta* (2.12.2008), jossa ihmisoikeustuomioistuin oli todennut, että sen käytettävissä olleiden tietojen mukaan Kreikka ei nykyisellään palauta kielteisen turvapaikkapäätöksen saaneita pakolla muun muassa Iraniin ja Irakiin.

157 HE 1/1998, 163; PeVM 10/1998, 30.

158 PeVM 10/1998, 30–31 ja HE 1/1998, 106 §:n yksityiskohtaiset perustelut.

mukaan tuomioistuimissa onkin käsitelty useampia tapauksia, joissa etusijasäännös on ollut esillä, mutta se on jätetty soveltamatta ja käytetty perustuslainmukaista laintulkintaa.[159] Ilmeisyyskriteerin poistamisesta on käyty keskustelua,[160] mutta sitä ei ole nähty tarpeelliseksi poistaa.[161]

Korkeimmassa oikeudessa etusijasäännöstä sovellettiin ensimmäisen kerran tapauksessa KKO 2004:26, joka koski perustuslain 15 §:n omaisuuden suojaa koskevan säännöksen ja rakennussuojelulain korvaussääntöjen välistä ristiriitaa.[162] Korkein oikeus katsoi ratkaisussaan, että kiistanalainen säännös oli ilmeisessä ristiriidassa perustuslain 15 §:n kanssa, etenkin kun perustuslakivaliokunta oli lakia säädettäessä edellyttänyt kyseisen säännöksen muuttamista, mutta ehdotus oli toisessa valiokunnassa hylätty.

Oikeuskirjallisuudessa on kritisoitu sitä tapaa, jolla korkeimman oikeuden enemmistö päätyi antamaan etusijan perustuslain säännökselle. Ojanen on todennut, että tuomion yksi suurimmista valtiosääntöoikeudellisista puutteista oli se, että rakennussuojelulain säännöstä arvioitiin suhteessa perustuslain 15 §:ään vain rakennussuojelulain esitöiden perusteella.[163] Ratkaisussa olisi hänen mukaansa tullut ottaa paremmin huomioon ratkaisuhetkellä voimassa oleva omaisuudensuojakäsitys, johon on vaikuttanut muun muassa perustuslakivaliokunnan myöhempi runsas lausuntokäytäntö, perusoikeusuudistus sekä Euroopan ihmisoikeussopimus ja sen tulkintakäytäntö.

Lavapuro erittelee väitöskirjassaan ristiriidan ilmeisyystulkinnan perinteiseen kontrollimalliin ja tasapainomalliin. Hän tarkoittaa perinteisellä kontrollimallilla sitä, että ilmeinen ristiriita perustuslain ja tavallisen lain välillä ratkaistaan vain sen mukaan, mitä perustuslakivaliokunta on lakia säädettäessä lain perustuslainmukaisuudesta lausunut. Tällöin tuomioistuin joutuu irrottautumaan yksittäisestä tapauksesta, jolloin olennaista ei enää olekaan se, mitä perustuslaki oikeastaan edellyttää ratkaistavassa tapauksessa, vaan se, mitä lakiehdotuksen perustuslainmukaisuudesta lakia säädettäessä lausuttiin. Näin lainsäätämisvaihetta seuranneet mahdolliset muutokset perustuslain tulkinnassa jäävät oikeudellisen arvioinnin ulkopuolelle. Lisäksi Lavapuro huomauttaa, että perustuslakivaliokunta ei ennakkovalvonnassaan ota kantaa ristiriidan *ilmeisyyden* kriteereihin. Lakiehdotusta on joko muutettava siltä osin kuin se on ristiriidassa perustuslain kanssa tai se on käsiteltävä perustuslainsäätämisjärjes-

---

159 Hallberg 2011b, 869.

160 Oikeusministeriön työryhmän mietintö 2008:8, 62 (Perustuslaki 2000 -työryhmän muistio). Ks. esim. Hautamäki 2009.

161 Ks. KM 2010:9, 128.

162 Ojanen (2004a) kiinnittää huomiota siihen, että tätä aiemminkin oli etusijasäännös ollut esillä eräissä tuomioissa, ks. esim. KKO 2003:107, KHO 11.9.2001/2122, Dnro 3065/1/00 ja Itä-Suomen hovioikeuden tuomio 16.5.2000, dnro R 99/665.

163 Ojanen 2004a, 924. Ojasen tulkinnan mukaan rakennussuojelulain korvaussäännökset eivät olleet ristiriidassa omaisuuden suojaa koskevan perustuslain 15 §:n kanssa. Myös osa vähemmistöön jääneistä oikeusneuvoksista päätyi samanlaiseen tulkintaan.

tyksessä. Tuomioistuimessa tämä voi johtaa siihen, että konkreettisessa ratkaisutilanteessa katsotaan olevan vain kaksi vaihtoehtoa: joko laki on jätettävä soveltamatta 106 §:n perusteella, tai sitä on sovellettava sanamuotonsa mukaisesti, koska lain ristiriidattomuus on jo perustuslakivaliokunnassa tullut auktoritatiivisesti todennettua. Ongelma on siinä, että pienikin ristiriita olisi kuitenkin oikaistava perusoikeusmyönteisellä ja ihmisoikeusystävällisellä laintulkinnalla.[164]

Lavapuro puhuu etusijaoireyhtymästä. Sillä hän tarkoittaa ilmeisyyskriteerin määrittymistä tapauksen keskeiseksi oikeuskysymykseksi, jolloin huomio kiinnittyy lain perustuslainmukaisuutta koskeviin valtiosääntöisiin näkökohtiin ja lain säätämisvaiheen tapahtumiin, eikä niinkään käsillä olevan tapauksen perustuslain mukaiseen aineellisoikeudelliseen ratkaisemiseen.[165] Perinteisen kontrollimallin vastakohtana Lavapuro näkee tasapainomallin, jossa ilmeisyysvaatimus saa keskeisen sisältönsä perustuslain etusijaperiaatteen toissijaisuudesta suhteessa perustuslainmukaisen laintulkinnan periaatteeseen. Tällöin lain soveltaminen voisi johtaa ilmeiseen ristiriitaan perustuslain kanssa, jos jännitettä ei voi poistaa tulkinnallisesti perusoikeusmyönteisellä ja ihmisoikeusystävällisellä laintulkinnalla. Näin tuomioistuimen keskeinen tehtävä ei olisi niinkään normikontrollin toteuttaminen, vaan oikeusturvan toteuttaminen yksittäisessä tapauksessa.[166]

Yksittäisen oikeustapauksen ratkaisun kannalta oleellinen lähtökohta on siis se, miten tilannetta on arvioitava ratkaisuhetkellä vallitsevan po. perus- ja ihmisoikeuden tulkintakäytännön valossa. Jos tavallisen lain ja perus- ja ihmisoi-

---

164 Lavapuro 2010, 190–191, 204–207, 214. Tämä näkyy mm. tapauksissa KKO 2003:107 ja KHO 2007:77, joissa molemmissa todettiin, ettei lain soveltaminen ole ilmeisessä ristiriidassa perustuslain kanssa, ja joissa lakia tulkittiin sen sanamuodon mukaisesti, vaikka muitakin, perus- ja ihmisoikeusmyönteisiä tulkintavaihtoehtoja olisi ollut. Ks. myös Scheinin 2004.

165 Lavapuro 2010, 214–215. Ks. samantyyppisestä kritiikistä esim. Scheinin 2004; Ojanen 2008; Husa 2008; Husa 2009. Ks. myös Viljanen 2005 ja Tuori 2009.

166 Lavapuro 2010, 189, 192–194, 207–216. Lavapuron mukaan tasapainoista ilmeisyystulkintaa ovat edustaneet tapaukset KHO 2008:25 ja KHO 2009:15. Jälkimmäinen tapaus koski transseksuaalin miehen oikeutta muuttaa henkilötunnuksensa naisen henkilötunnukseksi tilanteessa, jossa avioliittoa ei haluttu muuttaa rekisteröidyksi parisuhteeksi. Tapauksessa korkein hallinto-oikeus pohtikin varsin perusteellisesti tavallisen lain ja perustuslain välisen ristiriidan ilmeisyyttä ottaen huomioon myös kansainvälisten ihmisoikeussopimusten asettamat velvoitteet, mutta päätyi lopulta siihen, että ilmeistä ristiriitaa ei ollut. Tapaus KHO 2008:25 koski virkamiehen nimissä olleen viran siirtämistä viraston toiseen yksikköön ilman tämän suostumusta (Helsingin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan hallintopäällikön virka siirrettiin yliopiston hallintovirastoon). Siirtämistä koskevasta päätöksestä ei saanut valtion virkamieslain mukaan valittaa. Koska valituskieltosäännöksen soveltaminen olisi estänyt virkamiehelle perustuslain 21 §:ssä turvatun oikeuden säännönmukaiseen muutoksenhakuun, säännöksen soveltaminen olisi korkeimman hallinto-oikeuden mukaan ollut perustuslain 106 §:ssä tarkoitetulla tavalla ilmeisessä ristiriidassa perustuslain kanssa. Perusteluissaan korkein hallinto-oikeus viittasi paitsi perustuslain esitöihin ja perustuslain 22 §:n turvaamisvelvoitteeseen, myös Euroopan ihmisoikeussopimuksen ja KP-sopimuksen oikeudenmukaista oikeudenkäyntiä koskeviin määräyksiin ja niiden tulkintaperiaatteisiin.

keuden välillä havaitaan ristiriita, jota ei voida poistaa tulkintateitse, voidaan ryhtyä arvioimaan ristiriidan ilmeisyyttä ja PL 106 §:n soveltamisen mahdollisuutta. Tämän vuoksi myös tasa-arvosta ja syrjinnästä puhuttaessa on olennaista kiinnittää huomiota siihen, miten yhdenvertaisuus ja syrjinnän kielto ymmärretään perusoikeuskontekstissa.

Tuomas Ojasen sanoin on ”valitettavaa, että korkein oikeus sovelsi perustuslain 106 §:ää ensimmäisen kerran tavalla, jonka myötä se profiloituu hyvin vauraan punavuorelaisen taloyhtiön luulotellun omaisuuden suojan turvaajaksi”. Ojanen olisi mieluummin nähnyt etusijasäännöksen ensimmäisenä soveltamistapauksena sellaisen, jossa ”perustuslain 106 §:n soveltaminen olisi ollut ainoa keino välttää jonkun yksittäisen ihmisen perusoikeuksien kannalta täysin kohtuuttoman lopputuloksen syntyminen”.[167] Tällainen tapaus olisi ollut KKO 2003:107. Tapaus olisi Scheinininkin mukaan ollut ”suorastaan ihanteellinen perustuslain 106 §:n soveltamiselle ja samalla korkeimman oikeuden kannan ilmaisemiselle siitä, kuinka korkeana se näkee ’ilmeisyyden’ kynnyksen”.[168] Kyse oli isyyslain voimaanpanosta annetun lain soveltamisesta. Kyseistä voimaanpanolakia ja sen soveltamisen perustuslainmukaisuutta on arvioitu monissa eri oikeusasteissa Suomessa ja lisäksi Euroopan ihmisoikeustuomioistuimessa. Kyse on keskeisesti myös yhdenvertaisuusperiaatteen soveltamisesta, joten näitä oikeustapauksia on aihetta tarkastella tässä yhteydessä hieman tarkemmin.

Perustuslain kannalta ongelmalliseksi osoittautunut isyyslain voimaanpanolaki liittyy vuonna 1975 säädettyyn isyyslakiin, joka saatettiin voimaan taannehtivasti siten, että se tuli sovellettavaksi myös silloin, kun lapsi on syntynyt ennen lain voimaantuloa. Isyyslain voimaanpanolailla isyyden vahvistamista koskevien kanteiden osalta taannehtivuutta kuitenkin rajoitettiin. Jos lapsi oli syntynyt ennen 1.10.1976, eli ennen isyyslain voimaantuloa, kanne isyyden vahvistamiseksi oli pantava vireille viiden vuoden kuluessa isyyslain voimaantulosta, eli viimeistään 1.10.1981. Kannetta ei voimaanpanolain mukaan kuitenkaan voinut nostaa, jos mies oli kuollut. Ne, jotka ovat syntyneet isyyslain voimaantultua, voivat sen sijaan isyyslain mukaan nostaa isyyden vahvistamista koskevan kanteen minkään määräajan ja oletetun isän kuolemankaan tuota mahdollisuutta rajoittamatta. Isyyslain nimenomaisena tarkoituksena oli saattaa avioliitossa ja avioliiton ulkopuolella syntyneet lapset yhdenvertaiseen asemaan. Sen vuoksi pidettiin tärkeänä sitä, että myös ennen lain voimaantuloa syntyneille lapsille voidaan vahvistaa isä ja että he näin voivat saada saman aseman kuin avioliitossa syntyneet lapset. Kannemääräaikaa ennen isyyslain voi-

167 Ojanen 2004 LM, 928.
168 Scheinin 2004, 540. Samaan tapaan kommentoi Ojanen 2004a.

maantuloa syntyneille lapsille perusteltiin isäksi väitetyn miehen oikeusturvanäkökohdilla ja oikeusvarmuuden periaatteella.[169]

Korkeimmassa oikeudessa isyyden vahvistamiseen ja kumoamiseen liittyviä kanneaikoja on arvioitu tähän mennessä neljässä tapauksessa.[170] Ratkaisussaan KKO 1984 II 95 korkein oikeus tulkitsi isyyden kumoamista koskevaa isyyslain säännöstä sen sanamuodosta poikkeavalla tavalla viitaten nimenomaisesti hallitusmuodon 5 §:n yhdenvertaisuusperiaatteeseen. Tapaus on Ojasen ja Scheininin mukaan merkittävä muun muassa siitä syystä, että siinä hylättiin tavallisen lain sanamuodon mukainen tulkinta perusoikeussäännöksen hyväksi. Korkein oikeus totesi perusteluissaan, että se katsoo hallitusmuodon 5 §:ssä säädetyn yhdenvertaisuusperiaatteen edellyttävän säännöksen tulkitsemista sen sanamuodosta poikkeavalla tavalla. Ojanen ja Scheinin toteavat, että korkeimman oikeuden voidaan katsoa jättäneen soveltamatta tavallisen lain säännöstä perusoikeussäännöksen hyväksi. Tapaus havainnollistaa hyvin, ettei tulkinnan ja tavallisen lain soveltamatta jättämisen välillä ole selvää rajaa.[171] Scheinin toteaa, että vaikka ratkaisussa viitataankin perusoikeussäännöksen tulkintavaikutukseen, yhdenvertaisuussäännöksellä oli sääntövaikutus – kyseessä oli selvä joko–tai-ratkaisu, jossa päädyttiin perusoikeussäännöksen soveltamiseen lain sanamuodosta poikkeavalla tavalla.[172]

Seuraava isyyslain voimaanpanolain soveltamista koskeva tapaus oli KKO 1993:58, jota Lavapuro on luonnehtinut ihmisoikeusnormien sovellettavuutta korostaneen ihmisoikeuskulttuurin murroksen ensimmäisen aallon keskeiseksi ratkaisuksi.[173] Ratkaisussaan korkein oikeus hyväksyi isyyden vahvistamista koskevan kanteen, vaikka se oli nostettu viiden vuoden kannemääräajan jälkeen ja vaikka mies oli kuollut. Kanne tutkittiin, koska kanteen nostamiselle määräajassa oli oikeudellinen este – isyyslain tullessa voimaan avioliitossa syntyneen kantajan isänä oli lain mukaan pidettävä hänen äitinsä tuolloista aviopuolisoa, eikä ennen tuon aviopuolison isyyden kumoamista olisi edes voitu tutkia kannetta toisen miehen isyyden vahvistamiseksi. Voimaanpanolain kannemääräajan sanamuodon vastainen tulkinta oli korkeimman oikeuden mukaan perusteltua ottaen huomioon isyyslain nimenomainen päätarkoitus, lasten oikeudel-

---

169 Ks. HE 90/1974, 1–3.

170 KKO 1984 II 95, KKO 1993:58, KKO 2003:107, KKO 2012:11. Ks. myös esim. Helsingin HO 22.03.2005 ratkaisunumero 1049, diaarinumero S 04/3708, asianumero HelHO:2005:1 (lainvoimainen), jossa isyyskanne voitiin nostaa vasta äidin aviomiehen isyyden kumoamisen jälkeen eikä kannetta sen vuoksi jätetty tutkimatta liian myöhään nostettuna. HO otti huomioon myös sen, ettei isyyslain tavoitteeksi asetettu lasten oikeudellinen yhdenvertaisuus toteudu, jos ennen isyyslain voimaantuloa syntyneet lapset, joilla on ollut oikeudellinen este saada isyys vahvistetuksi lain säätämässä määräajassa, asetetaan eriarvoiseen asemaan isyyslain voimaantulon jälkeen syntyneisiin lapsiin verrattuna.

171 Ojanen – Scheinin 2011b, 237. Ks. myös Scheinin 1991, 219–220.

172 Scheinin 1991, 220.

173 Lavapuro 2010, 125. Ks. myös Scheinin 2004.

lisen yhdenvertaisuuden toteuttaminen. Se oli myös sopusoinnussa lapsen oikeuksia koskevan yleissopimuksen 7 artiklasta ilmenevän periaatteen kanssa, jonka mukaan lapsella on oikeus tuntea vanhempansa, sekä Euroopan ihmisoikeussopimuksen 8 artiklassa ilmaistun perhe-elämän kunnioituksen ja 14 artiklaan sisältyvän syntyperään perustuvan syrjinnän kiellon kanssa. Tapausta on kuitenkin kritisoitu siitä, että ratkaisussa ei viitata lainkaan perusoikeuksiin oikeusneuvos Lehtimajan eriävää mielipidettä lukuun ottamatta.[174] Scheinin toteaakin, että vaikka ratkaisu oli omana aikanaan rohkea, siinä peräännyttiin vuoden 1984 ratkaisun avaamasta perustuslain tulkinnasta.[175]

Tapauksessa KKO 2003:107 vuonna 1968 avioliiton ulkopuolella syntynyt A oli nostanut vuonna 2000 kanteen edellisenä vuonna kuolleen B:n oikeudenomistajaa C:tä vastaan, ja vaati vahvistamaan, että B oli hänen isänsä. Isyyslain voimaanpanosta annetun lain mukaisesti kanne olisi siis tullut nostaa melkein kaksikymmentä vuotta aiemmin, A:n ollessa 12-vuotias. A ja A:n äiti olivat olleet siinä virheellisessä käsityksessä, että isyysasia oli ollut kunnossa, sillä B oli vuonna 1969 tuomioistuimen päätöksellä velvoitettu maksamaan A:lle elatusapua. Lisäksi B ja A:n äiti olivat allekirjoittaneet vuonna 1984 sosiaalilautakunnan vahvistaman jatkoelatussopimuksen. Toiseen tyttäreensä C:hen B oli tunnustanut isyytensä vuonna 1981. A:lle oli selvinnyt vasta B:n kuoleman jälkeen, ettei B:tä ollut vahvistettu hänen isäkseen.

Esittelijä katsoi mietinnössään, että tapauksessa kannemääräajan soveltaminen oli perustuslain 106 §:ssä tarkoitetuin tavoin ilmeisessä ristiriidassa perustuslain 6 §:n 2 momentissa säädetyn syrjinnän kiellon kanssa, koska A oli joutunut syntymäaikansa ja siis ikänsä perusteella oikeudellisesti eri asemaan isyyslain voimaantulon jälkeen syntyneisiin nähden. Kun otetaan huomioon isyyslain säätämisen päätarkoituksena ollut lasten oikeudellisen yhdenvertaisuuden toteuttaminen, tavoitteet, joihin kannemääräajan säätämisellä pyrittiin (miehen oikeusturvavaatimukset), eivät esittelijän mukaan tehneet oikeutetuksi A:n asettamista huonompaan asemaan lain voimaantulon jälkeen syntyneisiin nähden. Esittelijä kiinnitti huomiota myös siihen, että oikeusturvasyiden ei katsottu edellyttävän isyyslain voimaantulon jälkeen syntyneiden lasten kanneoikeuden rajoittamista määräaikaan. Siten näiden lasten nostamilla isyyskanteilla voidaan puuttua aikaisemmin syntyneisiin oikeussuhteisiin jopa vuosikymmeniä myöhemmin. Esittelijä arvioi myös rajoitusta, jonka mukaan kannetta ei saa nostaa, jos mies on kuollut. Rajoitusta oli perusteltu lain esitöissä sillä, että näissä tapauksissa ei riittävän näytön hankkiminen isyydestä ole yleensä enää mahdollista. Esittelijä totesi muun muassa, että näytön hankkimiseen liittyviä ongelmia voi ilmetä myös isyyslain voimaantulon jälkeen syntyneiden lasten isyysoikeudenkäynneissä, eikä heidän kanneoikeuttaan ole tästä huolimatta ra-

174 Lavapuro 2010, 125, alav. 125; Scheinin 2004, 538.
175 Scheinin 2004, 538.

joitettu vastaavasti. Esittelijä katsoikin, että A:n asettamiselle eri asemaan isyyslain voimaantulon jälkeen syntyneisiin lapsiin nähden miehen kuoleman vuoksi ei ollut hyväksyttävää perustetta.

Korkein oikeus totesi ratkaisussaan, että määräajan asettamiselle on oikeusvarmuusnäkökohtien valossa ollut vahvat perusteet. Korkein oikeus toi lisäksi esiin, että A:n ja B:n ei ole edes väitetty koskaan asuneen yhdessä eikä heidän välilleen ole missään vaiheessa syntynyt tosiasiallista perheyhteyttä tai muutoinkaan läheiseksi kuvattavissa olevaa suhdetta. Nostaessaan kanteen A on ollut jo 32-vuotias. B:n kuolema ja olosuhteet kokonaisuudessaan huomioon ottaen isyyden vahvistamisella olisi merkitystä lähinnä perintöoikeuden kannalta. Suomea sitovat kansainväliset ihmisoikeusvelvoitteet eivät tue korkeimman oikeuden mukaan sellaista käsitystä, että isyyslain voimaanpanosta annetun lain soveltaminen tässä tapauksessa sanamuotonsa mukaisesti olisi ristiriidassa näiden sopimusten määräysten kanssa. Korkein oikeus katsoikin, ettei isyyslain voimaanpanosta annetussa laissa ilman hyväksyttävää syytä aseteta ennen isyyslain voimaantuloa syntynyttä A:ta syntymäaikansa ja ikänsä perusteella eri asemaan kuin isyyslain voimaantulon jälkeen avioliiton ulkopuolella syntyneet lapset. Tuossa lainkohdassa säädetyn viiden vuoden määräajan soveltaminen ei siis ollut KKO:n mukaan ristiriidassa perustuslain 6 §:n 2 momentissa säädetyn syrjinnän kiellon kanssa.

Tapausta on kritisoitu oikeuskirjallisuudessa.[176] Paitsi että korkeimman oikeuden on katsottu tulkinneen sekä perustuslain 6 §:ää että Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytäntöä ja muita ihmisoikeusvelvoitteita suorastaan virheellisesti,[177] sitä on kritisoitu myös perus- ja ihmisoikeusmyönteisen laintulkinnan unohtamisesta. Scheinin oudoksuu sitä, että tässä ns. kiperässä tapauksessa koko viisihenkinen kokoonpano on yksimielisesti ryhmittynyt yhden ääripään kannalle (lain sanamuodon mukainen tulkinta) ja esittelijä taas asettunut toiseen ääripäähän (ilmeinen ristiriita perustuslain kanssa). Scheinin kysyy aiheellisesti, miksei yksikään oikeusneuvos tuo eriävässä tai täydentävässä mielipiteessään esiin muita ratkaisuvaihtoehtoja, kuten perus- ja ihmisoikeusmyönteistä tulkintaperiaatetta, jonka tulisi olla ensisijainen keino ristiriidan poistamiseksi. Hän esittääkin huolen, että korkein oikeus on omaksumassa dikotomisen asenteen – joko laki on ilmeisen perustuslainvastaisena jätettävä soveltamatta tai sitten sitä on sovellettava sanamuotonsa mukaisesti kiinnittämät-

176 Ks. mm. Lavapuro 2010, 163–165 ja 199–206; Scheinin 2004; Ojanen 2004a.

177 Scheininin mukaan (2004) korkeimman oikeuden tuomio perusteluineen on ristiriidassa Euroopan ihmisoikeussopimuksen 8 ja 14 artiklojen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytännön kanssa (ks. tapaukset *Marckx v. Belgia*, 13.6.1979 ja *Vermeire v. Belgia*, 29.11.1991), sekä kansalaisoikeuksia ja poliittisia oikeuksia koskevan yleissopimuksen 26 artiklan, lapsen oikeuksien yleissopimuksen ja Suomen perustuslain 6 §:n kanssa. Kaikki nämä normit edellyttävät avioliitossa ja avioliiton ulkopuolella syntyneiden henkilöiden yhdenvertaista kohtelua.

tä perus- ja ihmisoikeusargumentteihin suurempaa huomiota.[178] Scheinin toteaakin, että aiempiin tapauksiin verrattuna vuoden 2003 isyyslakitapaus näyttäytyy ”imperiumin vastaiskuna”, jossa ”palataan takaisin tuttuun ja turvalliseen lakien soveltamiseen niiden sanamuodon mukaisesti”.[179]

Scheininin mukaan moni asia tapauksessa olisi puoltanut ristiriidan ilmeisyyttä perustuslain 6 §:n kanssa. Ensinnäkin 6 §:ää tulee tulkita ihmisoikeudet huomioon ottaen, eikä suojan taso voi olla ainakaan minimitason asettavia ihmisoikeusvelvoitteita alempi. Kyse oli myös melko vanhasta laista, joka oli tullut voimaan ennen perusoikeusuudistusta ja myös ennen liittymistä Euroopan ihmisoikeussopimukseen. Lakia ei ollut aikoinaan käsitelty perustuslakivaliokunnassa, joten lain yksittäisen säännöksen sovellutuksen toteaminen perustuslainvastaiseksi ei olisi johtanut myöskään kiistoihin perustuslakivaliokunnan ja korkeimman oikeuden tulkinta-auktoriteetista eduskunnan säätämien lakien perustuslainmukaisuuden arvioinnissa. Lisäksi lain sanamuodosta oli poikettu perustuslain yhdenvertaisuusnormeihin nimenomaisesti viitaten jo aiemmissa vastaavissa tapauksissa.[180]

Heinäkuussa 2010 Euroopan ihmisoikeustuomioistuin antoi kaksi Suomea koskevaa tuomiota, jotka koskivat isyyslain voimaanpanolain kannemääräaikaa (*Backlund v. Suomi* 6.7.2010 ja *Grönmark v. Suomi* 6.7.2010). Tapaus *Grönmark* koski ratkaisua KKO 2003:107. Tapauksissa ihmisoikeustuomioistuin katsoi, ottaen huomioon kilpailevat edut ja haettuaan oikeudenmukaista tasapainoa niiden välille (ns. ”*balancing of interests test*”[181]), että kannemääräaika oli joustamaton ja sitä oli sovellettu liian tiukasti, kun määräaika kului muun muassa lapsen iästä tai oikeustoimikelpoisuudesta riippumatta. Yleinen oikeusvarmuusintressi tai isän ja tämän perheen yksityiset intressit eivät ole ihmisoikeustuomioistuimen mukaan niin painavia, että valittajalta tulisi evätä kannemahdollisuus. Ihmisoikeustuomioistuin katsoikin, että ihmisoikeussopimuksen 8 artiklan takaamaa yksityiselämän suojaa oli loukattu. Koska se oli todennut 8 artiklan loukkauksen, se ei katsonut tarpeelliseksi tarkastella asiaa enää 14 artiklassa turvatun syrjinnän kiellon kannalta.

Neljännen kerran isyyslain voimaanpanolakia arvioitiin alkuvuodesta 2012 korkeimman oikeuden täysistunnossa ratkaistussa tapauksessa KKO 2012:11, jossa avioliiton ulkopuolella vuonna 1961 syntynyt A oli nostanut isyyden vahvistamista koskevan kanteen vuonna 2008. Isäksi väitetty B oli tehnyt A:n äidin kanssa lapsen elatusta koskevan sopimuksen, mutta ei ollut tunnustanut isyyttään eikä missään vaiheessa pitänyt yhteyttä A:han. A oli jo lapsena saanut tietää, ettei ollut isäpuolensa lapsi, mutta hänelle ei pyynnöistä huolimatta ollut

178 Scheinin 2004.
179 Scheinin 2004, 539.
180 Scheinin 2004, 541.
181 *Grönmark v. Suomi* (6.7.2010), kohta 49.

kerrottu biologisen isänsä henkilöllisyyttä. Täysi-ikäiseksi tultuaan hän oli turhaan yrittänyt saada tietoa isästään muun muassa viranomaisrekistereistä. Vasta isäpuolensa hautajaisten jälkeen vuonna 2007 A oli saanut tietää, että B oli hänen isänsä. Tämän jälkeen A oli ottanut B:hen yhteyttä, ja B oli ehdottanut DNA-testiä. Kansanterveyslaitoksen DNA-tutkimus oli osoittanut, että B oli 99,9 prosentin todennäköisyydellä A:n isä. B ei ollut kuitenkaan tunnustanut A:n isyyttä, joten A oli nostanut kanteen isyyden vahvistamiseksi vetoamalla siihen, että voimaanpanolain kannemääräajan soveltaminen olisi tässä tapauksessa vastoin Euroopan ihmisoikeussopimusta ja ristiriidassa perustuslain kanssa.

Korkeimman oikeuden jäsenten enemmistö keskittyi ratkaisussaan pohtimaan sitä, oliko tapauksessa loukattu perustuslain 10 §:ssä turvattua yksityiselämän suojaa Euroopan ihmisoikeussopimuksen 8 artiklan ja EIT:n ratkaisukäytännön valossa tulkittuna. Näin ehkä siitä syystä, että EIT:n aiemmat vastaavat Suomea koskevat tapaukset kesältä 2010 koskivat juuri tuon artiklan loukkausta.

Käytyään läpi tapaukseen liittyvää EIT:n ratkaisukäytäntöä korkein oikeus katsoi, että voimaanpanolain kanneaikasäännöksen noudattaminen oli tapauksessa johtanut perustuslain 106 §:ssä tarkoitetuin tavoin ilmeiseen ristiriitaan perustuslain 10 §:n kanssa EIS 8 artiklan ja EIT:n ratkaisukäytännön valossa tulkittuna.

Kuten eri mieltä olevien jäsenten lausunnoista käy ilmi, korkeimman oikeuden jäsenet olivat erimielisiä ennen kaikkea siitä, tulisiko oikeudellisesti *vahvistettuun isyyteen liittyvät oikeusvaikutukset* pitää erillään oikeudesta *biologisen syntyperän selvittämiseen*. Toisin sanoen, tulisiko isyyden vahvistamisen kanneajan sammumisen jälkeen johtaa myös perintöoikeuden syntymiseen, jopa takautuviin perintöjärjestelyihin. Koskelo tarkasteli eriävässä mielipiteessään Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytäntöä ja analysoi tarkemmin sitä, mistä niissä oikeastaan oli kysymys. Hän päätyi varsin seikkaperäisessä ja perusteellisesti argumentoidussa lausunnossaan siihen, että ihmisoikeussopimuksen ratkaisukäytännön perusteella on kansallisella tasolla turvattava vain mahdollisuus biologisen syntyperän selvittämiseen ja sen oikeudelliseen vahvistamiseen (tätä edellyttää 8 artiklan yksityiselämän suoja). Koskelon mukaan ihmisoikeussopimuksesta *ei* seuraa, että tämän pitää tapahtua vahvistamalla oikeudellinen isyys kaikkine oikeusvaikutuksineen.

Oikeusneuvokset Tulokas ja Raulos päätyivät tältä osin samanlaiseen tulkintaan. Kaikki eri mieltä olleet jäsenet peräänkuuluttivat lainsäädäntötoimia, joilla syntyvät ristiriidat ja vastakkaiset edut olisi ollut mahdollista yhteensovittaa tilanteessa, jossa isyysratkaisulla on normaalit oikeusvaikutukset perintöoikeuksineen kaikkineen. Koskelo totesikin, että perustuslain 106 § soveltuu huonosti ratkaisukeinoksi sellaisiin perusoikeuskysymyksiin, joiden järjestäminen yhdenvertaisuuden ja oikeusvarmuuden asianmukaiseksi turvaamiseksi vaatii

lainsäädännöllisiä toimia. Koskelo ilmeisesti tarkoitti tällä sitä, että yhdenvertaisuus ja syrjinnän kielto eivät tässä tapauksessa olleet suoraan sovellettavissa tuomioistuimissa, vaan asettivat vain lainsäätäjälle positiivisen velvoitteen harkintavaltansa puitteissa korjata epäoikeudenmukaiseksi koettu tilanne. Näin tulkittuna ne ovat periaatteita, joita tulee punnita (tässä tapauksessa) oikeusvarmuuden periaatteen kanssa.

Enemmistö oli todennut tältä osin ensinnäkin, että Suomessa lapsen oikeudellinen suhde isään voidaan vahvistaa vain isyyslain mukaisella tunnustamisella tai tuomioistuimen ratkaisulla. Isyyden vahvistamista koskevan kanteen hyväksymisen oikeusvaikutuksia, jotka perustuvat muuhun lainsäädäntöön, ei ratkaisun mukaan voida rajoittaa, vaan ne on ratkaistava tarvittaessa erikseen. Toisekseen, rajoitusten asettaminen ei ratkaisun mukaan ole perusteltua myöskään siksi, että isyyslain päätarkoituksena oli lasten oikeudellisen yhdenvertaisuuden toteuttaminen. Huomioon on tuomion mukaan otettava perustuslain 6 §:n lähtökohta, jonka mukaan ihmiset ovat yhdenvertaisia lain edessä eikä ketään saa ilman hyväksyttävää syytä asettaa eri asemaan alkuperän tai muun henkilöön liittyvän syyn perusteella. Tämä olikin ainoa ratkaisun kohta, jossa sivuttiin yhdenvertaisuusperiaatetta ja syrjinnän kieltoa. Edes eri mieltä olleet jäsenet, jotka päätyivät siihen, että ihmisoikeussopimuksen 8 artikla turvaa vain oikeuden biologisen alkuperän selvittämiseen ja vahvistamiseen, ei perintöoikeutta, eivät analysoineet perintöoikeuden rajaamista yhdenvertaisuusperiaatteen ja syrjinnän kiellon näkökulmasta.

Riippumatta siitä, ovatko kannemääräajat isyyskanteen nostamiseksi ylipäänsä perhe- tai yksityiselämän suojan mukaisia vai eivät, ydinkysymys ja keskeinen oikeudellinen ongelma näissä isyyslain voimaanpanolakia koskevissa tapauksissa on mielestäni se, *onko ennen isyyslain voimaantuloa avioliiton ulkopuolella syntyneiden lasten ja tämän ajankohdan jälkeen avioliiton ulkopuolella syntyneiden lasten erilaiselle kohtelulle olemassa PL 6 §:ssä tarkoitetut hyväksyttävät oikeuttamisperusteet*. Tähän olennaiseen kysymykseen kiinnitti huomiota vain tapauksen KKO 2003:107 esittelijä.

5 Perusoikeuksien rajoittamisesta

Suomen perustuslaissa ei ole yleistä perusoikeuksien rajoitussäännöstä. Joissain perusoikeussäännöksissä on kuitenkin ns. *lakivaraus*.[182] Lakivaraus voi olla ns. *kvalifioitu eli yksilöity lakivaraus*, jossa säädetään niistä rajoituksista, joita perusoikeuteen voidaan tehdä tavallisella lailla. Esimerkiksi PL 12 § 1 momentin mukaisesti ”lailla voidaan säätää kuvaohjelmia koskevia lasten suojelemiseksi välttämättömiä rajoituksia”. Tämän tyyppiset kvalifioidut lakivaraukset yhtäältä luovat valtuuden rajoittaa perusoikeutta tavallisella lailla, mutta toisaalta asettavat lainsäätäjän harkintavaltaa rajoittavia lisäkriteerejä.[183] Lakivaraus voi olla myös ns. *sääntelyvaraus*, jonka mukaisesti lainsäätäjällä on mahdollisuus tai velvollisuus säännellä perusoikeuden käyttämisestä tavallisella lailla. Esimerkiksi PL 12 § 1 momentin mukaisesti ”tarkempia säännöksiä sananvapauden käyttämisestä annetaan lailla”. Sääntelyvaraus ei sisällä rajoitusvaltuutta, eli perusoikeutta ei saa tavallisella lailla heikentää, vaan lainsäätäjän tehtävä on antaa perusoikeuden käyttöä koskevia tarkempia säännöksiä.[184] Taustalla on ajatus siitä, että perusoikeus edellyttää toteutuakseen tavallista lainsäädäntöä ja että sen täsmällinen sisältö määräytyy vasta perusoikeussäännöksen ja tavallisen lainsäädännön muodostaman normikokonaisuuden pohjalta.[185]

Perusoikeussäännös voi sisältää myös lainsäätäjää sitovan *perustuslaillisen toimeksiannon*, positiivisen toimintavelvoitteen. Esimerkkinä tällaisesta turvaamisvelvollisuudesta mietinnössä mainitaan PL 6 § 4 momentti, jonka mukaisesti ”sukupuolten tasa-arvoa edistetään yhteiskunnallisessa toiminnassa sekä työelämässä, erityisesti palkkauksesta ja muista palvelussuhteen ehdoista määrättäessä, sen mukaan kuin lailla tarkemmin säädetään”. Myös esimerkiksi PL 19 § 2 ja 3 momentti sisältävät perustuslaillisen toimeksiannon. Säännöksen 2 momentin mukaan ”lailla taataan jokaiselle oikeus perustoimeentulon turvaan työttömyyden, sairauden, työkyvyttömyyden ja vanhuuden aikana sekä lapsen syntymän ja huoltajan menetyksen perusteella”. Säännöksen 3 momen-

---

182 Ks. lakivarausten oikeudellisesta merkityksestä PeVM 10/1998, 10–12. Ks. myös Saraviita 2005, 192–207; Viljanen 2011b, 166–170.

183 Ns. *yksinkertaiset tai avoimet lakivaraukset* eivät aseta lainsäätäjän harkintavallalle rajoittavia kriteerejä, eikä niitä pidetä enää perusoikeussääntelyn mukaisina. Jo ennen perusoikeusuudistusta perustuslakivaliokunta kehitti avoimin lakivarauksin säädettyjen perusoikeuksien ydinsisältöjä, joiden rajoittaminen edellytti poikkeuslain käyttöä. Perustuslakiuudistuksessa avoimet lakivaraukset poistettiin. Saraviita 2005, 192–193. Ks. myös Viljanen 2011b, 166–170. Ks. HE 309/1993, 14; PeVM 25/1994, 4.

184 Esimerkiksi yhdistymisvapauden käyttöä koskee yhdistyslaki ja sananvapauden käyttöä sananvapauslaki. Ks. Viljanen 2011b, 169–170; PeVM 25/1994, 5–6.

185 PeVM 25/1994.

tin mukaan taas ”julkisen vallan on turvattava, sen mukaan kuin lailla tarkemmin säädetään, jokaiselle riittävät sosiaali- ja terveyspalvelut ja edistettävä väestön terveyttä. Julkisen vallan on myös tuettava perheen ja muiden lapsen huolenpidosta vastaavien mahdollisuuksia turvata lapsen hyvinvointi ja yksilöllinen kasvu”. Sääntelyvarauksesta perustuslaillisen toimeksiannon on katsottu eroavan siten, että turvaamisvelvoitetta ei toteuteta erillislailla vaan turvaamisvelvoitteen alaan kuuluva lakiehdotus kerrallaan.[186]

Muitakin perusoikeuksia on mahdollista rajoittaa lailla, ellei säännöstä ole kirjoitettu ehdottomaksi. Tällainen ehdoton perusoikeussäännös on esimerkiksi PL 6 § 2 momentin syrjintäkielto. Muita täsmällisen ja ehdottoman kiellon muotoon kirjoitettuja perusoikeussäännöksiä ovat esimerkiksi kuolemanrangaistuksen, kidutuksen ja ihmisarvoa loukkaavan kohtelun kielto (7 § 2 mom), taannehtivan rikoslain kielto (8 §), ja työstä erottamisen kielto ilman lakiin perustuva syytä (18 § 3 mom).[187] Näiden oikeuksien rajoittaminen on toteutettavissa vain poikkeuslailla edellyttäen, että kyseessä on PL 73 §:n mukaisesti vain rajattu poikkeus, eikä kansainvälinen velvoite kiellä rajoittamista.[188] Esimerkiksi Euroopan ihmisoikeussopimuksessa ja YK:n KP-sopimuksessa on määrätty tietyistä oikeuksista, joita ei voida rajoittaa edes tilapäisesti sodan tai muun hätätilan aikana. Syrjinnän kielto on yksi tällainen oikeus. Osa sinänsä ehdottomista kielloista jättää lainsäätäjälle jonkin verran liikkumavaraa. Syrjintäsäännös kieltää vain eri asemaan asettamisen ilman hyväksyttävää perustetta, jolloin lainsäätäjälle jää tietty harkintamarginaali sen arvioinnissa, milloin hyväksyttävä peruste on käsillä. Arviointi on Viljasen mukaan tosiasiassa hyvin samankaltaista kuin oikeuden muotoon kirjoitetun perusoikeuden rajoitusten sallittavuuden arviointi.[189]

Sellaisia perusoikeuksia, jotka eivät sisällä lakivarausta, tai jotka eivät ole ehdottoman kiellon muotoon kirjoitettuja, voidaan rajoittaa perusoikeuksia koskevien yleisten oppien mukaisesti. Keskeisen aseman perusoikeuksien rajoitusten sallittavuuden arvioinnissa on saanut perustuslakivaliokunnan perusoikeusuudistusta koskevaan mietintöönsä kirjaama perusoikeuksien yleisten rajoitusperusteiden luettelo.[190] Sen voidaan Viljasen mukaan katsoa muodostavan

---

186 Saraviita 2005, 203–204.

187 Viljanen 2011b, 140; Jyränki 2000, 292. Kuten Saraviita toteaa (2005, 200), perusoikeuksien rajoituskieltojen välillä on tehokkuuseroja. Esimerkiksi PL 7 § 2 momentin kielto tuomita kuolemaan tai kiduttaa ei jätä tulkinnan varaa. Sen sijaan PL 6 § 2 momentin syrjinnän kielto on jo hyvin tulkinnanvarainen. Hyväksyttävää perustetta ei ole oikeustieteen menetelmin osoitettavissa vaan sen merkitys määräytyy arvostuspohjaisesti. Saraviidan mukaan perustuslakivaliokunnan lausunnoista ei myöskään voi osoittaa yhtenäistä linjaa sille, mikä on hyväksyttävä peruste eriarvoistavalle lainsäädännölle.

188 Jyränki 2000, 292.

189 Viljanen 2011b, 140.

190 PeVM 25/1994, 4. Ks. myös Viljanen 2001.

perusoikeusrajoitusten sallittavuuden arvioinnissa käytettävän yleisen testin.[191] Mietinnön mukaan yleisiä rajoittamista koskevia vaatimuksia ovat esimerkiksi[192] seuraavat.

Perusoikeuksien rajoitusten tulee ensinnäkin perustua eduskunnan säätämään lakiin.[193] Jos rajoitus on tehty alemmanasteisessa säädöksessä, kuten kunnan virkasäännössä, sitä ei saa soveltaa tuomioistuimessa tai muussa viranomaisessa perustuslain 107 §:n nojalla.[194] Toiseksi rajoitusten on oltava tarkkarajaisia ja riittävän täsmällisesti määriteltyjä, ja niiden olennaisen sisällön tulee ilmetä laista.[195] Kolmanneksi rajoitusperusteiden tulee olla hyväksyttäviä, ja rajoittamisen painavan yhteiskunnallisen tarpeen vaatima. Hyväksyttävyyden arvioinnissa merkitystä voi mietinnön mukaan olla esimerkiksi Euroopan ihmisoikeussopimuksen vastaavanlaista oikeutta koskevilla määräyksillä. Ojanen kuitenkin huomauttaa, että ihmisoikeussopimuksen vähimmäistasoluonteesta seuraa, että ihmisoikeussopimuksen kannalta hyväksyttävä ihmisoikeuden rajoitusperuste ei välttämättä ole hyväksyttävä perusoikeuden rajoitusperuste Suomen perustuslain mukaan.[196] Saraviita toteaa, että painavimmiksi hyväksyttäviksi perusteiksi voidaan ajatella perusoikeussäännöksiin sisältyviä perustuslaillisia toimeksiantoja ja muita niihin liittyviä tavoitesäännöksiä.[197] Jos esimerkiksi perusoikeuden rajoittaminen toteuttaa toiseen perusoikeuteen liitettyä toimeksiantoa, rajoituksella on tällöin hyväksyttävä syy. Saraviita jatkaa, että tällaisia säännöksiä on useita, kuten sukupuolten tasa-arvoa koskeva 6 § 4 momentti.[198] Myös Viljanen toteaa, että rajoitusperusteiden hyväksyttävyyttä tulee arvioida perusoikeusjärjestelmän kannalta.[199] Siten Viljasenkin mukaan esimerkiksi muiden ihmisten perusoikeuksien turvaamistavoite muodostaa hyväksyttävän perusteen rajoittaa toista perusoikeutta. Myös jokin painava yhteiskunnallinen intressi voi tulla kyseeseen perusoikeuden hyväksyttävänä rajoitusperusteena, esimerkiksi kansallinen turvallisuus tai vakavan rikollisuuden estämi-

191 Viljanen 2011b, 146.

192 Saraviita toteaa (2005, 214), että lista rajoituskriteereistä otsikoitiin mietinnössä ”esimerkeiksi”. Mietinnössä esitetyistä rajoituskriteereistä on Saraviidan mukaan kuitenkin pidetty kiinni sellaisenaan ja laajennuksitta.

193 Ks. Viljanen 2011b, 147–152.

194 Ojanen huomauttaa (2001, 69), että lailla säätämisen vaatimus on tiukempi kuin moniin kansainvälisiin ihmisoikeussopimuksiin sisältyvät ns. lakivaraukset, joiden mukaan tietyn sopimuksessa turvatun ihmisoikeuden rajoitus on ”lain sallima” tai ”laissa säädetty”. Esimerkiksi Euroopan ihmisoikeussopimuksen sananvapautta turvaava 10 artikla asettaa sananvapauden rajoituksen yhdeksi edellytykseksi sen, että rajoituksesta on ”säädetty laissa”. Ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan lakivaatimuksen voi täyttää myös parlamenttilakia alemmanasteinen säädös, vakiintunut tuomioistuinkäytäntö tai tapaoikeus.

195 Ks. Viljanen 2011b, 152–154.

196 Ojanen 2001, 69.

197 Saraviita 2005, 211.

198 Ks. myös Viljanen 2011b, 154–157 ja Viljanen 2001, 125–204.

199 Viljanen 2011b, 154.

nen. Tällaisten kollektiivisten intressien hyväksyttävyys vaihtelee perusoikeuksittain.[200]

Neljänneksi perusoikeuden ytimeen ulottuvaa rajoitusta ei voida säätää tavallisella lailla. Tämä on mahdollista vain ytimen ulkopuolisella alueella, silloinkin painavista yhteiskuntapoliittisista syistä.[201] Itse ydinsisällön määrittäminen edellyttää yleensä tapauskohtaista tulkintaa.[202] Viljanen toteaa, että ydinalueen koskemattomuuden vaatimuksella ei välttämättä ole itsenäistä käytännön merkitystä, sillä ydinalueeseen puuttuvat rajoitukset ovat yleensä suhteellisuusperiaatteen ja usein myös ihmisoikeusvelvoitteiden vastaisia. Useimmiten vaatimusta perusoikeuden ydinalueen loukkaamattomuudesta onkin Viljasen mukaan käytetty käänteisesti: lainsäätäjän liikkumavaran on nähty olevan normaalia suurempi, jos perusoikeusrajoitukset jäävät perusoikeussuojan reunaalueelle.[203] Klassikkoesimerkkinä pidetään sananvapautta koskevaa sääntöä, jonka mukaan kaupallinen mainonta kuuluu sinänsä sanavapauden piiriin, mutta esimerkiksi kansanterveydellisistä syistä tupakkaan kohdistuva mainontakielto voidaan säätää tavallisella lailla, koska rajoitus ei koske oikeuden ydinaluetta, yhteiskunnallisesti merkittävää viestintää.[204] Kuten Saraviita toteaa, ydinaluetta määriteltäessä perustuslakivaliokunta tekee arvopunnintaa, joka ei ole oikeustieteen menetelmin arvioitavissa.[205]

Viidenneksi rajoitusten tulee olla suhteellisuusperiaatteen mukaisia eli niiden tulee olla välttämättömiä hyväksyttävän tarkoituksen saavuttamiseksi. Mietinnössä todetaan, että jokin perusoikeuden rajoitus on sallittu vain, jos tavoite ei ole saavutettavissa perusoikeuteen vähemmän puuttuvin keinoin. Rajoitus ei mietinnön mukaan saa mennä pidemmälle kuin on perustelua ottaen huomioon rajoituksen taustalla olevan yhteiskunnallisen intressin painavuus suhteessa rajoitettavaan oikeushyvään.[206] Viljasen mukaan suhteellisuusvaatimuksen voidaan katsoa sisältävän kolme eri osavaatimusta: 1. soveltuvuusvaatimuksen eli vaatimuksen siitä, että perusoikeutta rajoittavan sääntelyn tulee olla tarkoitukseensa soveltuva – sääntelyn avulla tulee ylipäätään voida saavuttaa toivottu tavoite, jota voidaan pitää hyväksyttävänä perusoikeuden rajoitusperusteena; 2. välttämättömyysvaatimuksen, joka edellyttää sitä, että ei ole olemassa muuta

---

200 Viljanen 2011b, 155.

201 Saraviita 2005, 212; Viljanen 2011, 160–162.

202 Ojanen 2001, 70.

203 Viljanen 2011, 161. Viljanen viittaa perustuslakivaliokunnan lausuntoihin PeVL 17/1998, 23/2006 ja 29/2008.

204 Saraviita 2005, 212.

205 Saraviita 2005, 212. Ks. myös Nousiainen 2008b, jossa Nousiainen pohtii, mitä oppi perusoikeuksien ydinalueesta voi tarkoittaa syrjintäkieltojen kannalta. Ks. myös Hautamäki 2011. Ks. tapaus KHO 2008:20, jossa ortodoksivangille ei ollut järjestetty erityistä paastonajan ruokaa. Vaikka paasto ja siihen liittyvä ruokavalio sinänsä kuului KHO:n mukaan uskonnon harjoittamiseen, kyse ei ollut kuitenkaan uskonnon vapauden ydinalueeseen kuuluvasta rajoituksesta.

206 PeVM 25/1994, 5. Ks. myös Viljanen 2011b, 157 ja 2001, 205–227.

yhtä tehokasta keinoa, joka rajoittaa perusoikeutta vähemmän verrattuna valittuun keinoon tai ei rajoita sitä ollenkaan; 3. suhteellisuusvaatimuksen suppeassa merkityksessä: perusoikeutta rajoittava sääntely ei saa liiallisesti rasittaa kohdettaan eli rajoitettavan perusoikeuden haltijaa – rajoitus ei saa olla epäsuhteessa sillä tavoiteltavaan päämäärään ja rajoitettavaan perusoikeuteen.[207]

Suhteellisuusvaatimuksen täyttymisen arviointi perustuu viime kädessä perusoikeuden takaamien intressien ja perusoikeuden rajoittamisen taustalla olevien intressien painoarvon keskinäiseen punnintaan. Viljasen mukaan tässä intressipunninnassa perusoikeuksiin kiinnittyvillä intresseillä on korostunut painoarvo, *prima facie* -etusija. Joissain tapauksissa perusoikeussäännöksiin kiinnittyvät periaatteetkaan eivät saa lopullista etusijaa. Riittävän painavat argumentit perusoikeuden rajoitusperusteen tueksi voivat muuttaa asetelman. Viljanen esittää seuraavanlaisen punnintasäännön: Mitä enemmän perusoikeutta A rajoitetaan tavoitteen B vuoksi, sitä tärkeämpää tulee olla tavoitteen B toteutuminen. Sen sijaan perusoikeuksien keskinäisessä punninnassa ei lähtökohtaista etusija-asetelmaa ole ainakaan yleisesti olemassa, koska perusoikeuksien asettaminen keskinäiseen arvojärjestykseen on vaikeaa.[208]

Suhteellisuusperiaatteella on ollut Suomen oikeusjärjestyksessä merkittävä asema. Se on ollut muun muassa yksi hallinto-oikeuden yleisistä periaatteista, joka vaikuttaa viranomaisten harkintavallan rajoitusperiaatteena. Myös Euroopan ihmisoikeussopimuksen soveltamiskäytännössä sekä EU-oikeudessa suhteellisuusperiaatteella on keskeinen asema.[209] Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tuomioissa ratkaisevana kysymyksenä on usein se, voidaanko ihmisoikeusrajoitusta pitää sopimuksen tarkoittamalla tavalla ”välttämättömänä demokraattisessa yhteiskunnassa” hyväksyttävän tavoitteen saavuttamiseksi.[210] Perusoikeusuudistuksen jälkeen suhteellisuusvaatimuksen merkitys on korostunut myös lainsäädäntökäytännössä ja perustuslakivaliokunnan lausunnoissa.[211]

Kuudenneksi perusoikeuksia rajoitettaessa on huolehdittava riittävistä oikeusturvajärjestelyistä. Tällä tarkoitetaan paitsi muutoksenhakumahdollisuuden järjestämistä, myös muita oikeusturvan takeita, kuten tiedottamista tai kuulemista koskevia järjestelyitä. Ojanen toteaa, että vaatimuksella on yhteys perustuslain 21 §:ään, jossa korostetaan oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin ja hyvän hallinnon takeita.[212] Seitsemänneksi rajoitukset eivät saa olla ristiriidassa Suomen kansainvälisten ihmisoikeusvelvoitteiden kanssa. Perustuslakivaliokunta toteaa, että perusoikeusuudistus lähentää sisällöllisesti Suomen perusoi-

---

207 Viljanen 2011b, 157 ja 2001, 210–214.
208 Viljanen 2011b, 157–158.
209 Ks. esim. Jukka Viljanen 2003; Gerads 2005; Arnardottir 2003; Tridimas 2006; Ellis 1999.
210 Viljanen 2011b, 158. Ks. Jukka Viljanen 2003, 225–275.
211 Viljanen 2011b, 159. Viljanen viittaa perustuslakivaliokunnan lausuntoihin PeVL 8/1996, 17/1997, 23/1997 ja 53/2006.
212 Ojanen 2001, 71.

keusjärjestelmää kansainvälisiin ihmisoikeussopimuksiin, minkä vuoksi perus- ja ihmisoikeuksien tulkinnallinen harmonisointi on aiempaakin tärkeämpää.[213]

Tavallisella lailla toteutettavista *perusoikeusrajoituksista* on erotettava *perusoikeuspoikkeukset*, jotka rajoittavat perusoikeutta tai puuttuvat siihen laajemmin kuin perustuslaki sallii tavallisella lailla tehtäväksi.[214] Tällaiset lähtökohtaisesti kielletyt rajoitukset voidaan toteuttaa PL 73 §:n mukaisesti poikkeuslailla, eli säätämällä ne perustuslainsäätämisjärjestyksessä käsitellyllä lailla muuttamatta perustuslain tekstiä. Poikkeusten on PL 73 §:n mukaisesti pysyttävä rajattuina, ja poikkeuslain välttämisen periaatteen mukaisesti uusien, puhtaasti kansallisten perustuslaista poikkeavien lakien säätämistä tulee välttää ja menettelyyn tulee turvautua vain erityisen poikkeuksellisissa tapauksissa ja pakottavista syistä. *Tilapäisistä poikkeuksista* perusoikeuksiin säädetään puolestaan PL 23 §:ssä, joka koskee aseellisen hyökkäyksen tai siihen rinnastettavan poikkeusolon aikana tehtäviä perusoikeuspoikkeuksia. Tilapäistenkin poikkeusten on oltava säännöksen mukaan kansainvälisten ihmisoikeusvelvoitteiden mukaisia. Tuori toteaa, että perusoikeuksien rajoitusten ja niistä tehtävien poikkeusten välinen ero vastaa ihmisoikeussopimuksissa, kuten KP- ja Euroopan ihmisoikeussopimuksessa sovellettua käsitteiden *limitation* (rajoitus) ja *derogation* (poikkeus) eroa.[215] Sekä KP-sopimuksessa (4 artikla) että Euroopan ihmisoikeussopimuksessa (15 artikla) on määräyksiä oikeuksista, joista ei saa poiketa edes hätätilan aikana. Ehdoton suoja koskee muun muassa syrjinnän kieltoa. Tämä korostaa syrjinnän kiellon keskeistä merkitystä perus- ja ihmisoikeutena.

213 PeVM 25/1994, 5.
214 Viljanen 2011b, 142.
215 Tuori 2011b.

6 Suomen perustuslain 6 §

6.1 YLEINEN YHDENVERTAISUUSLAUSEKE

Yhdenvertaisuus ja syrjinnän kielto on tärkeä perus- ja ihmisoikeus.[216] Kansainvälisten ihmisoikeussopimusten vaikutus onkin ollut suuri, kun Suomeen on laadittu syrjinnän kieltäviä ja tasa-arvon edistämistä koskevia säännöksiä.[217] Yhdenvertaisuuden perussäännös Suomessa on Suomen perustuslain 6 § 1 momentin (ennen perusoikeusuudistusta hallitusmuodon 5 §) yleinen yhdenvertaisuuslauseke, jonka mukaan ”ihmiset ovat yhdenvertaisia lain edessä”. Yleiseen yhdenvertaisuuslausekkeeseen on katsottu sisältyvän mielivallan kielto ja vaatimus samanlaisesta kohtelusta samanlaisissa tapauksissa.[218] Perusoikeusuudistuksessa korostettiin kuitenkin sitä, että säännös ilmaisee paitsi perinteisen vaatimuksen oikeudellisesta yhdenvertaisuudesta, myös ajatuksen tosiasiallisesta tasa-arvosta. Perusoikeusuudistuksen tavoitteena olikin sekä perinteisen oikeudellisen yhdenvertaisuuden että tosiasiallisen tasa-arvon toteutumisen turvaaminen yhteiskunnassa. Yleisen yhdenvertaisuuslausekkeen katsottiin ilmaisevan yhdenvertaisuutta ja tasa-arvoa koskevan pääperiaatteen, jota pykälän muut momentit täsmentävät. Etenkin lainsäädännölle katsottiin olevan ominaista, että se kohtelee tietyn hyväksyttävän yhteiskunnallisen intressin vuoksi ihmisiä eri tavoin edistääkseen muun muassa tosiasiallista tasa-arvoa.[219]

Yhdenvertaisuussäännöksen läheinen yhteys tosiasialliseen tasa-arvoon oli tullut esille jo aiemminkin, esimerkiksi tasa-arvolain käsittelyn yhteydessä.[220] Tällöin perustuslakivaliokunta totesi, etteivät tasa-arvolain säännökset positiivisesta erityiskohtelusta ole hallitusmuodon 5 §:n kannalta ongelmallisia, koska ”naisten ja miesten välisen tasa-arvon toteuttaminen käytännössä myös suosimalla heikommassa asemassa olevaa sukupuolta perustuu pyrkimykseen lisä-

---

216 Ks. yhdenvertaisuudesta ja syrjinnän kiellosta perusoikeutena mm. Hidén 1975; Nieminen 1990, 2006a ja 2006b; Eriksson 1996; Kulla 1986 ja 2004; Scheinin 1999; Ahtela ym. 2006; Nousiainen 2008b; Viljanen 2010; Ojanen – Scheinin 2011b.

217 Ks. Ahtela ym. 2006, 21–23. Naisten ja miesten välisestä tasa-arvosta annetun lain (609/1986) esitöissä (HE 57/1985) viitataan mm. CEDAW-sopimukseen. Suomen perustuslain 6 § 2 momentin syrjinnän kieltävän säännöksen perusteluissa (HE 309/1993, 43) viitataan muun muassa Euroopan ihmisoikeussopimukseen, YK:n KP-sopimukseen, CEDAW-sopimukseen ja ILO:n sopimuksiin. Myös perustuslain 6 § 4 momentin perusteluissa (HE 309/1993) viitataan CEDAW-sopimukseen ja samapalkkaisuutta koskeviin ILO:n samapalkkasopimukseen, TSS-sopimuksen 7 artiklaan, Euroopan sosiaalisen peruskirjan 4 artiklaan ja CEDAW-sopimuksen 11 artiklaan.

218 HE 309/1993, 42; Ojanen – Scheinin 2011b, 230; Jyränki 2000, 313.

219 HE 309/1993, 17 ja 42.

220 KM 1992:3, 172–173. Ks. PeVL 1/1986.

tä tasa-arvoa". Se viittasi myös tätä aiempaan lausuntokäytäntöönsä, jossa jo oli katsottu, "ettei tietyn väestönosan toimeentuloedellytysten parantaminen ja sen kautta yhteiskunnallisen tasa-arvon lisääminen ollut ristiriidassa yhdenvertaisuuden kanssa, vaikka kaikilla kansalaisilla ei ollut samanlaisia mahdollisuuksia saada yhtäläisin perustein laissa tarkoitettuja etuja ja oikeuksia".[221] Perusoikeuskomitea totesikin, että arvioidessaan lakiehdotusten suhdetta hallitusmuodon 5 §:ään perustuslakivaliokunta on kiinnittänyt huomiota erityisesti lain tarkoitukseen. Etenkin jos lain tarkoituksena on ollut parantaa yhteiskunnallisesti heikommassa asemassa olevien kansalaisten asemaa, se on katsottu mahdolliseksi säätää tavallisena lakina HM 5 §:n estämättä.[222]

Lain esitöiden perusteella voidaan siis sanoa, että perustuslain 6 § 1 momentilla viitataan sekä muodolliseen yhdenvertaisuuteen, samanlaisten samanlaiseen kohteluun, myös sellaiseen tosiasialliseen tasa-arvoon, jolla tarkoitetaan erilaisten erilaista kohtelua. Näyttäisi myös siltä, että positiivista erityiskohtelua tulisi perustuslain mukaan pitää osana tosiasiallisen tasa-arvon edistämistä eikä niinkään poikkeuksena yhdenvertaisuusperiaatteesta.

Perustuslain yhdenvertaisuussäännöstä on luonnehdittu myös yleiseksi oikeudenmukaisuusperiaatteeksi.[223] Säännöksellä onkin läheinen yhteys perusoikeuksien arvolähtökohdat ilmaisevaan perustuslain 1 §:ään, jonka 2 momentin mukaisesti "valtiosääntö turvaa ihmisarvon loukkaamattomuuden ja yksilön vapauden ja oikeudet sekä edistää oikeudenmukaisuutta yhteiskunnassa". Perusoikeusuudistusta koskevissa perustuslain esitöissä luonnehditaan perustuslain 1 § 2 momenttia seuraavasti.

> "Vaatimus ihmisarvon *loukkaamattomuudesta* ilmaisee perustavanlaatuisten oikeuksien yleisinhimillisen perustan. Ainakin kaikkein perustavimpia ihmisyksilön oikeuksia voidaan pitää perimmältään valtion tahdosta ja myös kulloisestakin oikeusjärjestyksestä riippumattomina. Lisäksi *ihmisarvon* käsite viittaa kaikkien ihmisyksilöiden periaatteelliseen yhdenvertaisuuteen. Maininta yksilön oikeuksien ja vapauden turvaamisesta korostaa puolestaan perusoikeuksien keskeistä asemaa Suomen valtiosäännössä. Sanonnan piiriin kuuluu myös monien muiden oikeuksien käytön perustana oleva yksilön itsemääräämisoikeus eli vapaus määrätä itsestään ja toimistaan. Ehdotetun luettelon kolmas osa [*oikeudenmukaisuus*] viittaa muun muassa yhdenvertaisuuteen sekä taloudellisiin, sosiaalisiin ja sivistyksellisiin perusoikeuksiin."[224]

---

221 PeVL 1/1986. Ks. PeVL 1/1975 (työntekijäin eläkelain muuttamista koskeva lakiesitys) ja PeVL 1/1981 (perintökaaren muuttamista koskeva lakiesitys). Eriksson kysyy aiheellisesti (1996), millä kriteereillä mitataan se *yhteiskunnallinen tasa-arvo*, jonka lisääminen ei valiokunnan mukaan ole ristiriidassa yhdenvertaisuuden kanssa. Arvioidaanko sitä taloudellisilla, sivistyksellisillä, sosiaalisilla vai muilla kriteereillä?

222 PeVL 1/1986; KM 1992:3, 174.

223 KM 1992:3, 174. Ks. mm. Jyränki 2000, 313.

224 HE 309/1993, 42. Ks. Ojanen – Scheinin 2011b, 217–226. Jyränki (2000, 61–62) toteaa, että PL 1 § 2 momentissa ovat ilmaistuna niin liberaalinen kuin sosiaalinenkin periaate – liberaalisen valtion ja hyvinvointivaltion idea. Edelliseen liitetään pidättyvyyden vaatimus, jolloin val-

Yhdenvertaisuus liitetään siis sekä ihmisarvoon että oikeudenmukaisuuteen. Viittaus ihmisarvoon sisältyy monien muidenkin maiden perustuslakeihin sekä ihmisoikeussopimuksiin. Esimerkiksi ihmisoikeuksien yleismaailmallinen julistus alkaa viittauksella ihmiskunnan kaikkien jäsenten luonnolliseen arvoon. Myös julistuksen 1 artikla sisältää ajatuksen ihmisarvon loukkaamattomuudesta: ”Kaikki ihmiset syntyvät vapaina ja tasavertaisina arvoltaan ja oikeuksiltaan.”[225] Sama tausta-arvo näkyy myös muiden ihmisoikeussopimusten, kuten YK:n KP-sopimuksen ja TSS-sopimuksen sekä CEDAW-sopimuksen johdannoissa. Myös Euroopan unionin perusoikeuskirjan 1 artiklassa todetaan ihmisarvon olevan loukkaamaton ja että sitä on kunnioitettava ja suojeltava. Perusoikeuskirjan tulkintaa ohjaavien selitysten mukaan ihmisarvo ei ole ainoastaan yksi olennaisista perusoikeuksista vaan myös kaikkien perusoikeuksien perusta. Sen vuoksi mitään perusoikeuskirjassa vahvistetuista oikeuksista ei voi käyttää toisen ihmisen arvon loukkaamiseen. Näin ollen sitä ei saa loukata myöskään silloin, kun jotain oikeutta rajoitetaan.[226] Ihmisoikeuksien universaalisuutta, ajatusta siitä, että ihmisoikeudet kuuluvat yhdenvertaisesti kaikille ihmisille, onkin perusteltu juuri ihmisyyden ja siihen liittyvän yhtäläisen ihmisarvon kautta.[227]

6.1.1 Yhdenvertaisuussäännöksen varhaisesta merkityksestä

Jo vuoden 1919 hallitusmuodon ”kansalaisten yleisiä oikeuksia” koskeva luku sisälsi yleisen yhdenvertaisuussäännöksen (HM 5 §).[228] Perinteisesti yhdenvertaisuus lain edessä on tarkoittanut ensisijaisesti vaatimusta yhdenvertaisesta lain soveltamisesta. Yhdenvertaisuusperiaate toimii tällöin tuomioistuinten ja

---

tion tehtävänä on turvata kansalaisten henkeä ja omaisuutta, tavaroiden tuottamista ja vaihdannan vapautta, ja jättää toimijoille liikkumavapaus oikeusjärjestyksen puitteissa. Tähän malliin kuuluu myös liberaalinen perusoikeusteoria, jonka mukaisesti yksilölle on turvattava vapauspiiri julkisen vallan puuttumista vastaan. Hyvinvointivaltion idea taas on syntynyt siitä kokemuksesta, ettei liberaalin valtion malli toimi kuten pitäisi. Valtion ja kansalaisyhteiskunnan erottelu hylätään ja valtio nähdään positiivisena, sosiaalisen turvallisuuden luojana. Malli näkyy perustuslain hyvinvointioikeuksissa (TSS-oikeudet). Jyränki toteaa, että Suomen perustuslaissa näkyvät nämä molemmat periaatteet, joiden mukaisesti on kehitettävä myös perusoikeuksia.

225 Ks. Ojanen – Scheinin 2011b, 220.

226 Euroopan unionin perusoikeuskirjan selitykset, EYVL 2007/C 303/02, 17.

227 Bielefeld 2009.

228 Ks. säännöksen lainsäädäntöhistoriasta Hidén 1975. Sukupuolten tasa-arvon näkökulmasta ks. Nieminen 1990, erit. s. 49 ss. Perusoikeuskomitea toi esiin (KM 1992:3, 171), että hallitusmuodon yhdenvertaisuussääntely ei vastannut täysin Ranskan vallankumouksesta alkunsa saanutta eurooppalaista perusoikeustraditiota. Suomessa vanhat säätyerioikeudet jäivät nimittäin voimaan jäänteinä vanhakantaisesta sääty-yhteiskunnasta. Perusoikeuskomitea huomauttaa (s. 171), että tämä on ristiriidassa uudenaikaisen perusoikeussäätelyn lähtökohtien kanssa. Säätyerioikeudet lakkautettiin kokonaan vasta perusoikeusuudistuksen yhteydessä.

muiden viranomaisten harkintavallan rajoitusperiaatteena.[229] Jo ennen perusoikeusuudistusta monissa, etenkin korkeimman hallinto-oikeuden tuomioissa viitattiin yhdenvertaisuusperiaatteeseen, usein HM 5 §:ää kuitenkaan mainitsematta.[230] Ahvenanmaan kotiseutuoikeuden epäämistä koskeva tapaus KHO 1979 I 4 oli pitkään ainoa ratkaisu, jossa viitattiin nimenomaisesti HM 5 §:ään. Muissa tapauksissa viitattiin tavallisen lain säännöksiin tai yleisesti yhdenvertaisen kohtelun vaatimukseen. Tästä voidaan päätellä, että kyseessä katsottiin olevan hallinnossa noudatettava yleinen oikeusperiaate.[231] Tässä mielessä kyse ei ollut yksilön ihmisarvoon liittyvästä perus- ja ihmisoikeudesta.

Ensimmäinen korkeimmassa oikeudessa käsitelty isyyslain voimaanpanoa koskeva tapaus KKO 1984 II 95 oli Ojasen ja Scheinin mukaan merkittävä monestakin syystä. Ratkaisussaan korkein oikeus nimenomaisesti viittasi HM 5 §:ään, mikä ilmentää yhdenvertaisuussäännöksen asemaa koko oikeusjärjestelmän läpäisevänä periaatteena. Toiseksi korkeimman oikeuden voidaan katsoa jättäneen soveltamatta tavallisen lain säännöstä perusoikeussäännöksen hyväksi – aikana, jolloin sen ei katsottu olevan hallitusmuodolle annetun tulkinnan vuoksi edes mahdollista. Korkein oikeus perusteli päätöksen kuitenkin ta-

---

229 HE 309/1993, 42. Eriksson (1996, 867) toteaa, että ”[h]allinto-oikeuden harkintavallan väärinkäyttöä koskeva oppi on ehkä käytännössä merkittävin muodollisesta yhdenvertaisuussäännöksestä kehitelty oikeudellista tulkintaa koskeva oppirakennelma Suomen oikeudessa: hallintoviranomaisten on vapaata harkintaa käyttäessään noudatettava puolueettomuus-, objektiivisuus-, suhteellisuus- ja tarkoitussidonnaisuusperiaatteita”. Ks. esimerkiksi rakennusasioita koskevat tapaukset KHO 1978 A II 61 ja 1979 I 3, joissa harkintavallan rajat katsottiin ylitetyn.

230 Saraviita 2005, 324; Ojanen – Scheinin 2011; Nieminen 2009, 20; Hallberg 2011b; Scheinin 1991, 257–258. Scheinin toteaa, että KHO:n oikeuskäytännöstä on esitettävissä kymmeniä tapauksia, joissa on viitattu viranomaisten velvollisuuteen noudattaa yhdenvertaisuusvaatimusta sellaisten käsitteiden avulla kuin *yhdenvertaisuus* (esim. KHO 1953 I 7, jossa kumottiin kaupungin päätös yhden viran jättämisestä palkankorotuksen ulkopuolelle), *tasapuolisuus* (KHO 1979 II 42, jossa nuorisolautakunnan katsottiin sivuuttaneen tasapuolisuuden vaatimukset ja ylittäneen toimivaltansa jakaessaan määrärahoja nuorisojärjestöille), *eriarvoisuus* (KHO 1979 I 3, jossa lääninhallitus oli asettanut maanomistajat eriarvoiseen asemaan ja siten ylittänyt harkintavaltansa, kun se oli lyhyen ajan sisällä myöntänyt yhdelle maanomistajalle poikkeusluvan pientalon rakentamiseen tietyllä alueella mutta evännyt vastaavan poikkeusluvan toiselta maanomistajalta), *perusteeton erottelu* (KHO 1985 II 50, jossa kumottiin kunnanhallinnon päätös, jolla yhdelle yritykselle oli myönnetty huomattava alennus vesilaskuista), *eri asema* (KHO 1976 II 17, jossa kyse oli kioskien erilaisista aukioloajoista), (*epä)edullisempi asema* (KHO 1976 II 18, jossa kaupunginvaltuuston katsottiin kaupungin omakotitalotonttien myyntiä koskevassa päätöksessään asettaneen eräät kaupungin jäsenet edullisempaan asemaan toisiin kaupungin jäseniin nähden ja siten ylittäneen toimivaltansa) tai *huonompi asema* (KHO 1982 I 1, jossa kumottiin virkavaalin tulos harkintavallan väärinkäyttönä, kun ainakin osa kaupunginhallituksen jäsenistä oli asettanut yhden hakijoista huonompaan asemaan tämän oletetun puoluepoliittisen kannan takia). Myös korkeimmassa oikeudessa on viitattu vain yhdenvertaisuuden periaatteeseen. Ks. esim. tapaus KKO 1973 II 73, jossa kahdelle rikoskumppanille samassa jutussa tuomitut rangaistukset olivat ilmeisessä epäsuhteessa keskenään. Rangaistusten mittaaminen, joka siten loukkasi yhdenvertaisuusperiaatetta, katsottiin virkavirheeksi.

231 Ojanen – Scheinin 2011b, 277–278. Näin myös Hidén 1975. Ks. myös Scheinin 1991, 257–258.

vallisen lain tulkintaa koskevana, mikä havainnollistaa, ettei tulkinnan ja tavallisen lain soveltamatta jättämisen välillä ole selvää rajaa.[232]

Yhdenvertaisuussäännös ei vaikuttanut lainsäädäntövallan käyttöön vuosikymmeniin kuten muut vapausoikeudet, koska sillä ei katsottu olevan lainsäätäjää velvoittavaa vaikutusta.[233] Perustuslakivaliokunnan käytännössä yhdenvertaisuussäännös sai aiempaa selkeämmän aseman lainsäädäntövallan käyttöön vaikuttavana säännöksenä vasta 1970-luvulta lähtien.[234] Lähtökohdaksi muodostui, että laki, joka asettaa ilman hyväksyttävää perustetta kansalaisia tai kansalaisryhmiä toisia edullisempaan tai epäedullisempaan asemaan, on ristiriidassa HM 5 §:n kanssa.[235]

Liisa Nieminen on kiinnittänyt huomiota siihen, että vuoden 1919 hallitusmuodon perusoikeussäännöksissä ei ollut mainintaa sukupuolesta. Oikeudet turvattiin yleisesti ”Suomen kansalaisille”. [236] Nieminen on tuonut esiin, että vasta vuonna 1983 eduskunnan oikeusasiamies totesi, että syrjintä sukupuolen perusteella on HM 5 §:ssä ilmenevän yhdenvertaisuusperiaatteen vastaista.[237] Väitöskirjassaan vuonna 1990 Nieminen toteaa lisäksi, että vaikka hallitusmuodon 5 §:lle voitiin tuolloin antaa sellainen sisältö, että se estää lainsäätäjää kohtelemasta naisia ja miehiä eri tavoin, tilanne ei ollut ollut sellainen vielä kovin kauan.[238]

6.1.2 Samanlaisia samalla tavalla – vertailuperiaate osana yhdenvertaisuussäännöstä

Yhdenvertaisuussäännös ei edellytä kaikkien kansalaisten kaikissa suhteissa samanlaista kohtelua, elleivät asiaan vaikuttavat olosuhteet ole samanlaisia.[239]

---

232 Ojanen – Scheinin 2011b, 237. Ks. myös Scheinin 1991, 219–220.

233 Hidén 1975, 25–28; Saraviita 2005, 92. Hidén osoittaa (1975, 31), että varhaisimmissa perustuslakivaliokunnan lausunnoissa, joissa mainittiin myös yhdenvertaisuussäännös, kyse oli useimmiten omaisuudensuojakysymyksistä.

234 HE 309/1993; Saraviita 2005, 92 ja 324–325. Saraviita (2005, 93) pitää perustuslakivaliokunnan tulkintakäytännön käännekohtana lakiehdotusta, jossa asunto-oikeuksia oli ehdotettu perustettavaksi vain maan tiettyjä osia varten. Esityksen katsottiin olevan ristiriidassa HM 5 §:ssä säädetyn yhdenvertaisuusperisaatteen kanssa. Tästä eteenpäin valiokunta lausuntoja antaessaan arvioi, loukkasiko esitys HM 5 §:ää. Valiokunta kehittikin Saraviidan mukaan yksityiskohtaisen tulkintasäännöstön siitä, millä edellytyksillä kansalaisryhmät voitiin tavallisessa lainsäätämisjärjestyksessä asettaa toisistaan poikkeavaan asemaan (ks. mm. PeVL 2/1975, 1/1986, 12/1990, 3 ja 4/1991).

235 HE 309/1993. Ks. esim. PeVL 2/1975, 1/1986, 2/1987 ja 3/1988.

236 Nieminen 1990, 49. Niemisen mukaan oli kuitenkin selvää, että hallitusmuotoa säädettäessä kansalaisella tarkoitettiin sekä miehiä että naisia, koska valtiopäiväjärjestyksessä (1906) todettiin: ”Oikeutettu valitsemaan edustajaa on jokainen Suomen kansalainen, sekä mies että nainen…”.

237 Nieminen 1990, 52, alav. 8. Tapauksessa kyse oli virantäytöstä.

238 Nieminen 1990, 53.

239 HE 309/1993, 42–43, jossa viitataan perustuslakivaliokunnan lausuntoihin PeVL 1/1986 (esitys tasa-arvolaiksi), PeVL 2/1987 ja PeVL 3/1988. Ks. myös PeVL 11/1982 ja PeVL 3/1983,

Hidén totesi jo vuonna 1975, että kysymys vertailuryhmästä eli siitä, mihin verraten yhdenvertaisuussäännös edellyttää kohtelun samanlaisuutta, on säännöksen tulkinnassa keskeinen.[240] Hidén jatkaa, että normin sisältöä voidaan kuvata oikeuskirjallisuudesta tuttuun tapaan toteamalla, että yhtäläisen kohtelun vaatimus ulottuu samanlaisissa oloissa oleviin. Tämä kuvaus jättää Hidénin mukaan kuitenkin vastaamatta juuri olennaiseen kysymykseen: milloin olosuhteita on pidettävä samanlaisina? Tai kääntäen, mikä erilaisuus on relevanttia – miten määräytyy se ryhmä, jonka sisällä kohtelun edellytetään muodostuvan samanlaiseksi? Kuten Hidén toteaa, mitään yleispätevää vastausta kysymykseen ei voidakaan antaa, sillä olosuhteiden vertailu tehdään aina suhteessa tiettyyn lainsäädäntötoimenpiteeseen. Relevantteja voivat olla tapauksesta riippuen minkätyyppiset oikeudelliset tai tosiasialliset erilaisuudet tahansa.[241] Eriksson totesi vuonna 1996 artikkelissaan ”Syrjintäkielto ja yhdenvertaisuus”, että avoimeksi kysymykseksi on jäänyt, minkälaisten oikeudellisten, moraalisten, poliittisten tai tosiasiallisten kriteerien nojalla vertailu on tehtävä tapauksissa, joiden väitetään olevan samanlaisia. Eriksson kritisoi sitä, että perustuslakivaliokunta ei ole kehittänyt mitään olosuhteiden vertailtavuustestiä, minkä vuoksi sekä samanlaisen kohtelun että erilaisen kohtelun periaatteen oikeudellinen sisältö on jäänyt hyvin epämääräiseksi.

Perustuslakivaliokunta on kannanotoissaan keskittynyt usein tutkimaan vain sitä, onko erottelujen tekemiseen hyväksyttäviä syitä. Vertailtavuustesti on usein jäänyt tekemättä.[242] Tämä ei kuitenkaan ole nähdäkseni mikään ongelma tai puute yhdenvertaisuussäännöksen tulkinnassa. Kuten Liisa Nieminen on todennut, nykyisellä sosiaalisen hyvinvointivaltion aikakaudella esiintyy muunkinlaisia tasa-arvo-ongelmia kuin sellaisia, joissa on kaksi selvästi keskenään verrattavissa olevaa ryhmää. Lähtökohdaksi ei voi aina edellyttää kahta vertailukelpoista yksilöä. Nieminen itse on muotoillut ihmisten erilaiset tarpeet huomioon ottavan tasa-arvomallin, joka voidaan nähdä esimerkiksi vanhusväestön palveluja turvaavan lainsäädännön taustalla.[243]

6.1.3 Hyväksyttävät erotteluperusteet

Hallitusmuodon 5 §:ää tulkittiin Saraviidan mukaan tietyssä vaiheessa varsin tiukasti niin, että lainsäätäjä ei voinut ilman vahvaa perustetta asettaa eri kansalaisryhmiä toisistaan poikkeavaan asemaan esimerkiksi asuinpaikan perusteel-

---

joihin viitataan tässä yhteydessä perusoikeuskomitean mietinnössä KM 1992:3, 174.

240 Hidén 1975, 41.

241 Hidén 1975, 42.

242 Eriksson 1996, 870–872. Ks. myös Hidén 1975.

243 Nieminen 2006b.

la. Säännöksen tehoa lievennettiin myöhemmin lausunnoin, joissa korostettiin, ettei säännöksestä saa muodostua lainsäätäjän toimivaltaa rajoittavaa tekijää.[244] Perustuslakivaliokunnan käytännössä alettiinkin vakiintuneesti korostaa, ettei yhdenvertaisuusperiaate voi asettaa tiukkoja rajoja lainsäätäjän harkinnalle pyrittäessä kulloisenkin yhteiskuntakehityksen vaatimaan sääntelyyn.[245] Tämä käänne perustuslakivaliokunnan tulkinnoissa säännöksen normatiivista tehoa heikentävään suuntaan näyttäisi Saraviidan mukaan tapahtuneen 1990-luvun alussa.[246] 2000-luvulla lainsäätäjän harkintavallan rajoja on koeteltu muun muassa seksuaalivähemmistöjä koskevien lainsäädäntöuudistusten yhteydessä.[247] Lainsäätäjän harkintavallan rajoja – ”pyrittäessä kulloisenkin yhteiskuntakehityksen vaatimaan sääntelyyn” – perustuslakivaliokunta on arvioinut myös muun muassa erilaisissa kokeilulainsäädäntöesityksissä sekä positiiviseen erityiskohteluun liittyvissä lainsäädäntöhankkeissa, joiden tavoitteena on edistää tosiasiallista tasa-arvoa.[248]

Perustuslakivaliokunta on jo varhain todennut, että se kiinnittää erontekojen hyväksyttävyyttä arvioidessaan huomiota säännösten tosiasialliseen merkitykseen, välttämättömyyteen tai yhteiskunnalliseen tarpeeseen, vapaaehtoisuuteen tai valinnaisuuteen säännösten soveltamisessa, muiden perusoikeuksien turvaamiseen ja vaihtoehtoisiin, yhdenvertaisuutta vähemmän haittaaviin ratkaisumahdollisuuksiin.[249] Kuten Eriksson on esittänyt, jokseenkin epäselväksi on jäänyt, millä konkreettisilla kriteereillä arvioidaan esimerkiksi lainsäädäntöhankkeen *välttämättömyys* ja *yhteiskunnallinen tarpeellisuus*. Sen paremmin kuin vertailtavuustestiä, perustuslakivaliokunta ei ole kehittänyt myöskään

---

244 Saraviita 1999, 46–47.

245 HE 309/1993, jossa viitataan PeVL 12/1990 (huoneenvuokralain muuttamista koskeva lakiesitys) ja 3/1991 (lakiesitys terveyskeskusmaksukokeilusta). Ks. myös perusoikeusuudistuksen jälkeiset perustuslakivaliokunnan lausunnot, esim. PeVL 15/2001, 58/2001, 59/2002 ja 1/2006, joissa valiokunta on halunnut vahvistaa, että perustuslain 6 §:ää on tulkittava samalla tavoin kuin HM 5 §:ää. Lavapuro toteaa (2009, 231, alav. 38), että perustuslain 6 § 1 momenttiin kiinnitettyä lainsäätäjän laajaa harkintamarginaalia korostavaa tulkintasääntöä ”sovelletaan tyypillisesti täysin irrallaan tulkintasäännön muodostamiseen vaikuttaneista perusteista samoin kuin käsillä olevista olosuhteista ja niiden perusoikeusrelevanssista”. Lavapuron mukaan tulkintasääntö ymmärretään kaavamaiseksi tulkintastandardiksi, vaikka kyse on moraaliperiaatteisiin nojautuvasta ja sisällöllisesti kiistanalaisesta, tilannesidonnaisesta punninnasta riippuvaisesta tulkintaongelmasta.

246 Saraviita 2005, 325. Ojanen ja Scheinin ovat arvioineet (2011, 233), että sittemmin valiokunnan käytännössä on taas havaittavissa tiukentumista sen suhteen, kuinka laajan harkintavallan yhdenvertaisuussäännös jättää lainsäätäjälle. Esimerkiksi lausunnossaan PeVL 39/1996 perustuslakivaliokunta katsoi työttömiä syrjiväksi sääntelyehdotuksen, jonka mukaisesti lasten päivähoitomaksusta voitaisiin myöntää vapautus muun muassa työssä oleville, opiskelijoille ja työkyvyttömille, mutta ei työttömille. Ehdotetun lainsäädäntökokonaisuuden tavoitteet liittyvät ihmisten kannustamiseen työntekoon tai muuhun tuottavaan toimintaan. Ehdotettu säännös katsottiin tavoitteestaan huolimatta työttömiä syrjivänä HM 5 § 2 momentin (syrjinnän kiellon) vastaiseksi.

247 Ks. esim. PeVL 15/2001, 59/2002, 16/2006, 25/2006 ja 15/2011.

248 Ks. esim. PeVL 43/2001, 58/2001, 34/2005 ja 44/2010.

249 Ks. esim. PeVL 1/1981 (perintökaaren muuttamista koskeva lakiesitys).

erottelujen oikeuttamistestiä, vaikka yhdenvertaisuuden tosiasiallinen oikeudellinen sisältö ja merkitys riippuvat sen tulkinnassa käytetyistä arviointikriteereistä.[250] Liisa Nieminen on kymmenen vuotta Erikssonin jälkeen (2006) esittänyt samantapaista kritiikkiä. Hän on todennut, että hyväksyttäviä erotteluperusteita koskeva tulkintadoktriini on yhä melko kehittymätöntä, ja tulkinnoissa on pitkään ollut kyse lähinnä *ad hoc* -kannanotoista.[251] Näin siitäkin huolimatta, että perusoikeusuudistuksen yhteydessä yhdenvertaisuussäännökseen lisättiin kansainvälistä kehitystä seuraten syrjinnän kielto, jonka toivottiin selkeyttävän säännöksen soveltamista. Joitakin vakiintuneita kriteerejä on Niemisen mukaan kuitenkin jo olemassa, kuten järjestelyn kokeiluluonteisuus.[252]

6.2 SYRJINNÄN KIELTO

Yleistä yhdenvertaisuussäännöstä täydentää perustuslain 6 § 2 momentti, joka sisältää soveltamisalaltaan yleisen syrjinnän kieltävän säännöksen. Kuten perusoikeusuudistusta koskevassa hallituksen esityksessä todetaan, kansainvälisessä ihmisoikeussääntelyssä erityisesti syrjinnän kielloilla on tärkeä merkitys.[253] Yhdenvertaisuussääntelyn kansainvälistä kehitystä vastaavasti sisällytettiin silloisen hallitusmuodon 5 §:n 2 momenttiin erityinen syrjinnän kieltävä säännös, jonka mukaan ”ketään ei saa ilman hyväksyttävää perustetta asettaa eri asemaan sukupuolen, iän, alkuperän, kielen, uskonnon, vakaumuksen, mielipiteen, terveydentilan, vammaisuuden tai muun henkilöön liittyvän syyn perusteella”. Itse syrjinnän käsitettä säännöksessä ei siis käytetä. Säännös sisältää Ojasen ja Scheininin sanoin ”eräänlaisen syrjinnän työmääritelmän: syrjinnällä tarkoitetaan ei-hyväksyttävää erottelua ihmisten kesken näiden välillä esiintyvien erojen vuoksi”.[254] Yleisen yhdenvertaisuuslausekkeen muodollisesta yhdenvertaisuudesta (samanlaisten samanlaisesta kohtelusta) ja tosiasiallisesta tasa-arvosta (erilaisten erilaisesta kohtelusta) huomio siirtyy tiettyihin kiellettyihin syrjintäperusteisiin, niiden perusteella tehtyihin erotteluihin sekä sen arvioimiseen, ovatko erottelut oikeutettavissa. Kuten Ojanen ja Scheinin toteavat, syrjintäkieltojen tarkoituksena ei ole poistaa ihmisten välillä luonnostaan esiintyviä eroja, vaan näihin eroihin perustuvat ei-hyväksyttävät erottelut.[255]

---

250 Eriksson 1996, 870–872.
251 Nieminen 2006, 254.
252 Nieminen 2006, 254. Nieminen viittaa perustuslakivaliokunnan lausuntoihin PeVL 43/2001, 58/2001, 43/2002 ja 70/2002. Myös Viljanen (2010, 514) on perustuslakivaliokunnan lausuntokäytäntöä analysoidessaan todennut, että valiokunnan tulkintakäytäntö on ”selvästi vakiintunut ja täsmentynyt sekä muodostunut varsin ennustettavaksi”.
253 HE 309/1993, 43.
254 Ojanen – Scheinin 2011b, 238.
255 Ojanen – Scheinin 2011b, 239.

Suomen perustuslain 6 § 2 momentin kiellettyjen syrjintäperusteiden luetteloa laadittaessa on esitöiden mukaan pyritty ottamaan huomioon sellaiset syrjintäperusteet, joita voidaan suomalaisessa yhteiskunnassa pitää syrjintäkiellon ydinalueena.[256] Kiellettyjen syrjintäperusteiden luettelo ei kuitenkaan ole tyhjentävä, vaan ”muu henkilöön liittyvä syy” voi esitöiden mukaan tarkoittaa esimerkiksi yhteiskunnallista asemaa, varallisuutta, yhdistystoimintaan osallistumista, perhesuhteita, raskautta,[257] aviollista syntyperää, sukupuolista suuntautumista[258] ja asuinpaikkaa. Alkuperällä tarkoitetaan säännöksessä sekä kansallista ja etnistä että yhteiskunnallista alkuperää, ja käsite kattaa myös rodun ja ihonvärin kiellettynä erotteluperusteena.[259] Esitöiden mukaisesti syrjintäsäännös koskee myös pelkkää erilliskohtelua eli segregaatiota. Tämä tarkoittaa sitä, että yhtäläistenkin palvelujen tarjoaminen erikseen eri väestöryhmille syrjintäkiellossa mainitun perusteen mukaisesti on kiellettyä, ellei sitä voida jonkin hyväksyttävän syyn perusteella pitää tietyssä tilanteessa oikeutettuna.[260] Syrjintäkielto kattaa myös välillisen syrjinnän. Lain esitöissä todetaan, että syrjintäkielto koskee myös toimenpiteitä, jotka johtavat välillisesti syrjivään lopputulokseen. Tällöin on arvioitava menettelyn tosiasiallisia seurauksia.[261] Myös jonkin henkilön tai ryhmän suosintaa on pidettävä syrjintäsäännöksen kieltämänä, jos se merkitsee toisiin kohdistuvaa syrjintää.[262]

Syrjintäsäännös ei kiellä kaikenlaista erontekoa ihmisten välillä, vaikka erottelu perustuisi syrjintäsäännöksessä nimenomaan mainittuun syyhyn. Olennaista on esitöiden mukaan se, voidaanko erottelu perustella perusoikeusjärjestelmän kannalta hyväksyttävällä tavalla.[263] Tämä ilmenee myös valitusta sana-

---

256 HE 309/1993, 43.

257 Tosin syrjinnänvastaisessa oikeudessa raskauden on katsottu kuuluvan olennaisesti naissukupuoleen, jolloin kyse on *sukupuoli*syrjinnästä.

258 Toisin kuin perustuslain esitöissä ja yhdenvertaisuuslaissa (21/2004), asianmukaisempaa olisi käyttää käsitettä *seksuaalinen suuntautuminen*, joka olisi yksiselitteisempi käännös EU:n työsyrjintädirektiivissä käytetystä englanninkielisestä ilmaisusta *sexual orientation*. Tätä käsitettä käytetään, kun puhutaan ihmisen seksuaalisen halun suuntautumisesta joko samaa, vastakkaista tai molempia sukupuolia oleviin (homo-, hetero- tai biseksuaalisuus) tai ei kehenkään. Sukupuoli-identiteetillä taas tarkoitetaan ihmisen käsitystä itsestään naisena, miehenä, jonakin tältä väliltä tai jonakin tämän jaon ulkopuolelta. Ks. Lehtonen – Mustola 2004, 20–23.

259 HE 309/1993, 44.

260 HE 309/1993, 44. Ks. syrjintälautakunnan lausunto 31.1.2006, dnro 2732/66/2004, jossa lautakunta päätti kieltää Helsingin kaupunkia ja Aurinkolahden peruskoulua muodostamasta vuosiluokkia maahanmuuttajaoppilaan kielen perusteella. Syrjintälautakunta tulkitsi yhdenvertaisuuslain syrjinnän käsitettä perusoikeusmyönteisellä tavalla ottaen huomioon sen, että perustuslain 6 § 2 momentissa kielletään myös pelkkä erilliskohtelu eli segregaatio ilman hyväksyttävää syytä. Hallinto-oikeus (päätös 15.6.2007, 07/0838/2) ei muuttanut syrjintälautakunnan päätöstä, vaan katsoi syrjintälautakunnan tavoin, että kyse ei ollut positiivisesta erityiskohtelusta vaan erilliskohtelusta eli segregaatiosta, jolle ei ollut esitetty hyväksyttäviä perusteita.

261 HE 309/1993, 44.

262 HE 309/1993, 44.

263 HE 309/1993, 44. Ks. esim. PeVL 25/2006, PeVL 59/2002, PeVL 16/2006.

muodosta ”ilman hyväksyttävää perustetta asettaa muihin nähden eri asemaan’”. Esitöissä jatketaan kuitenkin, että perustelulle asetettavat vaatimukset ovat korkeat erityisesti säännöksessä lueteltujen kiellettyjen syrjintäperusteiden osalta.[264] Kuten Liisa Nieminen on tuonut esiin, perustuslain 6 § 2 momentin tulkinnasta hyväksyttävien erotteluperusteiden osalta ei ole muodostunut perustuslakivaliokunnan lausuntokäytännössä kovin selkeätä linjaa. Joitakin vakiintuneita kriteerejä on kuitenkin jo olemassa, kuten Niemisen mainitsema järjestelyn kokeiluluonteisuus.[265] Perustuslakivaliokunta onkin useassa lausunnossaan pitänyt jonkinasteiseen erilaisuuteen johtavaa kokeilulainsäädäntöä tietyissä rajoissa hyväksyttävänä muun muassa kotitaloustyön tukemisen[266], toimeentulotehtävien siirron[267], terveyskeskusmaksun[268], ylioppilastutkinnon kehittämisen[269], seutuyhteistyön[270] ja nuorisorangaistuksen[271] osalta.

Perustuslakivaliokunnan linjan voidaan sanoa vakiintuneen myös kansalaisuuteen perustuvan erottelun osalta siinä mielessä, että Suomen, EU:n ja ETA:n jäsenvaltioiden kansalaiset on voitu asettaa eri asemaan muiden valtioiden kansalaisten kanssa, jos sääntely ”vastaa eurooppalaista sääntelyä ja rakentuu siten tavallaan vastavuoroisuuden varaan”.[272] Voidaan kuitenkin sanoa, että mitään yleisesti sovellettavaa vakiintunutta tulkintalinjaa hyväksyttävistä perusteista ei ole voinut syntyä, sillä arvioitavat lainsäädäntöhankkeet ovat olleet kovin erilaisia.[273] Kuitenkin esimerkiksi ikään ja seksuaaliseen suuntautumiseen perustu-

---

264 HE 309/1993, 44.
265 Nieminen 2006, 254.
266 PeVL 19/1997.
267 PeVL 2/1994.
268 PeVL 3/1991.
269 PeVL 58/2001.
270 PeVL 11/2002 ja 8/2003.
271 PeVL 59/2001.
272 PeVL 6/2008 (merilain muuttamista koskeva esitys), PeVL 11/2009 (esitys yliopistolaiksi), PeVL 13/2009 (esitys laiksi ammattikorkeakoululain muuttamisesta), PeVL 22/2004 (esitys asumiseen perustuvan sosiaaliturvalainsäädännön soveltamisesta annetun lain muuttamisesta). Toisaalta perustuslakivaliokunta on todennut, että Suomessa vakituisesti asuvilla ulkomaalaisilla on tänne sellaiset siteet, että heitä ei tulisi asettaa eri asemaan Suomen kansalaisten kanssa. Ks. PeVL 22/2004, 14/2003, 11/2009 ja 13/2009.
273 Vrt. esimerkiksi perustuslakivaliokunnan lausuntoja PeVL 20/1998, 1/2006 ja 14/2006. Ensimmäisessä esimerkissä kyse oli esityksestä maahanmuuttajien kotouttamislaiksi, jossa maahanmuuttajat asetettiin eri asemaan muihin Suomessa pysyvästi oleskeleviin henkilöihin nähden. Maahanmuuttajien työmarkkinatuen ja toimeentulotuen kytkeminen kotoutumissuunnitelman laatimiseen ja noudattamiseen katsottiin hyväksyttäväksi mm. sillä perusteella, että lakiehdotuksen tavoitteena on nimenomaisesti edistää ja parantaa maahanmuuttajan työelämään ja jatkokoulutukseen hakeutumisen edellytyksiä sekä yleensä hänen kykyään toimia suomalaisessa yhteiskunnassa. Toisessa esimerkissä oli kyse terveydenhuollon järjestämistä puolustusvoimissa, ja siinä asetettiin puolustusvoimien terveydenhuoltovastuulle kuuluvat muita kuntalaisia parempaan asemaan lähinnä terveydenhuoltopalvelujen saamisen nopeuden osalta. Palveluskelpoisuuden turvaaminen katsottiin hyväksyttäväksi perusteeksi erityiskohtelulle ottaen huomioon mm. maanpuolustusvelvollisuus ja palveluksen luonteesta johtuvat terveysriskit. Kolmannessa esimerkissä asunnon sijaintikunnan jäsen voitiin asettaa etusijalle kunnan aravavuokra- ja korkotu-

via erotteluja on arvioitu perustuslakivaliokunnassa useasti, joten niitä on perusteltua käsitellä tässä hieman tarkemmin.

6.2.1 Ikään perustuva erottelu perustuslakivaliokunnassa

Perustuslakivaliokunta on todennut ikärajojen asettamiselle lainsäädännössä olevan lähinnä kaksi motiivia. Ensinnäkin jokin etuus halutaan rajata vain tietylle ryhmälle tai jokin velvollisuus asettaa vain suhteessa tietyn ikäisiin. Toinen perustelu on ikärajojen tuoma hallinnollinen yksinkertaisuus, joka vähentää tapauskohtaista harkintaa. Valiokunnan ikärajoja koskeva käytäntö voidaan jakaa kahteen ryhmään. Yhtäältä se on ollut esillä nuorten henkilöiden kohdalla, toisaalta niitä on arvioitu silloin, kun ne ovat koskeneet vanhusväestöä.[274] Nuorten erilliskohtelua on pidetty mahdollisena muun muassa nuorisotyöttömyyden erityisongelmien takia.[275] Ikärajojen asettaminen eläkejärjestelmässä on taas asian luonteen vuoksi perustuslain 6 §:n kannalta ongelmatonta, kunhan erottelut eivät ole mielivaltaisia eivätkä erot eläketurvassa muodostu kohtuuttomiksi.[276] Vanhusväestön tosiasiasiallisen tasa-arvon turvaamiseksi heihin on voitu kohdistaa positiivista erityiskohtelua.[277]

Ikään perustuvan erottelun hyväksyttävyyttä arvioidessaan perustuslakivaliokunta on todennut ottavansa huomioon paitsi normatiivisen näkökulman, erityisesti sen, onko erottelu hyväksyttävä koko perusoikeusjärjestelmän näkökulmasta. Toiseksi se ottaa huomioon ehdotetun erottelun perusteluiksi esitetyt tosiasiat. Tällöin se tukeutuu usein tutkimus- ja tilastotietoon, jollei ehdotus jo sinänsä ole selvästi tarkoituksenmukainen (esim. PeVL 42/2004). Jos riittävää tilastotietoa ei ole esitetty, valiokunta on kehottanut vaatimaan sellaista (esim. PeVL 46/2002). Kolmanneksi se ottaa huomioon sen, onko ehdotetulla erottelulla tosiasialliset mahdollisuudet saavuttaa sääntelylle asetetut päämäärät.[278]

Ikään perustuva erottelu nousi esiin adoptiolainsäädäntöä uudistettaessa vuonna 2011. Uudistamisesitystä koskevassa lausunnossaan (PeVL 15/2011) perustuslakivaliokunta arvioi adoptionhakijan ikävaatimuksia koskevia säännöksiä perustuslain 6 §:n kannalta. Esityksen mukaan alaikäisen adoptoitavan

---

kivuokra-asuntojen asukasvalinnassa, jolloin hakijat asetettiin eri asemaan asuinpaikan perusteella. Erottelulle katsottiin olevan viime kädessä kunnalliseen itsehallintoon palautuva hyväksyttävä syy.

274 Ks. PeVL 44/2010.

275 Ks. PeVL 17/1995 (17–19-vuotiaat nuoret asetettiin eri asemaan työmarkkinatuen saamisedellytysten osalta) ja PeVL 17/1996 (18–24-vuotiaat asetettiin eri asemaan työmarkkinatuen saamisedellytysten osalta). Ks. myös PeVL 46/2002.

276 Ks. PeVL 242/2002 ja PeVL 60/2002.

277 Ks. esim. PeVL 34/2005 ja PeVL 43/2001.

278 PeVL 44/2010.

ja adoptionhakijan välisen ikäeron olisi pääsäännön mukaan oltava vähintään 18 vuotta ja enintään 45 vuotta. Perustuslakivaliokunta viittasi aiempaan tulkintakäytäntöönsä ja totesi, että ikärajojen asettamista ei ole pidetty perustuslain kannalta ongelmallisena, kunhan sille on esitetty *perusoikeusjärjestelmän kannalta hyväksyttävä peruste*. Tämän hyväksyttävän syyn täytyy olla myös *asiallisessa ja kiinteässä yhteydessä lain tarkoitukseen*. Valiokunta viittasi myös perusoikeusuudistuksen esitöihin ja totesi, että perusteluille asetettavat vaatimukset ovat erityisesti perustuslain 6 § 2 momentissa lueteltujen kiellettyjen erotteluperusteiden kohdalla korkeat.

Ikärajoja perusteltiin adoptiolain esityksessä yleisesti lapsen edulla ja hakijoiden yhdenvertaisella kohtelulla sekä adoptioneuvonnan voimavarojen tehostamisella. Enimmäisikärajaa perusteltiin lapsen menettämiskokemusten minimoimisella sekä adoptiovanhempien kyvyllä huolehtia lapsesta tämän täysi-ikäisyyteen asti ja tukea häntä myös varhaisessa aikuisiässä. Perustuslakivaliokunta katsoi, että adoption ikävaatimuksille on sinänsä osoitettavissa perustuslain 6 § 2 momentissa tarkoitettuja hyväksyttäviä perusteita. Valiokunnan mielestä esityksessä esitetyt perustelut eivät kuitenkaan ole kaikilta osin kestävät. Valiokunta totesi ymmärtävänsä ikärajojen mukanaan tuoman hallinnollisen yksinkertaisuuden adoptiomenettelyssä, kun tarve tapauskohtaiseen harkintaan vähenee, mutta sen mukaan hallinnon voimavarojen puute tai tehostamistarve ei voi olla hyväksyttävä syy ikään perustuvalle erottelulle. Valiokunnan arvion mukaan esityksen kategoriset ikävaatimukset muodostuvat perusteettoman jyrkiksi ja saavat määräävän aseman adoption edellytysten arvioinnissa. Ne eivät valiokunnan mukaan myöskään yksiselitteisesti tue sääntelyn päämäärää turvata adoptiolapselle riittävä huolenpito, kasvatus ja elatus lapsen itsenäistymiseen saakka.

Valiokunta arvioi lausunnossaan paitsi menettelyn tavoitetta ja sen hyväksyttävyyttä, myös suhteellisuusperiaatteen toteutumista eli sitä, ovatko ehdotetut kategoriset ikävaatimukset asianmukainen ja välttämätön keino tavoitteeseen pyrkimiseksi.

6.2.2 Seksuaalivähemmistöjä koskeva erottelu perustuslakivaliokunnassa

Seksuaalivähemmistöjä koskevia erotteluja on arvioitu 2000-luvun lausuntokäytännössä useasti. Parisuhdelakiesitykseen antamassaan lausunnossa (PeVL 15/2001) perustuslakivaliokunta toi esiin, että vaikka lakiehdotuksessa samaa sukupuolta olevat, parisuhteessa elävät henkilöt saatetaan monessa suhteessa yhdenvertaiseen asemaan avioliitossa olevien kanssa, joitakin eroavaisuuksia jää kuitenkin jäljelle. Virallistetun parisuhteen osapuolet eivät esimerkiksi voi yhdessä ottaa ottolasta (yhteisadoptio) eikä sen toinen osapuoli voi ottaa otto-

lapseksi toisen lasta (perheen sisäinen adoptio).[279] Valiokunta viittasi aiempaan lausuntokäytäntöönsä ja totesi, ettei yhdenvertaisuusperiaate voi asettaa tiukkoja rajoja lainsäätäjän harkinnalle pyrittäessä kulloisenkin yhteiskuntakehityksen vaatimaan sääntelyyn. Se jatkoi, että syrjintäkiellon osalta perusoikeusuudistuksessa pidettiin olennaisena sitä, voidaanko erottelu perustella perusoikeusjärjestelmän kannalta hyväksyttävällä tavalla. Näin valiokunta yhdisti aiemman, yhdenvertaisuusperiaatteeseen liittyvän lainsäätäjän harkintavaltaa korostavan doktriinin myös PL 6 § 2 momentin syrjintäkiellon soveltamisalalle.[280] Valiokunta otti huomioon, että kyse on kokonaan uudenlaisen lainsäädännön luomisesta alalla, joka on kansainvälisestikin katsottuna muutosvaiheessa. Se ei kuitenkaan pitänyt ehdotettuja eroja perustuslainvastaisina, vaan katsoi, että ne valiokunnan ”pitkäaikaiseen tulkintakäytäntöönkin verrattuna mahtuvat lainsäätäjälle kuuluvien harkintarajojen sisälle.” Sen mielestä kyse oli ”sellaisista erityisistä yhteiskunnan tulevaisuuteen ja arvoihin liittyvistä ratkaisuista, joissa avioliiton asettaminen naisen ja miehen parisuhteena erityisasemaan lainsäädännössä on perusteltua. Lakien tulkinta toisaalta saattaa ajan kuluessa muuttua ja perustuslain tulkinta aktiivisesti muuttaa arvokäsityksiä.”

Seksuaalivähemmistöjen asema nousi esiin myös perustuslakivaliokunnan hedelmöityshoitolakiehdotuksesta (HE 76/2002, peruutettu 11.2.2003) antamassa lausunnossa (PeVL 59/2002). Lakiehdotuksessa asetettiin henkilöitä eri asemaan sosiaalisen statuksen ja osaksi myös sukupuolisen suuntautumisen vuoksi hedelmöityshoidon antamisen edellytysten suhteen. Lakiehdotuksen mukaan yksinäiselle tai rekisteröidyssä parisuhteessa elävälle naiselle saataisiin antaa hedelmöityshoitoa vain, jos se mies, jonka luovuttamia siittiöitä käytetään hedelmöityshoidossa, on antanut suostumuksensa tietoisena siitä, että hänet voidaan vahvistaa lapsen isäksi. Lausunnossaan perustuslakivaliokunta viittasi aiempaan tulkintakäytäntöönsä, ja totesi, ettei yhdenvertaisuusperiaatteesta voi johtua tiukkoja rajoja lainsäätäjän harkinnalle pyrittäessä kulloisenkin yhteiskuntakehityksen vaatimaan sääntelyyn. Edelleen se totesi, että syrjintäkiellon osalta on olennaista, voidaanko erottelu perustella perusoikeusjärjestelmän kannalta hyväksyttävällä tavalla. Perustuslakivaliokunta katsoi, että erottelu ei ollut perustuslain syrjinnän kiellon vastaista, kun otetaan huomioon hedelmöityshoidon lääketieteellinen tarkoitus auttaa lapsettomuudesta vastoin tahtoaan kärsiviä henkilöitä. Ehdotettujen erottelujen, jotka ”liittyivät kiinteästi yhteiskunnan arvovalintoihin”, katsottiin mahtuvan lainsäätäjälle kuuluvien harkintarajojen sisälle ”valiokunnan pitkäaikaiseen tulkintakäytäntöönkin verrattuna”.

---

279 Tämä heikentää etenkin lapsen asemaa. Kuten lausunnossa todetaan, lapselle ei synny perintöoikeutta hänen ns. sosiaaliseen vanhempaansa eikä heidän välilleen synny huolto-, holhous- ja elatussuhdetta. Jos lapselle on puolestaan tällaisen henkilön testamentissa määrätty omaisuutta, hänen asemansa perintöverotuksessa on epäedullinen.

280 Tähän on kiinnittänyt huomiota myös Veli-Pekka Viljanen, ks. Viljanen 2010, 498.

Vuonna 2006 perustuslakivaliokunta antoi lausunnon uudesta hedelmöityshoitolakiehdotuksesta (PeVL 16/2006 – HE 3/2006). Uuden ehdotuksen mukaan sukusoluja voitiin käyttää hedelmöityshoitoon yksinäisille naisille ja naispareille vain, jos sukusolujen luovuttaja on antanut siihen suostumuksensa. Toisin kuin aiemmassa ehdotuksessa, luovuttajan isyyttä ei uuden ehdotuksen mukaan voisi vahvistaa ilman luovuttajan suostumusta. Lausunnossaan perustuslakivaliokunta katsoi, että lainsäädännölle on ominaista, että se kohtelee tietyn hyväksyttävän yhteiskunnallisen intressin vuoksi ihmisiä eri tavoin edistääkseen esimerkiksi lapsen edun toteutumista. Se jatkoi, että yhdenvertaisuusperiaatteesta ei voi johtua tiukkoja rajoja lainsäätäjän harkinnalle pyrittäessä kulloisenkin yhteiskuntakehityksen vaatimaan sääntelyyn. Keskeistä on, voidaanko erottelu perustella perusoikeusjärjestelmän kannalta hyväksyttävällä tavalla. Perustuslakivaliokunta katsoi edelleen, että henkilöiden asettaminen eri asemaan siviilisäätynsä ja osaksi myös sukupuolisen suuntautumisen kannalta ei ole perustuslain 6 §:n vastaista, kun otetaan huomioon hedelmöityshoidon lääketieteellinen tarkoitus auttaa lapsettomuudesta vastoin tahtoaan kärsiviä henkilöitä. Se toisti jo aiemman kantansa, että ehdotetut erottelut liittyvät yhteiskunnan arvovalintoihin, ja mahtuvat valiokunnan pitkäaikaiseen tulkintakäytäntöönkin verrattuna lainsäätäjälle kuuluvien harkintarajojen sisälle.

Lakivaliokunta oli asiasta kuitenkin erimielinen. Enemmistö valiokunnan jäsenistä halusi muuttaa hallituksen esitykseen sisältynyttä lakiehdotusta siten, että oikeus hedelmöityshoitoihin rajataan koskemaan vain naisen ja miehen muodostamia parisuhteita. He olisivat siis kieltäneet hedelmöityshoidot yksinäisiltä naisilta ja naispareilta. Lakivaliokunta pyysi perustuslakivaliokunnalta vielä toisen lausunnon ja kysyi, miten tällaista erottelua on valtiosääntöoikeudellisesti arvioitava. Kuten perustuslakivaliokunta toteaa lausunnossaan (PeVL 25/2006), lakivaliokunnan ehdotus menee edellisiä ehdotuksia pitemmälle naisten erilaisessa kohtelussa. Valiokunta piti sääntelyä perustuslain 6 §:n kannalta lähtökohtaisesti ongelmallisena, mutta totesi kuitenkin, että ”ottaen kuitenkin erityisesti huomioon tarkoituksen auttaa lapsettomuudesta vastoin tahtoaan kärsiviä henkilöitä ehdotettu sääntely arvovalintoineen mahtuu lainsäätäjälle kuuluvan harkintavallan piiriin eikä ole ristiriidassa perustuslain 6 §:n kanssa”. Se kuitenkin totesi lopuksi, että hallituksen alkuperäinen ehdotus vastaa lakivaliokunnan ehdotusta paremmin perustuslain 6 §:n mukaisten yhdenvertaisuussäännösten tavoitteita.

Lakivaliokunnan enemmistön mielestä ihmiselämän alkua sääntelevän, hedelmöityshoitoja koskevan lain kaltaisen säädöksen tulee voimakkaasti nojautua yhteiskunnassa kulloinkin vallitsevina pidettäviin arvoihin (LaVM 12/2006). Tähän nähden lakivaliokunta päätyi ratkaisuun, jossa lain soveltamisala rajataan hoidon antamiseen naiselle ja miehelle, jotka elävät keskenään avioliitossa tai avioliitonomaisissa olosuhteissa. Eriävässä mielipiteessään osa lakivaliokunnan jäsenistä katsoi muun muassa, että hedelmöityshoitojen rajaaminen la-

kivaliokunnan enemmistön ehdottamalla tavalla asettaisi naiset erilaiseen asemaan hoidon saatavuuden suhteen. Vähemmistöön jääneet jäsenet katsoivat perustuslakivaliokunnan lausunnon mukaisesti, että hallituksen esitykseen sisältyvä lakiehdotus vastaa paremmin perustuslain 6 §:n yhdenvertaisuussäännösten tavoitteita kuin lakivaliokunnan enemmistön ehdotus. Lopulta laki hyväksyttiin eduskunnassa hallituksen esityksen ehdottamassa muodossa (laki hedelmöityshoidoista 22.12.2006/1237), eli hedelmöityshoidot sallittiin myös yksinäisille naisille ja naispareille, mutta heitä koskee kuitenkin rajoitus, jonka mukaan luovuttajan sukusoluja voidaan käyttää vain, jos hän on antanut suostumuksensa siihen. Siittiöiden luovuttaja voi lisäksi suostua siihen, että hänet voidaan vahvistaa tällaisen hoidon tuloksena syntyneen lapsen isäksi.

Vuonna 2009 mahdollistettiin myös nais- ja miesparien oikeus perheen sisäiseen adoptioon, kun parisuhdelakia muutettiin niin, että parisuhteen osapuoli voi ottaa ottolapsekseen parisuhteen toisen osapuolen lapsen. Perustuslakivaliokunta ei antanut lakiesityksestä lausuntoa, mutta lakivaliokunta totesi mietinnössään (LaVM 5/2009), että uudistuksen keskeisenä tavoitteena on parantaa rekisteröityjen parien perheissä elävien lasten oikeudellista asemaa. Uudistuksen taustalla oli 2000-luvulla tehdyt lakiuudistukset ja ylipäänsä yhteiskunnassa tapahtunut kehitys. Valiokunta antoi erityistä painoarvoa sille, että rekisteröityjen parien perheissä elää jo nykyisin lapsia. Nämä yhteiskunnassa tapahtuneet muutokset tuli ottaa valiokunnan mielestä huomioon.

Rekisteröidyssä parisuhteessa elävien adoptio-oikeudet nousivat jälleen esiin adoptiolainsäädäntöä uudistettaessa vuonna 2011. Adoptiolakiehdotuksessa hakijat asetettiin erilaiseen asemaan myös heidän parisuhteensa oikeudellisen statuksen ja sukupuolisen suuntautumisensa perusteella, sillä muut kuin aviopuolisot eivät voisi adoptoida yhdessä. Yhteisadoptio ei olisi mahdollinen avoliitossa asuville tai parisuhteensa rekisteröineille samaa sukupuolta oleville henkilöille. Yksinäiset henkilöt voisivat sen sijaan adoptoida lapsen.

Perustuslakivaliokunta totesi lausunnossaan (PeVL 15/2011), että kyse on jälleen erityisestä yhteiskunnan tulevaisuuteen ja arvoihin liittyvästä ratkaisusta, jolloin on perusteltua asettaa avioliitto naisen ja miehen parisuhteena erityisasemaan. Valiokunta kuitenkin muistutti, että lakien tulkinta saattaa ajan kuluessa muuttua ja perustuslain tulkinta muuttaa arvokäsityksiä. Perustuslakivaliokunta katsoi aikaisempaan tulkintakäytäntöönsä viitaten, ettei perustuslain 6 §:n 2 momentista aiheudu nykyisessä yhteiskuntatilanteessa sellaisia ehdottomia vaatimuksia, jotka edellyttäisivät muiden kuin aviopuolisoiden mahdollisuutta yhteisadoptioon. Se viittasi myös muun muassa Euroopan ihmisoikeussopimukseen ja sen tulkintakäytäntöön, ja totesi, että yhteisadoptiomahdollisuuden avaaminen on asia, joka voi jäädä lainsäätäjän harkintavallan piiriin. Se kiinnitti huomiota siihen, että ”avaaminen voisi tarkoittaa yhteisadoption laajentamista parisuhteensa rekisteröineisiin henkilöihin ja vakiintuneessa avoliitossa oleviin – esimerkiksi vähintään viisi vuotta yhteistaloudessa asuneisiin – avopuo-

lisoihin". Huomionarvoista on se, että perustuslakivaliokunta todella viittaa ensimmäistä kertaa koko seksuaalivähemmistön oikeuksia koskevassa lausuntokäytännössään ihmisoikeussopimuksiin, vaikka esimerkiksi Euroopan ihmisoikeustuomioistuimessa on jo aiemmin käsitelty asiaan liittyviä tapauksia. Vaikka tuomioiden tarkempi analyysi ei olisikaan muuttanut lausuntojen lopputulosta, ihmisoikeusnäkökulma olisi voinut nousta paremmin esille – onhan perustuslakivaliokunnan tehtävänä tarkastella lakiehdotusten suhdetta myös kansainvälisiin ihmisoikeussopimuksiin.[281]

Seksuaalivähemmistöjen oikeuksia koskevan lausuntokäytännön osalta voidaan Liisa Niemisen tavoin aiheellisesti kyseenalaistaa se, voidaanko erottelu todella perustella perusoikeusjärjestelmän kannalta hyväksyttävällä syyllä – onhan sukupuolinen suuntautuminen yksi kielletyistä syrjintäperusteista.[282] Niemisestä vaikuttaa siltä, että valiokunnan kanta heijastelee pikemminkin sen jäsenten omia arvovalintoja tai heidän oletuksiaan yhteiskunnan enemmistön arvovalinnoista. Nieminen jatkaa, että "[p]erusoikeusjärjestelmän tarkoituksena on kuitenkin mahdollistaa erilaiset yksilölliset eettiset valinnat ja luoda siten edellytykset arvopluralismille eikä suinkaan tukahduttaa sitä".[283] Veli-Pekka Viljanen on todennut, että perustuslakivaliokunnan kannanotot viittaavat siihen, että erityisen arvosidonnaisissa lainsäädäntöhankkeissa lainsäätäjän harkintavallan rajat olisivat valiokunnan mielestä normaalia laveammalla. Viljasen mukaan yhteiskunnan arvovalintojen merkitystä korostava argumentaatiolinja on käytännössä kannanotto nimenomaan perinteisten heteroseksuaaliseen parisuhteeseen perustuvien perhearvojen puolesta. Kuten Viljanen toteaa, seksuaaliseen suuntautumiseen perustuvan erottelun oikeuttamiseen tällaisten konservatiivisten arvokannanottojen perusteella on syytä suhtautua kriittisesti.[284] Huomioon on otettava myös se, että syrjinnän kiellot toimivat ennen kaikkea vähemmistöjen oikeuksien turvana enemmistön mahdollisesti tukahduttavia arvoja vastaan. Voidaanko tällöin vähemmistön eri asemaan asettamista perustella enemmistön arvovalinnoilla? Eikö se ole vastoin koko syrjinnän kiellon perimmäistä tavoitetta?

---

281 Tuomioistuinkäytännössä taas esimerkiksi korkein hallinto-oikeus on transseksuaalin oikeuksia koskevassa tapauksessa KHO 2009:15 analysoinut seikkaperäisesti Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen transseksuaalien oikeuksia koskevaa oikeuskäytäntöä.

282 Nieminen 2006b, 254. Artikkelissaan Nieminen kommentoi ensimmäistä hedelmöityshoitolakiesitystä koskevaa perustuslakivaliokunnan lausuntoa PeVL 59/2002.

283 Nieminen 2006, 254. Nieminen viittaa (2006, 254, alav. 49) Tuorin artikkeliin (2003, 941–942), jossa myös arvostellaan valiokunnan kannanottoa.

284 Viljanen 2010, 499.

6.2.3 Sukupuoleen perustuva erottelu perustuslakivaliokunnassa

Erityisesti sukupuoleen perustuvaa erottelua valiokunta on joutunut arvioimaan vain harvakseltaan. Vuonna 1994 perustuslakivaliokunta antoi lausunnon sairausvakuutuslain muutosesitykseen (PeVL 21/1994). Lakiehdotukseen sisältyi pelkästään äitiysrahaa ja äidin vanhempainrahaa koskeva sääntö siitä, minkä ajankohdan työtulojen perusteella näiden etuuksien määrä lasketaan. Perustuslakivaliokunta katsoi, että säännös on merkityksellinen niin KP-sopimuksen 26 artiklan kuin hallitusmuodon 5 §:n yhdenvertaisuussäännöksen kannalta, koska säännösehdotuksen johdosta äidin ja isän etuuksien suuruus määräytyy erilaisten perusteiden mukaan. Valiokunnan mielestä ehdotus merkitsi sellaista äidin ja isän erilaiseen asemaan asettamista kyseisten päivärahojen määräytymisperusteiden suhteen, joka on ristiriidassa hallitusmuodon 5 §:n kanssa. Perustuslakivaliokunta kehotti muuttamaan säännöksen sukupuolineutraaliksi.

Vuonna 1995 perustuslakivaliokunta antoi lausunnon yksityisalojen työeläkejärjestelmän uudistamista koskevaksi lainsäädännöksi (PeVL 13/1995). Yksi lakiehdotuksen säännöksistä merkitsi sitä, että naisleski olisi tietyin edellytyksin oikeutettu leskeneläkkeeseen, kun taas miesleski ei olisi ollut. Valiokunta piti tätä sukupuoleen perustuvana erotteluna, jolle ei ollut hallitusmuodon 5 §:n 2 momentin mukaista hyväksyttävää perustetta. Perustuslakivaliokunta totesi, että on välttämätöntä muuttaa säännös sukupuolineutraaliksi.

Vuonna 2005 perustuslakivaliokunta antoi lausunnon työntekijän eläkelakia koskevasta esityksestä (PeVL 30/2005). Edelleen lakiehdotuksen mukaan naisleski olisi ollut tietyin edellytyksin oikeutettu leskeneläkkeeseen, kun miesleski ei olisi ollut. Valiokunta katsoi jälleen, että kyse oli sukupuoleen perustuvasta erottelusta, jolle ei ollut perustuslain 6 § 2 momentin mukaista hyväksyttävää perustetta. Työttömyysturvalakiesityksestä antamassaan lausunnossa perustuslakivaliokunta kiinnitti huomiota siihen (PeVL 46/2002), että yksi lakiesityksen säännöksistä johti tosiasiallisesti siihen, että naiset joutuivat miehiä huonompaan asemaan, koska heillä on enemmän perhevapaakausia kuin miehillä. Kyse oli siitä, oliko säännös välillisesti syrjivä. Valiokunta katsoi, että näin ei ollut, sillä säännös oli muutoin tarpeeksi väljä.

Edellä lueteltujen tapausten valossa on mahdotonta sanoa juuri mitään perustuslakivaliokunnan sukupuoleen perustuvaa erottelua koskevasta linjasta. Korkeintaan voidaan todeta se, että sosiaalietuuksia myönnettäessä sukupuolen mukaista erottelua ei voida pitää perustuslain mukaisena. Merkittävä lausunto oli kuitenkin PeVL 38/2006, joka sekin tosin koski sosiaalietuuksia, mutta jossa perustuslakivaliokunnan argumentaatio astuu askeleen syvemmälle. Valiokunta ei enää tarkastele vain sääntelyehdotuksen tavoitetta ja sen hyväksyttävyyttä, vaan niitä keinoja, joilla sääntelyyn pyritään. Tässä mielessä se lähentyy suhteellisuusperiaatetta, jonka Viljanen on todennut muistuttavan hyväksyttä-

vien syiden arviointia. Asiassa oli kyse positiivisista erityistoimista ja niiden rajoista.

6.2.4 Positiivinen erityiskohtelu

Perustuslain yhdenvertaisuussääntely ei estä tosiasiallisen tasa-arvon turvaamiseksi tarpeellista positiivista erityiskohtelua eli tietyn ryhmän (esimerkiksi naiset, lapset, vähemmistöt) asemaa ja olosuhteita parantavia toimia.[285] Ahtela ym. toteavat, että perustuslaki mahdollistaa positiiviset erityistoimet, mutta asettaa niille myös tiukat rajat, sillä vain korkeat vaatimukset täyttävät perustelut eri asemaan asettamiselle ovat hyväksyttäviä.[286] Heidän mukaansa Suomen perustuslain esitöiden perusteella perustuslain mukainen positiivisten erityiskohtelun käyttöala ei ole niin laaja kuin EU-oikeudessa ja tasa-arvolaissa. Tähän tulkintaan he päätyvät muun muassa siksi, että perustuslain esitöiden mukaan vain korkeat vaatimukset täyttävät perustelut voivat oikeuttaa erottelun, joka perustuu perustuslain 6 § 2 momentissa luetelluille syrjintäperusteille.[287] Lisäksi he viittaavat perusoikeusuudistuksen myötä korostuneeseen vaatimukseen yleisen yhdenvertaisuussäännöksen noudattamisesta.[288]

Itse taas näkisin, että perusoikeusuudistuksessa korostettiin nimenomaan tosiasiallisen tasa-arvon ulottuvuutta, eikä niinkään muodollista yhdenvertaisuutta. Positiiviset erityistoimet nähdään yhdenvertaisuusperiaatteen olennaisena osana, tosiasiallisen tasa-arvon edistäjänä. On totta, että esimerkiksi sukupuoleen perustuva erottelu edellyttää erityisen painavat perusteet jo Euroopan ihmisoikeussopimuksen nojalla, kuten tuonnempana esitän. Näin todetaan myös perustuslain esitöissä niiden syrjintäperusteiden osalta, jotka on nimenomaisesti lueteltu syrjintäsäännöksessä (”erittäin korkeat vaatimukset täyttävät perustelut”). *Tällaiseksi painavaksi perusteeksi, perusoikeusjärjestelmän kannalta hyväksyttäväksi tavoitteeksi, on katsottu tosiasiallisen tasa-arvon toteuttamiseksi tähtäävä positiivinen erityiskohtelu*. En siis lähtisi tekemään vain perustuslain esitöiden pohjalta sellaista päätelmää, että positiiviset erityiskohtelun rajat olisivat tiukemmat kuin EU-oikeudessa. Myös Ojanen ja Scheinin ovat todenneet, että eräissä tilanteissa positiivinen erityiskohtelu saattaa olla suorastaan julkisen vallan velvollisuus PL 6 § 4 momentin erityissäännöksen ja 22 §:n yleisen perusoikeuksien turvaamisvelvoitteen nojalla.[289] Näin todetaan myös perusoi-

285 HE 309/1993, 44. Näin se totesi myös lausunnossa tasa-arvolain kokonaisuudistusta koskevasta ehdotuksesta (PeVL 40/2004, 2/I) sekä lausunnossa yhdenvertaisuuslakiehdotuksesta (PeVL 10/2003, 3/I).
286 Ahtela ym. 2006, 260–262, 265–266 ja 270–271.
287 Ahtela ym. 2006, 260–261.
288 Ahtela ym. 2006, 271.
289 Ojanen – Scheinin 2011b, 252.

keuskomitean mietinnössä.[290] Kuten Ojanen ja Scheinin toteavat, tosiasiallisen tasa-arvon toteuttaminen voi joskus edellyttää poikkeamista muodollisesta yhdenvertaisuudesta, kuitenkin vain hyväksyttävän tarkoituksen ja suhteellisuusperiaatteen rajoissa.[291]

Perustuslakivaliokunta arvioi lausunnossaan PeVL 38/2006 hallituksen esitystä vanhempainpäivärahoja ja työnantajakustannusten korvaamista koskevan lainsäädännön muuttamiseksi. Ehdotetut muutokset vanhempainrahaa koskeviin sairausvakuutuslain säännöksiin olivat ongelmallisia paitsi perustuslain 6 §:n, myös kansainvälisten ihmisoikeussopimusten syrjinnän kieltävien määräysten kannalta, sillä vanhempainrahan suuruus määräytyi erilaisin perustein sen mukaan, maksetaanko se isälle vai äidille. Isälle maksettava vanhempainraha olisi ollut korkeampi kuin äidille maksettava. Perustuslakivaliokunta viittasi myös aiempiin sukupuoleen perustuvaa erottelua koskeviin lausuntoihinsa, joissa se on edellyttänyt ongelmallisen säännöksen muuttamista sukupuolineutraaliksi.[292] Olennaista oli, voidaanko erottelu perustella perusoikeusjärjestelmän kannalta hyväksyttävällä tavalla.[293] Kuten valiokunnan lausunnossa tuodaan esiin, sääntelyllä pyrittiin kannustamaan isiä käyttämään oikeuttaan vanhempainvapaaseen. Tavoitteena oli ensinnäkin parantaa isän ja lapsen kiintymyssuhdetta ja edistää tasapuolisempaa hoito- ja kasvatussuhteen jakoa perheessä. Tämä tavoite olisi sinänsä liittynyt perustuslain 19 § 3 momentin säännökseen julkisen vallan velvollisuudesta tukea perheen ja muiden lasten huolenpidosta vastaavien mahdollisuuksia turvata lasten hyvinvointi ja yksilöllinen kasvu. Toiseksi tavoitteena oli vanhemmuudesta aiheutuvien työnantajakustannusten tasaisempi jakautuminen miesten ja naisten työnantajien kesken. Lausunnossa todetaan, että toteutuessaan tämä tavoite voisi parantaa sukupuolten välistä tasa-arvoa työelämässä perustuslain 6 § 4 momentin edellyttämällä tavalla. Ehdotuksen tavoitteet olivat siis hyväksyttäviä perusoikeusjärjestelmän kannalta.[294]

Hyväksyttävät tavoitteet eivät kuitenkaan vielä riitä. On tarkasteltava myös niitä keinoja, joiden avulla tavoitteisiin pyritään. On kiinnitettävä huomiota myös tavoitteiden saavuttamiseksi ehdotetun keinon hyväksyttävyyteen ja sään-

---

290 KM 1992:3, 177–178. Perusoikeuskomitea toteaa, että koska oikeus positiiviseen erityiskohteluun voidaan johtaa yhdenvertaisuutta koskevan säännöstön kokonaisuudesta, ei erillistä säännöstä kansainvälisen esimerkin, kuten Ruotsin hallitusmuodon 2 luvun 16 § ja Kanadan oikeuksien ja vapauksien peruskirjan (1982, 15 art.) mukaisesti ole pidetty tarpeellisena sisällyttää komitean ehdotukseen.

291 Ojanen – Scheinin 2011b, 253. Ks. PeVL 10/2003, jossa perustuslakivaliokunta yhdenvertaisuuslakia säädettäessä totesi, että positiivinen erityiskohtelu on sidoksissa puutteisiin tosiasiallisen yhdenvertaisuuden toteutumisessa.

292 Ks. PeVL 21/1994, 13/1995, 30/2005.

293 PeVL 38/2006, 3, jossa valiokunta viittaa HE:een 309/1993, 44.

294 PeVL 38/2006, 3.

telyn oikeasuhtaisuuteen.[295] Tältä osin valiokunta kiinnitti huomiota siihen, että isien tosiasiallisesti saama vanhempainpäivärahan määrä on jo nykyisin keskimäärin korkeampi kuin äitien, ja ehdotus lisäisi tätä eroa entisestään. Isiä ei ensinnäkään voida valiokunnan mukaan pitää sellaisena taloudellisluonteisen erityiskohtelun tarpeessa olevana ryhmänä, jonka suosimiseksi olisi sallittua ryhtyä perustuslain syrjintäkieltosäännöksen sinänsä mahdollistaviin, positiivista erityiskohtelua tarkoittaviin sääntelytoimenpiteisiin. Toiseksi ehdotettu keino on ongelmallinen perustuslain 6 § 4 momentissa säädetyn samapalkkaisuusperiaatteen näkökulmasta. Ehdotettu sääntely olisi pikemminkin vahvistanut palkkaeriarvoisuutta ja toiminut siten perustuslain 6 §:n tasa-arvopäämääriä vastaan. Näiden argumenttien perusteella ja sääntelyn oikeasuhtaisuuteen liittyvät näkökohdat huomioon ottaen valiokunnan mielestä oli selvää, että esityksen sinänsä perusoikeusjärjestelmän kannalta hyväksyttävät tavoitteet ovat saavutettavissa toista sukupuolta syrjimättömällä tavalla. Valiokunta kiinnitti huomiota myös siihen, että esitys on altis myös ihmisoikeussopimuksiin pohjautuville valvonta-arvioinneille. Etenkin se katsoi sääntelyn ongelmalliseksi KP-sopimuksen 26 artiklan ja Euroopan ihmisoikeussopimuksen kahdennentoista lisäpöytäkirjan näkökulmasta.[296] Merkillepantavaa on, että valiokunta ei viittaa lainkaan CEDAW-sopimukseen, vaikka juuri CEDAW koskee erityisesti naisten syrjintää.

Positiivista erityiskohtelua koski myös lausunto PeVL 34/2005, joka koski hallituksen esitystä laiksi sosiaalihuoltolain muuttamisesta. Esityksen mukaan kunta olisi velvollinen järjestämään 80 vuotta täyttäneelle pääsyn sosiaalipalvelujen tarpeen arviointiin viimeistään seitsemäntenä arkipäivänä yhteydenotosta. Perustuslakivaliokunta katsoi, että aiemmissa lausunnoissaan se on sosiaalioikeudellista sääntelyä arvioidessaan pitänyt esimerkiksi etuuksien määräytymistä eri tavoin eri-ikäisille henkilöille perustuslain 6 §:n kannalta ongelmattomana, jos erottelut eivät ole mielivaltaisia eivätkä erot muodostu kohtuuttomiksi.[297] Se jatkoi, että perustuslain yhdenvertaisuussääntely ei toisaalta estä tosiasiallisen tasa-arvon turvaamiseksi tarpeellista positiivista erityiskohtelua eli jonkin ryhmän asemaa ja olosuhteita parantavia toimia.[298]

Ehdotus 80 vuotta täyttäneiden erityiskohtelusta nojautui tutkimustietoihin, joiden mukaan ikääntyvien ihmisten toimintakyky heikentyy usein voimakkaasti juuri tämän iän saavuttamisen jälkeen. Sääntelylle oli valiokunnan mielestä perusoikeusjärjestelmän kannalta hyväksyttävät perusteet. Kun kysymys on lisäksi sinänsä vähäisen eron tekemisestä palvelujen tarvearviointiin pääsyn

---

295 Kuten Viljanen on todennut (2010, 509–510), oikeasuhtaisuusvaatimuksen nostaminen hyväksyttävien perusteiden vaatimusten rinnalle vastaa ihmisoikeussopimusten syrjinnän kieltoja koskevaa tulkintakäytäntöä.

296 PeVL 38/2006, 3–4.

297 Ks. PeVL 60/2002 ja PeVL 46/2002.

298 Ks. PeVL 40/2004, 2/I ja HE 309/1993, 44.

ajankohdasta, ei sääntelystä ollut huomautettavaa perustuslain 6 §:n näkökulmasta. Liisa Nieminen on katsonut lausunnon osoittavan hyvin, kuinka perinteinen jako muodolliseen yhdenvertaisuuteen ja tosiasialliseen tasa-arvoon[299] ei enää riitä, kun tarkastellaan ikään liittyviä tasa-arvokysymyksiä. Tällöin nousee keskeiseksi ihmisarvon kunnioittamisen vaatimus sekä perusoikeusjärjestelmän kokonaisuus, etenkin sosiaalisten perusoikeuksien turvaamisvelvoite ja ihmisten erilaisten *tarpeiden* huomioon ottaminen ja se, miten voidaan turvata ihmisten tosiasialliset mahdollisuudet *osallistua* yhteiskunnan toimintaan.[300] Tämä vastaa Fredmanin käsitystä tosiasiallisen tasa-arvon ihmisarvoa korostavasta ulottuvuudesta (*recognition dimension*) ja osallisuutta korostavasta ulottuvuudesta (*participative dimension*).

Niemisen muotoilemaa uutta tasa-arvokäsitystä ilmentää myös vuonna 2011 toteutunut ympäristönsuojelulain muutos, jonka mukaan 68 vuotta täyttäneet voitaisiin vapauttaa talousjätevesien käsittelyvaatimusten noudattamisesta. Lakiesitystä koskevassa lausunnossaan (PeVL 44/2010) perustuslakivaliokunta luonnehti ehdotuksen yhteiskunnallista tavoitetta ympäristönsuojelunäkökohtien yhteensovittamiseksi sosiaalisen oikeudenmukaisuuden vaatimuksen kanssa. Valiokunta katsoi, että 68 vuoden ikärajalle on olemassa perustuslain 6 § 2 momentin tarkoittamia hyväksyttäviä perusteita. Se kiinnitti huomiota muun muassa siihen, että lainsäätäjä on jo muissa yhteyksissä, kuten eläkelainsäädännössä, katsonut 68 vuoden iän olevan sellainen rajapyykki, jonka jälkeen henkilön toimintakyvyssä tapahtuu merkittäviä muutoksia. Toimintakyvyn heikentymiseen ja taloudelliseen asemaan liittyvät seikat muodostivat valiokunnan mielestä sellaiset hyväksyttävät perusteet, joiden vuoksi lainsäätäjä voi jättää tietyn ryhmän lailla säädettävien velvoitteiden ulkopuolelle, jos niiden täyttämisen arvioidaan olevan kohtuutonta. Valiokunta olisi pitänyt hyväksyttävänä sellaistakin vaihtoehtoista ratkaisua, jossa iän lisäksi otettaisiin huomioon myös henkilön sosiaaliset olosuhteet vielä täsmällisemmin. Yhtenä sääntelymahdollisuutena valiokunnan mielestä olisi ollut esimerkiksi se, että positiivisen erityiskohtelun piiriin olisi saatettu kansaneläkelain mukaista vanhuuseläkettä tai varhennettua vanhuuseläkettä saavat henkilöt.

Iäkkäiden työttömien positiivisesta erityiskohtelusta oli kyse myös lausunnossa PeVL 43/2001, jossa todettiin, että työttömyysturvajärjestelmässä ei sovelleta työnhakusuunnitelman laatimiseen ja sen laiminlyöntiin kytkeytyviä seuraamuksia 57 vuotta täyttäneisiin työttömiin, joilta ei tähän asti ole vaadittu aktiivisia toimenpiteitä. Sääntelyn taustalla oli pyrkimys sen turvaamiseen, että iäkkäitä työttömiä ei saateta kokonaan uudenlaiseen tilanteeseen. Käsillä on valiokunnan mielestä sellainen hyväksyttävä peruste, joka perustuslain 6 §:n 2

---

299 Tosiasiallisella tasa-arvolla Nieminen tarkoittaa Fredmanilta omaksumansa mallin mukaisesti lopputulosten tasa-arvoa ja mahdollisuuksien tasa-arvoa. (Nieminen 2006b, 250)

300 Ks. Nieminen 2006b.

momentin näkökulmasta oikeuttaa näiden työttömien muista eroavan kohtelemisen.

Positiivisesta erityiskohtelusta oli kyse myös lausunnossa PeVL 28/2004, joka koski poliisikoulutusta koskevaa lakiesitystä. Lakiesityksen mukaan poliisin perustutkintokoulutukseen valittavan olisi tullut suorittaa varusmiespalvelus. Vaatimus ei koskenut naisia eikä niitä, joilla on Ahvenanmaan kotiseutuoikeus. Heidän asettamiselleen eri asemaan asevelvollisiin miehiin verrattuna oli perustuslakivaliokunnan mielestä perusoikeusjärjestelmän kannalta hyväksyttävät perusteet. Se totesi, että on tärkeää turvata naisten mahdollisuus saada poliisikoulutusta ja kehittää poliisin henkilöstörakennetta perustuslain 6 §:n 4 momentista ilmenevien periaatteiden mukaisesti sukupuolten tasa-arvon näkökulmasta nykyistä tasapainoisemmaksi. Perusteltua on myös pyrkiä turvaamaan Ahvenanmaan poliisin mahdollisuuksia saada palvelukseensa koulutettuja poliisimiehiä.

Perustuslakivaliokunta katsoi, että lakiehdotus asettaa varusmiespalveluksen suorittaneet miehet eri asemaan muiden miesten kanssa perustuslain 6 §:ssä säädetyn syrjinnän kiellon vastaisesti. Esityksen perustelujen mukaan varusmiespalveluksen suorittamisen esteenä ovat yleensä sellaiset uskonnolliseen tai eettiseen vakaumukseen perustuvat omantunnon syyt, jotka liittyvät ehdottomaan väkivallasta kieltäytymiseen tai ehdottomaan kieltäytymiseen ampuma-aseiden käytöstä. Samojen syiden todettiin lakiesityksessä todennäköisesti estävän myös poliisin perustutkinnon suorittamisen ja toimimisen poliisimiehen tehtävissä. Perustuslakivaliokunta kuitenkin katsoi, että vakaumuksen ja omantunnon syiden merkitystä voi valiokunnan mielestä arvioida vaikuttavasti vain asianomainen itse. Sääntelylle ei valiokunnan mielestä ollut perusoikeusjärjestelmän kannalta hyväksyttäviä perusteita, minkä vuoksi sen katsottiin olevan vastoin perustuslain 6 § 2 momentissa säädettyä syrjintäkieltoa. Sääntelyn ei katsottu olevan sopusoinnussa myöskään perustuslain 11 §:ssä turvattujen uskonnon ja omantunnon vapauden kanssa. Valiokunnan mielestä olisi kuitenkin hyväksyttävää ja perusteltua, että varusmiespalveluksen tai vapaa-ehtoisen asepalveluksen suorittaminen lasketaan hakijalle lisäansioksi poliisioppilaitoksen opiskelijoita valittaessa.

Tietyn ryhmän tosiasiallisen tasa-arvon edistäminen voi joskus tarkoittaa myös sitä, että heille asetetaan lisäedellytyksiä etuuden saamiseksi. Tästä oli kyse lausunnossa PeVL 20/1998, jossa perustuslakivaliokunta arvioi maahanmuuttajien kotouttamislakiesitystä. Lakiehdotuksessa asetettiin maahanmuuttajat monin tavoin eri asemaan muihin Suomessa pysyvästi oleskeleviin henkilöihin nähden. Olennaisimpana erona oli kotoutumistukena maksettavan työmarkkinatuen ja toimeentulotuen kytkeminen kotoutumissuunnitelman laatimiseen ja noudattamiseen.

Lakiehdotuksen tavoitteena oli edistää ja parantaa maahanmuuttajien työelämään ja jatkokoulutukseen hakeutumisen edellytyksiä sekä yleensä heidän ky-

kyään toimia suomalaisessa yhteiskunnassa. Lakiehdotuksella pyrittiin näin parantamaan maahanmuuttajien asemaa ja edistämään tosiasiallista tasa-arvoa. Perustuslakivaliokunta katsoi, että maahanmuuttajien erilliskohtelulle voitiin tässä yhteydessä katsoa olevan objektiiviset perusteet, kun otetaan huomioon, että maahanmuuttajien työllisyystilanne on muuta väestöä selvästi heikompi. Maahanmuuttajien asettamiseen muista ryhmistä jonkin verran poikkeavaan asemaan olikin sellaisia syitä, jotka muodostivat silloisen hallitusmuodon 5 §:n 2 momentissa tarkoitetun hyväksyttävän perusteen. Myös lausunnoissa PeVL 17/1995 ja PeVL 17/1996 perustuslakivaliokunta katsoi, että työmarkkinatuen saamisedellytysten tiukentaminen ammatillista koulutusta ja työkokemusta vailla olevien nuorten kohdalla oli perusteltua korkean nuorisotyöttömyyden vuoksi. Nuorten työmarkkinatukioikeuden ehtona oli, että he osallistuvat työllistymismahdollisuuksiaan parantaviin toimiin. Tämä edistäisi nuorten tosiasiallista tasa-arvoa.

6.3 SUKUPUOLTEN TASA-ARVON EDISTÄMISVELVOITE

Perustuslain 6 § 4 momenttiin sisältyy ns. perustuslaillinen toimeksianto, jonka mukaisesti ”sukupuolten tasa-arvoa edistetään yhteiskunnallisessa toiminnassa sekä työelämässä, erityisesti palkkauksesta ja muista palvelussuhteen ehdoista määrättäessä, sen mukaan kuin lailla tarkemmin säädetään”. Perustuslakia yksityiskohtaisemmat säännökset tasa-arvon edistämisestä ja syrjinnän kiellosta ovat tasa-arvolaissa, joka on tärkeä yksittäinen perustuslain 6 § 4 momentin perustuslaillista toimeksiantoa toteuttava laki.[301] Perustuslain 6 § 4 momentissa ei kuitenkaan viitata mihinkään yksittäiseen lakiin, vaan se sisältää yleisemmän lainsäätäjään kohdistuvan velvoitteen lainsäädännön kehittämiseksi. Käytännössä tasa-arvolaki konkretisoi säännöksen positiivista toimintavelvoitetta, sukupuolten tasa-arvon edistämistä. Perustuslain 6 § 4 momentti täsmentää myös 22 §:n yleistä perusoikeuksien turvaamisvelvoitetta.[302] PL 6 § 4 momentin taustalla on ihmisoikeussopimusten ohella sukupuolten tasa-arvon korostunut merkitys työelämässä EU-oikeuden nojalla ja erityisesti perustamissopimuksen samapalkka-artikla.[303]

Perusoikeusuudistusta koskeneessa hallituksen esityksessä perustuslain 6 § 4 momentti oli vielä hieman eri muodossa, ja kuului seuraavasti: ”Sukupuolten tasa-arvo yhteiskunnallisessa toiminnassa sekä työelämässä, erityisesti työ- ja

---

301 Ks. PeVL 40/2004, 2.

302 HE 309/1993.

303 Ojanen – Scheinin 2011b, 229. Tähän kiinnitettiin huomiota erityisesti työasiainvaliokunnassa. Ks. työasiainvaliokunnan lausunto 3/1994.

palvelussuhteen ehdoista määrättäessä, turvataan lailla." Toisin kuin perusoikeuskomitean ehdotuksessa, se ei sisältänyt erityistä mainintaa samapalkkaisuudesta. Hallituksen esityksen sisältämässä ehdotuksessa ei puhuta myöskään tasa-arvon edistämisestä, vaan todetaan, että sukupuolten tasa-arvo turvataan lailla. Hallituksen esityksessä perustellaan sukupuolen välistä tasa-arvoa koskevaa erityissäännöstä ensinnäkin kaikkinaisen naisten syrjinnän poistamista koskevan yleissopimuksen 2 artiklan (a) kohdalla, jonka mukaan sopimusvaltiot sitoutuvat sisällyttämään kansalliseen perustuslakiinsa tai muuhun asianmukaiseen lainsäädäntöön miehen ja naisen tasa-arvon periaatteen, jollei niin ole jo tehty. Edelleen sopimusvaltioiden tulee varmistaa laeilla ja muilla asianmukaisilla keinoilla tämän periaatteen toteuttaminen käytännössä. Hallituksen esityksen mukaan tasa-arvolaki jo sinänsä täyttää sopimuskohdan vähimmäisvaatimukset, mutta kyseinen määräys nähtiin perusteeksi erityissäännöksen ottamiselle myös perustuslakiin.[304]

Hallituksen esityksen mukaan tasa-arvon turvaamisella työelämässä viitataan sekä tasa-arvoiseen kohteluun työssä että työhön otettaessa. Edelleen esityksessä todetaan, että asian keskeisen merkityksen vuoksi on säännöksessä erillinen maininta tasa-arvon turvaamisesta työ- ja palvelussuhteen ehdoista määrättäessä. Hallituksen esityksessä tuodaan esiin se, että kansainvälisissä sopimuksissa on korostettu erityisesti miesten ja naisten samapalkkaisuusvaatimusta.[305] Tasa-arvon turvaamisella yhteiskunnallisessa toiminnassa puolestaan viitataan muun muassa eri sukupuolten tasa-arvoisten osallistumis- ja vaikuttamismahdollisuuksien turvaamiseen yhteiskunnallisessa päätöksenteossa. Säännöksen maininnoilla työelämästä ja yhteiskunnallisesta toiminnasta on hallituksen esityksen mukaan haluttu korostaa tasa-arvon keskeistä merkitystä juuri näillä yhteiskuntaelämän aloilla. Esityksessä kuitenkin huomautetaan, että näiden alojen ulkopuolelle jää merkittäviä aloja, esimerkiksi koulutus ja perhe-elämä, joilla tasa-arvon edistäminen on myös tärkeää. Esityksessä korostetaankin, että perusoikeusjärjestelmän kokonaisuus edellyttää, että tasa-arvoa sukupuolten välillä edistetään myös muilla kuin 4 momentissa nimenomaan mainituilla yhteiskuntaelämän aloilla. Säännöksessä ei täsmennettäisi myöskään niitä keinoja, joilla tasa-arvo turvataan, vaan keinovalinta jäisi lainsäätäjän tehtäväksi.[306]

---

304 Ks. HE 309/1993, 45.

305 Esityksessä viitataan ILO:n samanarvoisesta työstä miehille ja naisille maksettavaa samaa palkkaa koskevaan sopimukseen (1951, SopS 9/63), taloudellisia, sosiaalisia ja sivistyksellisiä oikeuksia koskevan kansainvälisen yleissopimuksen 7 artiklaan, Euroopan sosiaalisen peruskirjan 4 artiklaan sekä kaikkinaisen naisten syrjinnän poistamista koskevan yleissopimuksen 11 artiklaan. (HE 309/1993, 45.)

306 HE 309/1993, 45–46.

Perustuslakivaliokunta kiinnitti hallituksen esitystä koskevassa mietinnössään[307] huomiota siihen, että työasiainvaliokunnassa oli käsitelty perustuslain 6 § 4 momentin osalta palkkauksellista tasa-arvoa. Perustuslakivaliokunta piti tätä tasa-arvonäkökohtaa sen verran merkityksellisenä, että otti siitä nimenomaisen maininnan momenttiin. Lisäksi perustuslakivaliokunta totesi, että valiokunnan käsityksen mukaan hallitusmuotoon on syytä nimenomaisesti kirjata yleinen periaate siitä, että julkisen vallan tehtävänä on edistää sukupuolten tasa-arvoa ja että edistämisvelvoitteesta säädetään tarkemmin lailla.

Karoliina Ahtela on kiinnittänyt huomiota siihen, että perustuslain 6 § 4 momentti sen lopullisessa, perustuslakivaliokunnan muotoilemassa muodossaan, vastaa naisten syrjinnän kieltävän yleissopimuksen 3 artiklaa, joka koskee tasa-arvon edistämistä. Määräyksen mukaisesti ”sopimusvaltiot ryhtyvät kaikkiin asianmukaisiin toimiin mukaan lukien lainsäädäntötoimet, kaikilla aloilla, erityisesti poliittisella, sosiaalisella, taloudellisella ja sivistyksellisellä alalla, varmistaakseen naisten täyden kehityksen ja etenemisen, jotta heille taataan mahdollisuudet harjoittaa ja nauttia ihmisoikeuksia ja perusvapauksia tasa-arvoisina miesten kanssa”. Ahtelan mukaan tasa-arvon edistäminen saa erityistä painoa, koska se on nimenomaisesti ja kansallisella päätöksellä sisällytetty juuri perustuslakiin. Tätä tukee myös se, että perustuslain 6 § 1 momentin yhdenvertaisuussäännöksen katsotaan kattavan myös tosiasiallisen tasa-arvon vaatimuksen.[308] Voidaankin sanoa, että perustuslain 6 § 4 momentti kuvastaa käsitystä yhdenvertaisuudesta positiivisena velvoitteena (*positive duty*) edistää tosiasiallista tasa-arvoa. *Näin tulkiten PL 6 § 4 momentissa olisi kyse tasa-arvon edistämisvelvoitteesta, ei vain perustuslaillisesta toimeksiannosta*.

6.4 PERUSTUSLAIN 6 § TUOMIOISTUIMISSA

Ahtelan ym. mukaan perustuslain 6 § vaikuttaa käytännössä lähinnä muuta lainsäädäntöä ja julkisen vallan toimintaa ohjaavasti. He tosin jatkavat, että säännös saattaa lisäksi antaa tulkintatukea syrjitylle esimerkiksi silloin, kun ta-

307 PeVM 25/1994, 7 ja TyVL 3/1996, 56.

308 Ahtela 2004. Vrt. Saraviita 2005, 331–332. Myös Saraviita kiinnittää huomiota siihen, että palkkatasa-arvoa koskeva 6 § 4 momentti tuli perustuslakiin perustuslakivaliokunnan ehdotuksesta sen jälkeen, kun työasiainvaliokunta oli johtanut tämän säännöksen työelämän tasa-arvoa koskevista säännöksistä. Saraviita toteaa, että PL 6 § 4 momentissa tyydyttiin korostamaan asian tärkeyttä antamatta säännökselle konkreettista sisältöä. Saraviita jatkaa, että säännös on perusoikeussäännöksenä sikäli ongelmallinen, että sen tulisi vaikuttaa horisontaalitasossa, työntekijä- ja työnantajapuolen neuvotteluissa ja työehtosopimuksissa, joissa palkoista määrätään. Myös Saraviita toteaa, että 4 momentti sisältää julkiseen valtaan kohdistuvan aktiivisen toiminta- ja turvaamisvelvoitteen.

sa-arvolaki ei sovellu tai sen sovellettavuus on epävarmaa.[309] Näin ei mielestäni tarvitsisi eikä perustuslain mukaan tulisikaan olla. Perusoikeusmyönteisen tulkintaperiaatteen mukaisesti tasa-arvolakia tulee tulkita siten, että lainsäännöksen perusteltavissa olevista tulkintavaihtoehdoista tulee valita se, joka parhaiten edistää perus- ja ihmisoikeuksien tarkoituksen toteutumista. Tällöin kyse ei voi olla vain tasa-arvolain paikkailusta.

Myös Ojanen ja Scheinin ovat todenneet, että PL 6 § 2 momentin syrjinnän kielto ei sanamuotonsakaan perusteella rajoitu vain julkisen vallan käyttöön. Lainkäytössä säännös voikin heidän mukaansa saada välitöntä tulkinnallista horisontaalivaikutusta myös yksityisten välisiin suhteisiin.[310] Myös perusoikeuskomitea korosti mietinnössään syrjintäkiellon horisontaalivaikutuksen merkitystä etenkin työelämässä ja palkkauksessa.[311]

6.4.1 Perustuslain 6 § ylimpien tuomioistuinten ratkaisukäytännössä

Käytännössä tuomioistuimet viittaavat yleensä perustuslain 6 §:n sijasta tavallisen lain tasoisiin säännöksiin syrjinnän kielloista. Ojanen ja Scheinin ovat todenneet, että perusoikeusuudistuksen jälkeenkin viittaukset yhdenvertaisuussäännökseen ovat varsin vähäisiä. Etenkin puuttuvat tapaukset, jossa tuomioistuin olisi tukeutunut suoraan yhdenvertaisuussäännökseen ratkaisunsa keskeisenä perusteena.[312] Sukupuolisyrjintää koskevissa ylimpien tuomioistuinten ratkaisuissa on myös nähtävissä se, että ratkaisu perustellaan vain tasa-arvolain säännöksillä viittaamatta perustuslain 6 §:ään.[313] Tosin poikkeuksiakin löytyy. Tapauksissa KKO 2001:9 ja KKO 2010:74 korkein oikeus arvioi naispappeuskysymystä rikoslain syrjintäsäännöksen kannalta. Korkein oikeus arvioi rikoslain 11 luvun 9 §:n syrjintäsäännöstä perustuslain 6 § 2 momentin valossa ja

309 Ahtela ym. 2006, 17.

310 Ojanen – Scheinin 2011b.

311 KM 1992:3, III.3.5.

312 Ojanen – Scheinin 2011b, 278. Poikkeuksiakin on, ks. esim. KKO 2003:107 (isyyslain voimaanpanosta annetun lain säännös ei ollut ilmeisessä ristiriidassa PL 6 § 2 momentin kanssa), KHO 2009:15 (transseksuaalin sukupuolen vahvistamista koskevan lain säännöksen soveltaminen ei ollut ilmeisessä ristiriidassa perustuslain kanssa) ja KHO 2008:20 (vangilla, jolle vankilan apulaisjohtajan tekemällä päätöksellä ei ollut myönnetty ortodoksisen uskonnon mukaista paastonajan ravintoa, ei ollut oikeutta hakea muutosta kysymyksessä olevaan päätökseen).

313 Ks. esim. tapaukset KKO 2009:78 (käräjätuomareiden samapalkkaisuutta koskeva asia), KKO 2005:25 (hyvitystä koskeva asia), KKO 2005:24 (virkanimitystä koskeva asia), KKO 2004:59 (naisvaltaisen alan lomauttamista koskeva asia) ja KKO 2002:42 (virkanimitystä koskeva asia). Ikäsyrjintää koskevassa tapauksessa KHO 2011:107 korkein hallinto-oikeus totesi, että koska tapauksessa oli todettu yhdenvertaisuuslain mukaisen syrjinnän kiellon rikkominen, ei ollut tarpeen tarkastella enää erikseen sitä, oliko kyseessä myös perustuslain 6 §:n tai Euroopan ihmisoikeussopimuksen 12 lisäpöytäkirjan syrjinnän kiellon loukkaus.

katsoi, että perustuslain uskonnon ja omantunnon vapautta koskevan 11 §:n perusteella ei ole oikeutta loukata toista perusoikeutta, kuten syrjinnän kieltoa.[314] Myös korkein hallinto-oikeus on esimerkiksi virantäyttöä koskeva asiassa KHO 2013:46 viitannut perustuslain 6 §:ään. Tapauksessa maakunnan liiton hallituksen katsottiin menetelleen tasa-arvolain syrjinnän kieltojen vastaisesti kehitysjohtajaa valitessaan.

KHO:n oikeuskäytännössä yhdenvertaisuussäännöstä on sovellettu etenkin harkintavallan rajoitusperiaatteena. Tällaisia yhdenvertaisuusperiaatteen soveltamistilanteita on Hallbergin mukaan etenkin kunnallishallinnosta.[315] Esimerkiksi tapauksessa KHO 2003:101 oli kyse näkövammaisesta pianonvirittäjästä, joka vanhuuseläkkeelle jäätyään jatkoi työntekoa muutamana päivänä viikossa. Eläkkeelle jäätyään hänelle ei kuitenkaan myönnetty enää vammaispalvelulain mukaista kuljetuspalvelua työmatkoja varten. Korkeimmassa hallinto-oikeudessa arvioitiin muun muassa sitä, oliko sosiaaliviraston ohje tältä osin syrjivä iän perusteella ja näin ollen perustuslain 6 §:n vastainen. Vaikka sosiaaliviranomainen perusteli menettelyään muun muassa sillä, että pianonvirittäjää oli kohdeltu samalla tavalla kuin muitakin yrittäjinä toimivia henkilöitä, eikä kyse siten voinut olla yhdenvertaisuusperiaatteen loukkaamisesta, ei KHO kiinnittänyt vertailun tekemiseen huomiota.

KHO kiinnitti ratkaisussaan huomiota muun muassa siihen, että vammaispalvelulain tarkoituksena on edistää vammaisen henkilön edellytyksiä elää ja toimia muiden kanssa yhdenvertaisena yhteiskunnan jäsenenä sekä ehkäistä ja poistaa vammaisuuden aiheuttamia haittoja ja esteitä. Se totesi, että Suomen perustuslain 6 § 2 momentin mukaan ketään ei saa ilman hyväksyttävää syytä asettaa eri asemaan muun muassa iän perusteella. Vammaispalvelulaissa tai vastaavassa asetuksessa ei myöskään ole säännöstä, jonka mukaan vanhuuseläkkeelle siirtyminen estäisi kuljetuspalvelujen myöntämisen työmatkoihin. Pianonvirittäjän kuljetuspalveluhakemusta ei näin ollen olisi saanut hylätä. Tapauksesta välittyy hyvin tosiasiallisen tasa-arvon osallisuutta ja ihmisarvoa korostavat ulottuvuudet, jotka ovat olleet esillä myös perustuslakivaliokunnan lausuntokäytännössä. Siinä myös selkeästi etäännytään muodollisesta yhdenvertaisuusperiaatteesta hylkäämällä vertailun tekeminen muiden yrittäjien kanssa.[316]

---

314 Ks. vastaavasti esim. KHO 2011:56 (seurakunnan nuorisotyönohjaajan irtisanominen virkatehtävistä kieltäytymisen perusteella ei loukannut uskonnonvapautta, kun nuo virkavelvollisuudet olivat sopusoinnussa perus- ja ihmisoikeuksien eli lähinnä sukupuolten tasa-arvon periaatteen kanssa) ja KHO 2008:8 (kirkkoherran viran hakija, joka oli ilmoittanut, ettei hän toimita jumalanpalvelusta naispapin kanssa, ei ollut vaaliehdokkaaksi kelpoinen).

315 Hallberg 2011b, 854–855.

316 Ks. myös KHO 2000:63 (hakijan, jolla oli vammansa vuoksi ortopedisten jalkineiden tarve, yksilölliset tarpeet olisi tullut ottaa huomioon suuremmassa määrin kuin mitä apuvälinepäätöksessä oli tehty), KHO 2001:50 (lapsen hampaiden oikomishoitotarve olisi tullut ottaa huomioon), KHO 2002:43 (fysioterapiapalvelun saamista ei voinut hylätä vain tiettyyn ikäryhmään

Samaa ei voi sanoa sukupuolivähemmistöjen[317] oikeuksia koskevasta tapauksesta KHO 2009:15, jossa maistraatti ei ollut muuttanut transseksuaalin miehen henkilötunnusta naisen henkilötunnukseksi väestötietojärjestelmään, koska hakijan aviopuoliso ei ollut antanut siihen suostumustaan. Suomen voimassa oleva lainsäädäntö (laki transseksuaalin sukupuolen vahvistamisesta) edellytti aviopuolison suostumusta sukupuolen vahvistamiseen, mutta tällöin avioliitto muuttuisi rekisteröidyksi parisuhteeksi, koska lainsäädäntö ei mahdollistanut avioliittoa samaa sukupuolta olevien kesken. Tähän hakijan vaimo ei ollut suostunut, koska pariskunta halusi säilyttää avioliiton entisellään. Tuomiossaan korkein hallinto-oikeus päätyi kuitenkin siihen, että lain soveltaminen ei ollut perustuslain 106 §:ssä tarkoitetulla tavalla ilmeisessä ristiriidassa perustuslain kanssa.

Tapauksen argumentaatiota Lavapuro luonnehtii poikkeuksellisen laaja-alaiseksi ja periaatteelliseksi.[318] Korkein hallinto-oikeus tarkastelikin asiaa paitsi Suomen perustuslain 6 §:n yhdenvertaisuutta ja syrjinnän kieltoa koskevan säännöksen ja perustuslain 10 §:n yksityiselämää koskevan säännöksen kannalta, myös Euroopan ihmisoikeussopimuksen 8 artiklan yksityis- ja perhe-elämää koskevan määräyksen, 14 artiklan syrjinnän kieltoa koskevan määräyksen ja 12 artiklan (oikeus mennä avioliittoon ja perustaa perhe) kannalta, sekä lisäksi Euroopan unionin perusoikeuskirjan 7 artiklan yksityis- ja perhe-elämää koskevan määräyksen ja perusoikeuskirjan 9 artiklan kannalta (oikeus solmia avioliitto ja perustaa perhe). Perusteluissaan korkein hallinto-oikeus kävi seikkaperäisesti läpi Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen[319] ja EU-tuomioistuimen[320] transsek-

---

kuulumisen vuoksi). Kaavoitusasioissa alueiden maanomistajia ei saa asettaa toisistaan poikkeavaan asemaan, ks. KHO 2006:12, KHO 2003:102, KHO 2005:5 ja 21.3.2005 T 628. KHO:ssa yhdenvertaisuussäännöstä on sovellettu myös monissa muissa, hyvin erityyppisissä asioissa, ks. esim. KHO 2003:3 (poronhoidon tuen rajoittamista vuositulojen perusteella ei katsottu yhdenvertaisuussäännöksen vastaiseksi, kyse myös oikeudesta omaan kulttuuriin), KHO 2004:46 (syrjinnän kiellon vastaiseksi ei katsottu sitä, että poliisimiestä ei katsottu järjestyksenvalvojan tehtävään sopivaksi henkilöksi), KHO 2005:51 (käräjätuomarin palkkausta koskeva asia), KHO:1998:53 (optiotodistuksen myyntiä koskeva veroasia), KHO 2009:11 (tietojen luovuttaminen väestötietojärjestelmästä), KHO 2006:98 (mainostilan vuokraaminen kaupungin linja-autoihin), KHO 2009:15 (transseksuaalin sukupuolen vahvistaminen), KHO 2008:20 (Vangille ei ollut myönnetty ortodoksisen uskonnon mukaista paastonajan ravintoa. Päätöksestä ei vankeuslain mukaan saanut valittaa. Koska kyse ei ollut uskonnonvapauden ydinalueelle kuuluvasta rajoituksesta, valitusoikeus ei voinut perustua suoraan perustuslain 21 §:ään).

317 Sukupuolivähemmistöillä tarkoitetaan transsukupuolisia, transvestiitteja, transgendereitä ja intersukupuolisia miehiä ja naisia. Seksuaalivähemmistöillä taas tarkoitetaan homoseksuaaleja miehiä ja naisia sekä biseksuaaleja.

318 Lavapuro 2010, 207.

319 Tapaukset *Rees v. Yhdistynyt kuningaskunta* (17.10.1986), *Cossey v. Yhdistynyt kuningaskunta* (27.9.1990), *Sheffield ja Horsham v. Yhdistynyt kuningaskunta* (30.7.1998), *Christine Goodwin v. Yhdistynyt kuningaskunta* (11.7.2002), *Grant v. Yhdistynyt kuningaskunta* (23.5.2006), *Wena ja Anita Parry v. Yhdistynyt kuningaskunta* (28.11.2006).

320 Tapaukset *K.B.* (C-117/01), *Richards* (C-423/04), *Maruko* (C-267/06).

suaalien oikeuksia koskevaa ratkaisukäytäntöä. KHO totesi Suomen lainsäädännön vastaavan EIT:n ratkaisukäytännössä muotoutunutta linjaa. KHO kuitenkin jatkoi, että ratkaisukäytännön mukaisesti transseksuaalien oikeuksia koskevissa ratkaisuissa on otettava huomioon myös olosuhteiden muutokset sopimusvaltioissa.[321] KHO kiinnitti huomiota samaa sukupuolta olevien avioliiton laillistamiseen eri maissa, ja arvioi myös Saksan liittotasavallan perustuslakituomioistuimen antamaa tuomiota[322], jossa pidettiin Saksan liittotasavallan perustuslain vastaisena ns. transseksuaalilain säännöstä, jonka mukaan edellytyksenä transseksuaalin sukupuolen vahvistamiselle vastakkaiseksi sukupuoleksi oli se, ettei henkilö ollut avioliitossa. Saksan liittotasavallan perustuslakituomioistuin totesi lain jättävän hakijalle kaksi vaihtoehtoa: joko hän säilyttää avioliiton, mutta ei saa oikeudellista tunnustusta uudelle sukupuoli-identiteetilleen, tai eroaa, vaikka hän ja hänen puolisonsa haluavatkin jatkaa avioliittoa. Tekemänsä intressipunninnan jälkeen perustuslakituomioistuin piti tätä suhteettomana.

KHO taas arvioi tätä suomalaista tapausta hieman ongelmallisesta näkökulmasta. Sen sijaan, että KHO olisi tehnyt vastaavan intressipunninnan kuin Saksan perustuslakituomioistuin, se perusti päätöksensä valtion harkintamarginaalille. Sen mukaan kyseessä oli sellainen ”merkittäviä eettisiin ja uskonnollisiin arvoihin liittyviä ristiriitoja” koskeva asia, joka tulee ratkaista eduskunnan säätämällä lailla, eikä valtio ollut tällä lainsäädäntöratkaisulla ylittänyt Euroopan ihmisoikeussopimuksen mukaan valtiolle kuuluvaa harkintamarginaalia. Kuten Lavapuro tuo esiin, ongelmallista on, että ratkaisu tehtiin EIT:n kehittelemän harkintamarginaalia koskevan opin perusteella. Lavapuron mukaan tuomioistuimen olisi tullut aidosti punnita oikeasuhtaisuusperiaatteen valossa lain soveltamista puoltavia ja sitä vastaan puhuvia argumentteja. Punninta ei Lavapuron mukaan olisi välttämättä johtanut erilaiseen lopputulokseen kuin mihin korkein hallinto-oikeus päätyi. Sen sijaan se olisi Lavapuron mukaan edellyttänyt perustuslain 6 §:n ja 10 §:n tarkempaa arviointia ottaen huomioon, että transseksuaalien asema on merkittävästi kehittynyt sekä EIT:n ratkaisukäytännössä että ulkomaisissa oikeuskulttuureissa.[323]

KHO tarkastelikin asiaa loppujen lopuksi vain yksityiselämän suojaa koskevana kysymyksenä, ei syrjintänä. Kuitenkin EU-tuomioistuimessa vastaavat sukupuolivähemmistöjä koskevat tapaukset ovat olleet esillä juuri syrjintäkysymyksinä. Esiin ei nouse sekään, että tasa-arvolain mukainen sukupuoleen perustuva syrjintä kattaa myös syrjinnän, joka perustuu sukupuolen korjauk-

---

321 Tämä vastaa ihmisoikeustuomioistuimen dynaamista tulkintaa koskevaa periaatetta. (Lavapuro 2010, 210–212; Jukka Viljanen 2003, 50 ja 132; Pellonpää 2005, 212; Pellonpää ym. 2012, 289–298.)

322 BVerfG, 1 BvL 10/05, 27.5.2008.

323 Lavapuro 2010, 213.

seen.[324] Asiaa olisi tullut tarkastella siis myös tasa-arvolain kannalta.[325] Aitoa vuoropuhelua eri syrjintädoktriinien välillä ei syntynyt, koska asiaa tarkasteltiin vain perus- ja ihmisoikeusnäkökulmasta. Todettakoon Lavapuron tavoin, että asian ratkaisuun tämä argumentoinnin syventäminen syrjintäkysymykseksi ei välttämättä olisi vaikuttanut. Perustuslain 6 §:n kannalta olennaista lienee se, että sukupuolta vaihtaneilla on kuitenkin oikeus jatkaa rekisteröidyssä parisuhteessa, joka oikeusvaikutuksiltaan vastaa pitkälti avioliittoa. Translain po. säännöstä voitaneen tällä perusteella pitää suhteellisuusperiaatteen mukaisena.

6.4.2 Perustuslain 6 § työtuomioistuimen ratkaisukäytännössä

Myös työtuomioistuimen ratkaisukäytännössä on viittauksia perustuslain 6 §:ään. Työtuomioistuimen ratkaisuissa TT 2011:101 ja TT 2011:145 katsottiin, että yleisiin oikeudenmukaisuus- tai yhdenmukaisuustavoitteisiin vedoten ei voida alentaa virkamiehen henkilökohtaista palkanosaa ja ohittaa virkaehtosopimuksessa yksityiskohtaisesti määrättyjä henkilökohtaisen suoriutumisen arviointiperusteita. Tapauksessa TT 2011:101 korkeakoulun suunnittelijan tehtävän vaativuus oli nostettu uudelle tasolle, mutta samassa yhteydessä työnantaja oli alentanut virkamiehen henkilökohtaisen palkanosan suoritustasoa erillistä arviointikeskustelua käymättä. Virkamiehen henkilökohtainen suoriutuminen oli tosiasiallisesti säilynyt entisellä tasolla. Alentamisen perusteeksi esitettiin oikeudenmukaisuus, joka palkkausjärjestelmän tavoitteiden mukaisesti puolsi suunnittelijoiden palkkauksen saattamista yhdenmukaiselle tasolle. Tapauksessa TT 2011:145 taas osastosihteerin henkilökohtaisen suoriutumisen arviointia ja siten henkilökohtaista palkanosaa oli alennettu, vaikka samalla on todettu, ettei hänen suoritustasossaan ole tapahtunut muutosta edelliseen arviointiin nähden. Vastaaja vetosi palkkausjärjestelmän tavoitteeksi asetettuihin tasapuolisuuteen ja oikeudenmukaisuuteen, joiden perusteella virkamiehen henkilökohtaista palkanosaa on voitu alentaa virkamiesten palkkauksen yhdenmukaistamiseksi kussakin työyksikössä. Työnantajan katsottiin molemmissa tapauksissa rikkoneen virkaehtosopimuksen määräyksiä.[326] Tapauksissa työtuomioistuin siis katsoi, että ns. *levelling down* ei ole mahdollista vetoamalla muodolliseen yhdenvertaisuuteen. Tämä ilmentääkin tosiasiallista tasa-arvoa.

---

324 Ks. TyVM 3/2005.

325 Ks. esim. tasa-arvovaltuutetun lausunto TAS 323/10. Kyse oli työelämää koskevasta tapauksesta, jossa sukupuolensa miehestä naiseksi vaihtanutta henkilöä syrjittiin mm. työhönotossa.

326 Vrt. TT 2011:135, jossa työtuomioistuin katsoi, että palkan alentamiselle oli hyväksyttävä peruste, kun tavoitteena oli se, että kaikille samaa työtä tekeville maksettaisiin samansuuruista palkkaa. Tässä kyse oli yhtiön uudelleenjärjestelyjen aiheuttamasta tehtävien töiden olennaisesta ja pysyvästä vähentymisestä, jolloin työnantaja oli irtisanomisen asemesta irtisanomisaikaa noudattaen siirtänyt toimihenkilön osin toisiin tehtäviin ja alentanut samalla tämän kuukausipalkkaa.

Työtuomioistuin on usein viitannut ratkaisun perusteena perustuslain 6 §:ään sellaisissa tapauksissa, joissa on arvioitu sitä, onko työnantaja rikkonut työsopimuslain mukaista tasapuolisen kohtelun vaatimusta tai työsopimuslain, yhdenvertaisuuslain tai tasa-arvolain syrjinnän kieltoja. Esimerkiksi tapauksessa TT 2011:29 se totesi, että ”työsopimuslain 2 luvun 2 § 3 momentin mukaan työnantajan on kohdeltava työntekijöitä tasapuolisesti, ellei siitä poikkeaminen ole työntekijöiden tehtävät ja asema huomioon ottaen perusteltua. Säännös edellyttää samanlaisessa asemassa olevien työntekijöiden yhdenmukaista kohtelua, ellei siitä poikkeamiseen ole laissa tarkoitettua objektiivisesti hyväksyttävää syytä. Myös Suomen perustuslain 6 §:ssä on säädetty yhdenvertaisen kohtelun vaatimuksesta ja kiellosta asettaa ihmisiä eri asemaan ilman hyväksyttävää perustetta.” Tuomiossaan työtuomioistuin katsoi, että asiassa oli syntynyt olettama tasapuolisuutta rikkovasta kohtelusta, kun aiemmin palvelussuhteeseen tulleille luotseille maksettiin palkanlisää, jota myöhemmin palvelussuhteeseen tulleille luotseille ei maksettu.[327] Työtuomioistuin jatkoi, että erilainen kohtelu voi kuitenkin olla oikeutettua, jos siihen on ollut työntekijöiden tehtäviin tai asemaan liittyvä perusteltu syy. Tällainen syy ei voinut olla se muodollinen peruste, että luotsien erilaiset palkat määräytyvät työehtosopimuksen nojalla ja että palkat on eriytetty jo aikaisemmin tehdyillä sopimuksilla. Työtuomioistuin ei myöskään pitänyt palkkaeron tasoittamiseksi esitettyä suunnitelmaa uskottavana eikä siirtymäajan kestoa hyväksyttävänä.

Tapauksessa tulee hyvin esille syrjintäkiellon ja tasapuolisen kohtelun vaatimuksen ero. Työtuomioistuin nimittäin totesi, että yhdenvertaisuuslaki ei tule sovellettavaksi, koska kantajat eivät ole esittäneet, että heitä koskisi jokin yhdenvertaisuuslaissa mainittu syrjintäperuste. Kantajat olivat esittäneet, että heidän kohtelussaan on ollut kysymys paitsi tasapuolisuuden loukkaamisesta, myös kantajien syrjimisestä työsopimuslaissa ja yhdenvertaisuuslaissa kielletyllä perusteella. Tällaisena syrjintäperusteena olisi kantajien asettaminen epäedulliseen asemaan siitä syystä, että heidän työhöntuloajankohtansa on ollut myöhempi kuin palkanlisää saavien luotsien. Työtuomioistuin toteaa, että niin työsopimuslaissa kuin yhdenvertaisuuslaissakin on lueteltu joukko henkilöön liittyviä kiellettyjä syrjintäperusteita, kuten ikä, terveydentila, uskonto ja kansallinen alkuperä. Lisäksi työsopimuslain säännöksessä mainitaan työntekijän perhesuhteet sekä poliittinen ja ammattiyhdistystoiminta. Kummassakin säännöksessä viitataan lisäksi muihin erotteluperusteisiin, jotka ovat verrattavissa luetteloissa erikseen mainittuihin. Työtuomioistuin katsoi kuitenkin, että kantajien erilainen kohtelu ei tässä tapauksessa selvästikään perustu heidän henkilökohtaisiin ominaisuuksiinsa tai muihin henkilöön liittyviin syihin. Työhöntulon ajankohtaa ei työtuomioistuimen käsityksen mukaan voida rinnastaa myöskään

[327] Kompensaatiota maksettiin siitä, että satamaluotsaus, jota luotsit aikaisemmin olivat tehneet yksityisenä toimeksiantona eri korvausta vastaan, oli yhdistetty heidän virkatyöhönsä.

perhesuhteisiin taikka poliittiseen tai ammattiyhdistystoimintaan. *Esitetty peruste ei erotellut työntekijöitä minkään merkityksellisen, syrjintäsuojan tarvetta puoltavan seikan nojalla*. Tämän vuoksi työtuomioistuin hylkäsi kanteen perusteeksi esitetyn syrjintäväitteen. Sen sijaan kyse oli tasapuolisen kohtelun vaatimuksen rikkomisesta.

Samaan tapaan voidaan hahmottaa myös perustuslain 6 § 1 ja 2 momentin ero. Perustuslain 6 § 1 momentin yleinen yhdenvertaisuuslauseke vastaa työsopimuslain tasapuolisen kohtelun vaatimusta siinä mielessä, että samanlaisia tulee kohdella samalla tavalla ja erilaisia eri tavalla. Syrjintäkiellot sen sijaan edellyttävät tietyn syrjintäperusteen olemassaoloa. Jos tietty epäoikeudenmukaiseksi koettu tilanne ei täytä syrjinnän tunnusmerkkejä sen vuoksi, että kielletty syrjintäperuste puuttuu, tilannetta olisikin tarkasteltava myös tasapuolisen kohtelun ja perustuslain 6 § 1 momentin kannalta. Koska tällöin on kyse samanlaista samalla tavalla -periaatteen tai erilaista eri tavalla -periaatteen soveltamisesta, korostuvat vertailun tekeminen ja vertailukelpoisen aseman vaatimus.

Perustuslain 6 § 1 ja 2 momentin välinen ero havainnollistuu myös tapauksessa TT 2007:45. Kyse oli eduskunnan virkamiesten työaikauudistuksesta, ja siinäkin perustuslain 6 §:llä oli keskeinen asema. Tapauksessa oli kyse siitä, oliko viisi oikeusasiamiehensihteeriä asetettu perustuslain 6 § 1 momentin yhdenvertaisuussäännöksen vastaisesti erilaiseen asemaan kuin eduskunnan oikeusasiamiehen kanslian vanhempi henkilöstö. Kantajien säännöllinen vuorokautinen työaika oli 7 tuntia 15 minuuttia, kun taas vanhempaan henkilöstöön kuuluvilla, samassa virastossa työskentelevillä ja samaa palkkaa nauttivilla virkamiehillä oli ollut oikeus säilyttää entinen 6 tunnin työaikansa tai pidentää sitä palkanlisää vastaan. Työtuomioistuin katsoi ensinnäkin, että kantajia on asianmukaista verrata saman työnantajan palveluksessa olevaan henkilöstöön, johon myös sovelletaan saman virkaehtosopimuksen määräyksiä. Se, että kantajia on kohdeltu muualla julkishallinnossa yleisesti noudatetun käytännön mukaisesti, ei työtuomioistuimen mukaan poista samassa virastossa työskentelevän henkilöstön etuuksissa todettujen erojen merkitystä.

Vertailu osoitti, että kantajien ja vanhemman henkilöstön työaikaetuuksissa oli selvä ero. Työtuomioistuimen mukaan tämän vuoksi voidaan olettaa, että asiassa oli menetelty vastoin yhdenvertaisen kohtelun vaatimusta. Se jatkoi, että erilainen kohtelu voi kuitenkin olla oikeutettua, jos siihen on objektiivisesti hyväksyttäviä syitä. Tämän osoittaminen oikeudenkäynnissä kuului eduskunnalle työnantajana ja jutun vastaajana. Työtuomioistuin tarkasteli, oliko erilaiseen kohteluun hyväksyttäviä syitä. Se totesi, että eduskunnan oikeusasiamiehen kanslian henkilöstöä kohdellaan eri tavoin sen mukaan, onko henkilö tullut eduskunnan palvelukseen viimeistään tiettynä päivämääränä vai tämän päivämäärän jälkeen. Eri asemaan joutuvien virkamiesten palvelussuhteen pituudessa voi olla siis vain hyvinkin lyhyt ero. Siten asiassa ei työtuomioistuimen mukaan voida vedota ammattikokemuksen palkitsemiseen erilaisen kohtelun pe-

rusteena. Vastauksessa oli hyväksyttävinä syinä tuotu esiin myös näkökohtia, jotka liittyvät eri tavoin vanhan henkilökunnan aseman turvaamiseen muutostilanteissa. Työtuomioistuimen mielestä yhdenvertaisuustarkastelussa tuleekin kiinnittää huomiota siihen, mikä on palvelussuhteen ehdoissa olevien erojen alkuperä ja oikeudellinen peruste. Se kuitenkin katsoi, että vastaaja ei ollut esittänyt hyväksyttävää syytä siihen, ettei henkilöstön eriarvoista kohtelua ole poistettu parantamalla kantajien palvelusuhteen ehtoja, ja että vastaaja ei ole esittämillään perusteilla näyttänyt kantajien erilaiseen kohteluun olleen muitakaan hyväksyttäviä syitä. Se totesi, että tällaisen työajoissa ja palkoissa olevan huomattavan eron oikeuttamiseksi olisi edellytettävä erityisen painavia syitä.

Huomionarvoista on tässä tapauksessa se, että argumentointi perustui nimenomaan perustuslain yleisen yhdenvertaisuussäännöksen sisältävän 6 § 1 momentin arviointiin. Kyse ei voinutkaan olla syrjinnän kiellosta, koska mitään järkevää syrjintäperustetta ei ollut. Tällöin verrokkiasetelma on relevantti, toisin kuin syrjinnän kieltoa sovellettaessa.

Tapaus TT 2010:139, tai itse asiassa vähemmistöön jääneen kahden tuomioistuimen jäsenen eriävä mielipide, on hyvä esimerkki siitä, miten perusoikeusmyönteinen tulkinta voi vaikuttaa asian ratkaisuun. Tapauksessa kyse oli siitä, onko työntekijällä oikeus arkipyhäkorvaukseen palkallisen äitiysvapaan aikana. Itse tuomiossa ei viitattu lainkaan perusoikeuksiin. Siinä todettiin, ettei työehtosopimuksessa ole sovittu arkipyhäkorvauksesta, eivätkä myöskään tasapuolista ja syrjimätöntä kohtelua koskevat säännökset edellyttäneet korvauksen maksamista. Perusteenaan työtuomioistuin viittasi muun muassa EU-tuomioistuimen ratkaisukäytäntöön, ja totesi, että äitiysvapaalla ja työssä olevia ei ole pidetty rinnastettavissa tilanteessa olevina. Eri mieltä olevan jäsenen lausunnossa (johon toinen jäsen äänestyksessä yhtyi) taas todetaan muun muassa, että tapauksessa on otettava huomioon myös perustuslain 22 §:ssä säädetty perus- ja ihmisoikeuksien turvaamisvelvollisuus. Lausunnossa viitattiin myös perusoikeusuudistuksen tavoitteena olleeseen perusoikeuksien välittömän sovellettavuuden vahvistamiseen ja perusoikeusmyönteiseen tulkintaan. Lausunnossa todettiin, että se, ketä syrjintätapauksissa pidetään verrokkina, on usein tulkinnanvaraista. Tässä tapauksessa vähemmistöön jääneiden jäsenten mukaan luontevinta olisi ollut pitää verrokkina miestä tai työssä olevaa naista, jolloin arkipyhäkorvaus olisi tullut maksaa palkallisella äitiysvapaalla oleville yhtä lailla kuin verrokeillekin. Lausunnossa todettiin, että ”tulkinnassa otetaan huomioon myös perusoikeusmyönteinen laintulkintaperiaate, joka korostaa oikeudellista yhdenvertaisuutta ja tosiasiallista tasa-arvoa”. Itse näkisinkin, että *jos EU-oikeuden tai kansallisen oikeuden pohjalta tulkintatilanne on joltain osin epävarma, esimerkiksi juuri verrokin valitsemisen osalta, tulisi asiaa tarkastella myös perus- ja ihmisoikeusnäkökulmasta, joka voi kallistaa ratkaisun tietyn tulkintavaihtoehdon puolelle.*

Perustuslain 6 §:ään ei viitattu myöskään tapauksessa TT 2009:29, jossa tarkasteltiin sitä, oliko vanhempainvapaalta palaavalla toimihenkilöllä oikeus työehtosopimuksen allekirjoituspöytäkirjassa sovittuun, heinäkuun palkanmaksun yhteydessä maksettavaan kertaluonteiseen, 110 euron suuruiseen rahakorvaukseen. Kertaluonteinen korvaus oli tarkoitettu korvaukseksi maksamatta jääneestä palkan yleiskorotuksesta kesäkuulta. Toimihenkilöllä ei kuitenkaan ollut oikeutta kesäkuun palkkaan, koska hän palasi vanhempainvapaalta vasta heinäkuussa. Työtuomioistuin katsoikin, että toimihenkilöllä ei ollut oikeutta kertakorvaukseen pelkästään sillä perusteella, että hänellä oli voimassaoleva työsuhde allekirjoituspöytäkirjassa mainittuna ajankohtana. Työtuomioistuin katsoi, että kuukausipalkkaan liittyvää korotuserää ei voi perustellusti vaatia myöskään tasa-arvolain nojalla, jos toimihenkilöllä ei ole ollut oikeutta palkkaan tuolta kuukaudelta. Toimihenkilöä oli työtuomioistuimen mukaan kohdeltu yhdenvertaisesti muiden toimihenkilöiden kanssa, joille ei ole eri syistä maksettu palkkaa kesäkuulta eikä siten myöskään kertaluonteista korvausta. Tässäkin tapauksessa tilannetta olisi mahdollista analysoida paitsi tasa-arvolain myös perustuslain kannalta. Arviointi perustui nyt vain siihen, että syrjintäolettamaa ei katsottu syntyneen lainkaan, koska samassa tilanteessa olevia kohdeltiin yhdenvertaisesti. Verrokkina olisi voitu kuitenkin pitää myös työssäolevia, jolloin menettelyn oikeuttamisperusteita olisi tullut arvioida tarkemmin.

Tasa-arvolain syrjinnän kieltoihin liittyivät myös tapaukset TT 2003:86, joka koski äitiysvapaan ajan palkkausta, sekä ns. kokemuslisäjuttu TT 1998:34.[328] Kummassakaan tapauksessa ei viitattu siihen, että syrjinnän kielto on myös perusoikeus. Edellistä tapausta käsittelen tarkemmin raskaussyrjintää koskevassa jaksossa, jossa tuon myös esiin, miten tapauksen analyysia olisi voinut syventää perus- ja ihmisoikeusargumentein. Kokemuslisäjutussa kanteessa oli tuotu esiin CEDAW- sopimus, jonka 11 artiklan 2 kohdan b alakohdan mukaisesti sopimusvaltiot ovat sitoutuneet ryhtymään tarvittaviin toimenpiteisiin muun muassa äitiysloman järjestämiseksi vähentämättä palvelusvuosien määrää. Sopimusmääräykseen viitataan myös tuomiossa, joka kuitenkin pääperusteiltaan

[328] Ks. myös tapaus TT 2009:57, jossa kyse oli kunnan tekniselle henkilöstölle suunnatusta samapalkkaerästä, ja siitä, voitiinko se kohdentaa vain naisvaltaisilla aloilla työskenteleville henkilöille siinäkin tapauksessa, että kunnan palveluksessa olevien teknisten sopimuksen piiriin kuuluvien naisten ja miesten välillä ei ole perusteettomia palkkaeroja, vai onko tällaisessa tapauksessa palkankorotuksia voitu kohdentaa myös muilla kuin naisvaltaisilla aloilla työskenteleville henkilöille. Työtuomioistuin totesi muun muassa, että jos paikallisella tasolla ei ole perusteettomia palkkaeroja naisten ja miesten välillä, johtaisi samapalkkaerän kohdentaminen vain naisvaltaisille aloille palkkavääristymään, jolloin naispuolisiin työntekijöihin ja viranhaltijoihin sovellettaisiin tosiasiallisesti sukupuolesta johtuen edullisempaa palkkausehtoa kuin miespuolisiin työntekijöihin. Kysymys olisi tällöin työtuomioistuimen mukaan tasa-arvolain 7 §:n 3 momentissa tarkoitetusta välillisestä syrjinnästä. Hyväksyttävänä syynä tällaiseen menettelyyn ei työtuomioistuimen käsityksen mukaan voitaisi vedota naisvaltaisten alojen palkkakilpailukyvyn edistämiseen valtakunnallisesti tarkastellen.

nojautuu EU-oikeuden varaan. Työtuomioistuin katsoi tuomiossaan, että äitiys- ja vanhempainvapaa-aika on otettava kokonaisuudessaan huomioon kokemuslisiin oikeuttavaksi ajaksi.

Tuomareiden palkkausta koskevissa asioissa TT 2002:7–10, 2003:80–82 ja 2004:10–15 työtuomioistuin sen sijaan perustaa ratkaisunsa paitsi tasa-arvolain 7 ja 8 §:ään, myös perustuslain 6 §:ään. Tapaukseen liittyvät yhdenvertaisuusongelmat saivat alkunsa tarkentavasta virkaehtosopimuksesta, jossa oli sovittu tuomareiden ja tuomioistuinten lakimiesten uudesta palkkausluokituksesta. Sopimuksen mukaan aiemmin kolmessa palkkausluokassa olleet käräjätuomarinvirat sijoitettiin kahteen palkkausluokkaan. Tällöin osa keskimmäiseen palkkausluokkaan kuuluneista viroista sijoittui ylempään ja osa alempaan palkkausluokkaan. Työtuomioistuin katsoi kaikissa tapauksissa, että tilanteessa oli syntynyt tasa-arvolaissa tarkoitettu syrjintäolettama.[329] Kun työtuomioistuin arvioi, onko työnantajalla ollut hyväksyttävä syy menettelyynsä, se totesi, että oikeus yhdenvertaiseen kohteluun on perusoikeus, josta poikkeamisen perusteille asetetaan korkeat vaatimukset. Sellaiseksi ei käynyt käytettävissä olevien resurssien rajallisuus, johon asiassa oli vedottu, tai että asiasta sovittiin virkaehtosopimuksin. Työtuomioistuin katsoikin, että työnantajalla ei ollut näytetty olleen hyväksyttävää syytä sijoittaa eri sukupuolta olleita, samaa työtä tehneitä käräjätuomareita eri palkkausluokkiin, vaan heillä kaikilla oli oikeus samansuuruiseen palkkaan.[330]

---

329 Tapauksesta riippuen alempaan palkkaluokkaan oli joutunut joko mies- tai naistuomari, ja vastaavasti samaa työtä tehneinä verrokkeina oli joko nais- tai miestuomareita. Helmikuun alusta 2000 voimaan tulleessa palkkausuudistuksessa oli A27-palkkausluokkaan kuuluneista 241 käräjätuomarista 176 sijoitettu palkkausluokkaan T13 ja 65 palkkausluokkaan T11. Vuonna 2003 solmittiin tarkentava virkaehtosopimus, jonka perusteella niistä 241 käräjätuomarista, jotka alun perin ovat olleet sijoitettuina palkkausluokkaan A27, maksettiin 216 käräjätuomarille palkkausluokan T13 mukaista palkkaa (näin todetaan mm. tuomiossa TT 2003:80).

330 Vuonna 2003 käsitellyissä tapauksissa kyse oli siitä, että vuonna 2002 annettujen työtuomioistuimen tuomioiden jälkeen solmittiin tarkentava virkaehtosopimus, jolla sovittiin ylemmän palkkausluokan mukaisen palkan maksamisesta niille käräjätuomareille, joilla palkkausluokkauudistuksen käyttöön ottamisen ajankohtana oli ollut kokemuslisään oikeuttavaa aikaa yli 20 vuotta. Tarkentava virkaehtosopimus ei ollut aiheuttanut muutosta kantajina olevien käräjätuomarien palkkaukseen, koska heillä oli ollut kokemuslisään oikeuttavaa aikaa vähemmän kuin 20 vuotta. Työtuomioistuin katsoi jälleen, että työnantajalla ei ollut hyväksyttävää syytä sijoittaa käräjätuomareita alempaan palkkausluokkaan kuin samassa palkkausluokassa olleet ja samaa työtä tehneet käräjätuomarit. Se totesi muun muassa, että palkkaeroja on suhteellisuusperiaatteen mukaan vaikea puoltaa, kun tarkasteltavana olevien virkojen pätevyysvaatimuksissa ja tehtävien vaativuudessa ei näytetty olevan eroa. Vuonna 2004 käsitellyissä tapauksissa erimielisyyttä oli vielä siitä, voiko työnantaja työtuomioistuimen aiempien ratkaisujen jälkeen jättää muuttamatta palkkausluokkaan T11 sijoitetun käräjätuomarin palkkausluokkaa, mutta maksaa tälle palkkausluokkien T11 ja T13 mukaisten palkkojen välisen erotuksen henkilökohtaisena palkkana. Käräjätuomarit vetosivat siihen, että todellista palkkaa alemmalla palkkausluokalla on vaikutusta tuomarin statukseen, ja sillä voi tulevaisuudessa olla haitallista vaikutusta palkkauskehitykseen sekä virkauralla etenemiseen. Työtuomioistuin kuitenkin katsoi, että alempaan palkkausluokkaan sijoittaminen ei ollut samapalkkaisuutta koskevien säännösten vastaista. Käräjätuomarilla ei kat-

Työtuomioistuin viittasi tuomioissaan perustuslain 6 § 1 momenttiin eli yleiseen yhdenvertaisuuslausekkeeseen, ja säännöksen tarkoittamaan muodolliseen yhdenvertaisuuteen ja tosiasialliseen tasa-arvoon. Se totesi, että yhdenvertaisuuden vaatimus jättää liikkumavaraa ensinnäkin sellaisille sopimuksille, joilla voidaan esimerkiksi palkkaeroja tasoittamalla edistää tosiasiallisen tasa-arvon saavuttamista. Jos sopimuksella on jokin tällainen perusoikeuksienkin kannalta hyväksyttävä tavoite, sen saavuttamiseksi tarvittavien keinojen on oltava tarpeellisia ja oikeasuhtaisia erottelun asteeseen nähden. Jos tällaista perustetta ei ole, kuten tässä tapauksessa, erilaiseen kohteluun johtavat sopimusmääräykset on kuitenkin jätettävä soveltamatta.

6.5 KOKOAVASTI PL 6 §:N TULKINTAKRITEEREISTÄ

Kuten olen aiemmin esittänyt, *yhdenvertaisuus samanlaisten samanlaisena kohteluna* ja *erilaisten erilaisena kohteluna* on syytä erottaa *yhdenvertaisuudesta syrjimättömyytenä*.[331] Suomen perustuslain 6 § rakentuukin juuri näin. PL 6 § 1 momentin yleinen yhdenvertaisuuslauseke sisältää sekä muodollisen yhdenvertaisuusperiaatteen vaatimuksen samanlaisten samanlaisesta kohtelusta että tosiasiallisen tasa-arvon vaatimuksen erilaisten erilaisesta kohtelusta. PL 6 § 2 momentti taas sisältää syrjinnän kiellon, jolla tarkoitetaan sekä välitöntä että välillistä syrjintää. Syrjinnän kieltoa koskevissa esitöissä huomio kiinnitetään kiellettyjen syrjintäperusteiden perusteella tehtävään erotteluun ja sen oikeuttamiseen, ei niinkään vertailun tekemiseen ja ”samanlaisten samanlaiseen kohteluun”, kuten yleisen yhdenvertaisuuslausekkeen kohdalla. Perustuslakivaliokunta ei myöskään tarkastele vertailtavien ryhmien samanlaisuutta tai erilaisuutta vaan keskittyy sen arvioimiseen, ovatko erottelut oikeutettavissa. Tällöin huomio kiinnittyy samanlaisuuden vaatimuksesta erottelun tavoitteisiin ja suhteellisuusperiaatteen mukaisuuteen. Sukupuoleen perustuvaa erottelua koskevissa lausunnoissakaan valiokunta ei ole tehnyt vertailtavuustestiä, vaan ikään kuin olettanut naisten ja miesten olevan samanlaisessa tilanteessa, ja edennyt suoraan oikeuttamisperusteiden arvioimiseen.

Erottelu on perusteltava perusoikeusjärjestelmän kannalta hyväksyttävällä tavalla. Perustelulle asetettavat vaatimukset ovat korkeat säännöksessä lueteltujen kiellettyjen syrjintäperusteiden kuten sukupuolen osalta. Erottelun tavoitteen tulee siis olla perusoikeusjärjestelmän kannalta hyväksyttävä, minkä lisäksi on myös tarkasteltava niitä keinoja, joilla tavoitteeseen pyritään. Erottelulla on oltava tosiasialliset mahdollisuudet saavuttaa sääntelylle asetetut päämäärät.

---

sottu olevan oikeudellista tarvetta saada erikseen vahvistustuomio viran palkkausluokasta.

331 Ks. mm. Prechal – McCrudden 2009, 23–38.

On myös tarkasteltava sitä, olisivatko perusoikeusjärjestelmän kannalta hyväksyttävät tavoitteet saavutettavissa jollain vaihtoehtoisella, syrjimättömällä tavalla. Sääntelyn tulee olla myös oikeasuhtaista. Nämä kriteerit vastaavat perusoikeusrajoitukselle asetettavaa suhteellisuusvaatimusta ja sen kolmea osatekijää: soveltuvuusvaatimusta, välttämättömyysvaatimusta sekä suhteellisuusvaatimusta suppeassa merkityksessä, jonka mukaan rajoitus ei saa olla epäsuhteessa sillä tavoiteltavaan päämäärään ja rajoitettavaan perusoikeuteen.[332]

Perustuslain mukaan positiivista erityiskohtelua eli jonkin ryhmän asemaa ja olosuhteita parantavia toimia tulisi pitää osana tosiasiallista tasa-arvoa, eikä niinkään poikkeuksena yhdenvertaisuusperiaatteesta. Nähdäkseni positiivisen erityiskohtelun rajat eivät siis ole perustuslain mukaan ainakaan tiukemmat kuin EU-oikeudessa. Vaikka sukupuoleen perustuva erottelu edellyttää erityisen painavat perusteet, tällainen painava peruste ja perusoikeusjärjestelmän kannalta hyväksyttävä tavoite on tosiasiallisen tasa-arvon toteuttamiseen tähtäävä positiivinen erityiskohtelu. Toki positiivisen erityiskohtelun täytyy täyttää myös suhteellisuusperiaatteen asettamat vaatimukset. Näin on myös EU-oikeudessa. Perustuslakivaliokunnan positiivista erityiskohtelua koskevissa lausunnoissa näkyy myös tosiasiallisen tasa-arvon ihmisarvoa ja osallisuutta korostavat ulottuvuudet, kun valiokunta on ottanut huomioon (etenkin ikääntyvien) ihmisten erilaiset tarpeet ja mahdollisuudet osallistua yhteiskunnan toimintaan.

Etenkin yhteiskunnan arvovalintoihin liittyvien, kuten seksuaalivähemmistöjä koskevien lakihankkeiden yhteydessä valiokunta on soveltanut aiemmin yhdenvertaisuusperiaatteen rajoittimena toiminutta lainsäätäjän harkintavaltaa korostavaa doktriinia. Samalla tavalla myös korkein hallinto-oikeus on kiperässä, sukupuolivähemmistöjen oikeuksia koskevassa tapauksessa (KHO 2009:15) nojautunut lainsäätäjän harkintamarginaaliin. Vaikka perustuslakivaliokunnan ja tuomioistuinten roolit perustuslain tulkitsijoina eivät ole täysin yhteneväiset, molempia voi kritisoida siitä, ettei asiaa arvioitu syrjinnän kieltojen näkökulmasta.

Työtuomioistuimen ratkaisemissa tapauksissa havainnollistuu syrjinnän kiellon ja muodollisen yhdenvertaisuusperiaatteen välinen ero. Kun työntekijöitä ei ole eroteltu minkään syrjintäsuojan tarvetta puoltavan seikan perusteella, asiaa on arvioitu TSL 2 luvun 2 § 3 momentin tasapuolisen kohtelun vaatimuksen tai PL 6 § 1 momentin yhdenvertaisuussäännöksen kannalta. Tällöin vertailtavuusperiaatteella on keskeinen asema arvioitaessa sitä, onko yhdenvertaisuusperiaatetta loukattu.

---

[332] Ks. Viljanen 2001, 212. Viljanen toteaa, että nämä kolme suhteellisuusperiaatteen osavaatimusta on omaksuttu saksalaisesta valtiosääntöoikeudesta. Ks. mm. Alexy 1986, 100–104.

Perustuslain 6 § 4 momentin tulkitsen tarkoittavan paitsi perustuslaillista toimeksiantoa, myös erityistä, perustuslaintasoista tasa-arvon edistämisvelvoitetta.

7 Syrjinnän kielto ihmisoikeutena

7.1 EUROOPAN IHMISOIKEUSSOPIMUS

Euroopan neuvostossa vuonna 1950 hyväksyttyä yleissopimusta ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojaamiseksi[333] (Euroopan ihmisoikeussopimus) pidetään tehokkaimpana kansainvälisenä ihmisoikeusvalvontajärjestelmänä. EIS onkin ollut esikuvana paitsi Suomen perustuslain perusoikeusuudistuksessa,[334] myös ihmisoikeuksien kansainvälisessä sääntelyssä. Tämä johtuu pitkälti siitä, että sopimuksen pääasiallisena kansainvälisenä valvontamuotona on yksilövalitusmenettely, jonka kautta Euroopan ihmisoikeustuomioistuin on oikeudellisesti sitovin päätöksin kehittänyt laajan ja arvovaltaisen tulkintakäytännön sopimusmääräysten sisällöstä.[335]

Tarkastelen Euroopan ihmisoikeussopimusta yhtäältä sen merkittävän aseman vuoksi, toisaalta siksi, että sillä on erityinen merkitys paitsi Suomen perustuslain perusoikeuksien tulkinnassa, myös EU:n perusoikeusulottuvuudessa. Lissabonin sopimuksella on luotu oikeudellinen perusta EU:n liittymiselle Euroopan ihmisoikeussopimukseen (6 artiklan 2 kohta). Jo ennen tätä EU-tuomioistuin on viitannut useasti ihmisoikeussopimukseen ja EIT:n oikeuskäytäntöön, ja korostanut sen erityistä merkitystä perusoikeuslähteenä.[336] Tämä merkitys näkyy myös Euroopan unionista tehdyn sopimuksen (SEU) 6 artiklan 3 kohdassa, jonka mukaan ihmisoikeussopimuksessa taatut ja jäsenvaltioiden yhteisestä valtiosääntöperinteestä johtuvat perusoikeudet ovat yleisinä periaatteina osa unionin oikeutta. Samoin perusoikeuskirjan johdannossa viitataan Euroopan ihmisoikeussopimukseen ja EIT:n oikeuskäytäntöön. Toisaalta myös EIT on hakenut inspiraatiota EU-oikeudesta ja EU-tuomioistuimen oikeuskäytännöstä.[337]

---

333 SopS 18–19/1990.

334 Ks. HE 309/1993, 39. Perusoikeusuudistuksen yhtenä lähtökohtana oli, että perusoikeussäännökset saavat tulkinnallista tukea Euroopan ihmisoikeussopimuksen vastaavista määräyksistä.

335 Ojanen – Scheinin 2011c, 875; Scheinin 2002, 17. Ks. yleisesti Euroopan ihmisoikeussopimuksesta esim. Lawson 2009; van Dijk – van Hoof – van Rijn – Zwaak 2006; Merrills – Robertson 2001; Greer 2006; Letsas 2007; Pellonpää 2005; Jukka Viljanen 2003; Pellonpää ym. 2012.

336 Ks. esim. tapaus *ERT* C-260/89, tuomion 41 kohta; *Rutili* 36/75, tuomion 32 kohta; *Hacene Akrich* C-109/01, tuomiolauselman 4 kohta; *Euroopan parlamentti v. Euroopan unionin neuvosto* C-540/03; *Eugen Schmidberger* C-112/00; *K.B.* C-117/01. Ks. Pellonpää 2008.

337 Ks. esimerkiksi välillistä syrjintää koskeva tapaus *D.H. ym v. Tšekki* (13.11.2007).

7.1.1 Ihmisoikeussopimuksen 14 artikla ja kahdestoista lisäpöytäkirja

Euroopan ihmisoikeussopimuksen 14 artikla sisältää syrjinnän kiellon, joka kuuluu seuraavasti:

> ”Tässä yleissopimuksessa tunnustetuista oikeuksista ja vapauksista nauttiminen taataan ilman minkäänlaista sukupuoleen, rotuun, ihonväriin, kieleen, uskontoon, poliittisiin tai muihin mielipiteisiin, kansalliseen tai yhteiskunnalliseen alkuperään, kansalliseen vähemmistöön kuulumiseen, varallisuuteen, syntyperään tai muuhun asemaan perustuvaa syrjintää.”

Kuten artiklan sanamuoto osoittaa, ja kuten myös EIT on oikeuskäytännössään useasti todennut, artikla edellyttää vain, että muiden sopimusartiklojen toteutuminen on turvattava ilman syrjintää.

Artiklan soveltaminen ei kuitenkaan edellytä jonkin toisen artiklan loukkauksen erillistä vahvistamista, vaan syrjintäkieltoa voidaan katsoa rikotun myös silloin, kun muuta sopimusartiklaa on sovellettu syrjivällä tavalla.[338] Esimerkiksi tapauksessa *Karlheinz Schmidt v Saksa* (18.7.1994) kyse oli siitä, että vain miehillä oli velvollisuus osallistua kunnallisen palokuntalaitoksen toimintaan. Vaihtoehtoisesti miehet saivat myös suorittaa tietynsuuruisen maksun, jolla katettiin palolaitoksen menoja. Ihmisoikeustuomioistuin katsoi, että vaikka kyse ei ollut 4 artiklan pakkotyön kiellon rikkomisesta, vaan 4 artiklan 3 kohdan d alakohdan mukaisesta ”työstä tai palveluksesta, joka kuuluu yleisiin kansalaisvelvollisuuksiin”, yhdessä 14 artiklan kanssa menettelyllä rikottiin sukupuolisyrjinnän kieltoa. Näin ollen, vaikka 14 artiklan loukkaaminen ei edellytä jonkin muun ihmisoikeussopimuksessa turvatun oikeuden loukkauksen erillistä vahvistamista, syrjiväksi väitetyn menettelyn tulee kuitenkin olla sopimuksessa turvatun oikeuden piirissä tai tätä oikeutta turvaavan artiklan kattamalla alueella (”*within the ambit*”).[339] EIT on katsonut, että jos se toteaa jonkin toisen artiklan loukkauksen tapahtuneen, sen ei yleensä tarvitse tutkia erikseen sitä, onko

---

338 Tämän ihmisoikeustuomioistuin totesi jo vuonna 1968 tapauksessa *Belgian Linguistics* (23.7.1968). Ks. myös Pellonpää 2005, 530–532; Pellonpää ym. 2012, 810; Gerards 2005, 103; Heringa – van Hoof 2006.

339 Pellonpää 2005, 531–532. Ks. mm. *Abdulaziz, Cabales ja Balkandali v. Yhdistynyt kuningaskunta* (28.5.1985), kohta 71; *Inze v. Itävalta* (28.10.1987), kohta 36; *Thlimmenos v. Kreikka*, (6.4.2000), kohta 40. Ks. Wintemute 2004a. Wintemute osoittaa, kuinka tiettyjen syrjintäperusteiden (uskonto, poliittinen mielipide, seksuaalinen suuntautuminen ja sukupuoli-identiteetti) materiaalinen soveltamisala on laajempi kuin toisten (kuten sukupuoli, rotu, vammaisuus ja ikä) ja ulottuu mm. työelämään (ks. mm. *Thlimmenos v. Kreikka*). Ks. myös Livingstone 1997. Livingstone toteaa (s. 27), että suuri osa syrjintätapauksista on koskenut 8 artiklassa turvattua yksityis- ja perhe-elämän suojaa.

myös 14 artiklaa rikottu, ellei selkeä epäyhdenvertainen kohtelu ole tapauksen perustavaa laatua oleva piirre.[340]

Koska 14 artiklan soveltaminen edellyttää, että menettely on jonkin toisen artiklan turvaaman oikeuden alueella, ei ihmisoikeustuomioistuin ole voinut ratkaista sopimuksen ulkopuolelle kuuluvia syrjintään liittyviä tapauksia.[341] Esimerkiksi tapauksessa *Botta v. Italia* (24.2.1998) kyse oli italialaisesta julkisesta uimarannasta, jolle ei ollut tehty vammaisia henkilöitä varten välttämättömiä ramppeja ja pesutiloja. Ihmisoikeustuomioistuin katsoi, että vammaisen henkilön oikeus päästä lomallaan julkiselle uimarannalle ei kuulu yksityiselämän suojaa koskevan 8 artiklan piiriin, eikä tapaukseen näin ollen voitu soveltaa myöskään 14 artiklan syrjinnän kieltoa. Myös sosiaalisiin oikeuksiin voidaan vedota vain rajoitetusti ihmisoikeussopimuksen puitteissa. Ihmisoikeustuomioistuin on kuitenkin oikeuskäytännössään katsonut, että oikeus sosiaaliturvaan kuuluu omistusoikeutta koskevan ensimmäisen lisäpöytäkirjan alaan. Sosiaaliturvaan liittyviä tapauksia onkin käsitelty juuri sukupuolisyrjinnän kiellon kannalta.[342]

Vuonna 2000 Euroopan ihmisoikeussopimusta täydennettiin kaikkinaisen syrjinnän kieltävällä kahdennellatoista pöytäkirjalla, joka sisältää yleisen syrjintäkiellon. Suomessa kahdestoista pöytäkirja tuli voimaan 1.4.2005.[343] Lisäpöytäkirjan myötä syrjinnän kieltoa voidaan soveltaa laajemmin kuin aiemmin, sillä sen syrjinnän kielto on yleinen eikä edellytä yhteyttä sopimuksessa turvattuun oikeuteen.[344] Näin syrjinnän kieltoa voidaan soveltaa nyt muun muassa työelämän sukupuolisyrjintää koskevissa tapauksissa.

Lisäpöytäkirjan 1 artikla kuuluu seuraavasti:

1 artikla Kaikkinaisen syrjinnän kielto

1. Laissa tunnustetuista oikeuksista nauttiminen taataan ilman minkäänlaiseen sukupuoleen, rotuun, ihonväriin, kieleen, uskontoon, poliittisiin tai muihin mielipiteisiin, kansalliseen tai yhteiskunnalliseen alkuperään, kansalliseen vähemmistöön kuulumiseen, varallisuuteen, syntyperään tai muuhun asemaan perustuvaa syrjintää.

2. Ketään ei saa syrjiä viranomaistoiminnassa 1 kappaleessa tarkoitetuilla perusteilla.

---

340 *Orsus ym. v. Kroatia* (16.3.2010), kohta 144; *Timishev v. Venäjä* (13.12.2005), kohta 53.

341 Heringa – van Hoof 2006; Pellonpää 2005.

342 Ks. esim. *Van Raalte v. Alankomaat* (21.2.1997), *Petrovic v. Itävalta* (27.3.1998), *Wessels-Bergervoet v. Alankomaat* (4.6.2002), *Willis v. Yhdistynyt kuningaskunta* (11.6.2002).

343 SopS 8/2005, HE 121/2004, PeVM 4/2004.

344 Ks. Wintemute 2004a ja 2004b. Ks. myös Ojanen – Scheinin 2011b, 242–243.

Lisäpöytäkirjan selitysmuistiossa (*Explanatory Report*) todetaan, että pöytäkirja antaa lisäsuojaa laajentamalla syrjinnän kiellon soveltamisalaa seuraavasti. Ensinnäkin syrjinnän kielto ulottuu koskemaan kaikkien *laissa tunnustettujen oikeuksien* nauttimista. Toiseksi, se ulottuu myös tilanteisiin, joissa julkisella vallalla on lainmukainen *velvollisuus* toimia tietyllä tavalla. Kolmanneksi, se ulottuu tilanteisiin, joissa julkinen valta käyttää *harkintavaltaansa* esimerkiksi myöntäessään erilaisia tukia. Neljänneksi, se ulottuu tilanteisiin, joissa kyse on muutoin julkisen vallan *menettelystä tai laiminlyönnistä*.[345] Lisäpöytäkirjan syrjinnän kielto velvoittaa siis julkista valtaa, mikä todetaan myös 1 artiklan 2 kappaleessa. Pöytäkirjan selitysmuistion mukaan artiklan tarkoituksena ei ole suoranaisesti velvoittaa valtioita estämään syrjintää yksityishenkilöiden välisissä suhteissa. Selitysmuistiossa todetaan tältä osin seuraavasti:

> ”An additional protocol to the Convention, which typically contains justiciable individual rights formulated in concise provisions, would not be a suitable instrument for defining the various elements of such a wide-ranging obligation of a programmatic character. Detailed and tailor-made rules have already been laid down in separate conventions exclusively devoted to the elimination of discrimination on the specific grounds covered by them (see, for example, the Convention on Elimination of All Forms of Racial Discrimination and the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, which were both elaborated within the United Nations). It is clear that the present Protocol may not be construed as limiting or derogating from domestic or treaty provisions which provide further protection from discrimination.”[346]

Selitysmuistiossa kuitenkin jatketaan, että toisaalta 1 artiklassa tarkoitettu velvollisuus *taata laissa tunnustetuista oikeuksista nauttiminen* voidaan joissain tilanteissa tulkita siten, että se kattaa myös julkisen vallan positiivisen velvollisuuden estää syrjintä myös horisontaalisuhteessa. Esimerkkinä mainitaan tilanne, jossa kansallisessa syrjinnän vastaisessa lainsäädännössä on selvä aukko.[347] Tällainen positiivinen velvoite koskisi vain sellaisia horisontaalisuhteita, jotka ovat luonteeltaan julkisia, joista on normaalisti säädetty laissa, ja joista valtiolla on jonkinasteinen vastuu. Tällaisia voivat olla esimerkiksi yksityiset lääkäripalvelut, veden ja sähkön tuotanto, ravintoloihin pääsy tai töihin pääsemisen mielivaltainen estäminen.[348]

Lisäpöytäkirjan johdannossa todetaan, että syrjimättömyyden periaate ei estä positiivista erityiskohtelua tosiasiallisen tasa-arvon edistämiseksi (”*measures in order to promote full and effective equality”*), kunhan näille positiivisille toi-

345 Selitysmuistion kohta 22.
346 Selitysmuistion kohta 25.
347 Selitysmuistion kohta 26.
348 Selitysmuistion kohta 28.

mille on objektiiviset ja kohtuulliset oikeuttamisperusteet. Kuten selitysmuistiossa todetaan, pöytäkirjassa *ei* aseteta kuitenkaan *velvollisuutta* tosiasiallisen tasa-arvon edistämistoimille, sillä ”[s]uch a programmatic obligation would sit ill with the whole nature of the Convention and its control system which are based on the collective guarantee of individual rights which are formulated in terms sufficiently specific to be justiciable”.[349] Tässä mielessä syrjinnän kielto ei ilmennä tosiasiallista tasa-arvoa, jos sillä tarkoitetaan nimenomaan *velvollisuutta* positiivisiin erityistoimiin. Tällöin positiiviset erityistoimet nähtäisiin osana yhdenvertaisuuden periaatetta, yhdenvertaisuuden toteutumisen edellytyksenä, ei poikkeuksena siitä.[350]

Ensimmäinen kahdennentoista lisäpöytäkirjan syrjinnän kieltoa koskeva tapaus oli *Sejdic ja Finci v. Bosnia ja Herzegovina* (22.12.2009), jossa EIT vahvisti, että pöytäkirjan syrjinnän käsitettä sovelletaan samalla tavalla kuin EIS 14 artiklaa, paitsi siltä osin, että sen materiaalinen soveltamisala on laajempi eikä yhteyttä muuhun sopimuksessa turvattuun oikeuteen tarvita.[351]

Ihmisoikeustuomioistuin on oikeuskäytännössään katsonut, että syrjintää voi olla vain erilainen kohtelu, joka perustuu identifioitavissa olevaan ominaisuuteen, statukseen.[352] Ihmisoikeussopimuksen 14 artiklan ja kahdennentoista lisäpöytäkirjan 1 artiklan kiellettyjen syrjintäperusteiden lista ei ole tyhjentävä, vaan kiellettyä on myös ”muuhun asemaan” perustuva syrjintä. EIT on todennut, että ”Article 14 prohibits, within the ambit of the rights and freedoms guaranteed, discriminatory treatment having as its basis or reason a personal characteristic (’status’) by which persons or groups of persons are distinguishable from each other.”[353] Se jatkaa, että syrjintäperusteiden lista on ”illustrative and not exhaustive”, ja että ”discrimination prohibited by Article 14 may also be on the ground of ’other status’ (’*toute autre situation*’ in French)”.[354] Oikeuskäytännössään EIT on luonut hierarkkisen järjestelmän, jossa tietyt syrjintäperusteet, kuten sukupuoli ja rotu, ovat ns. epäilyttäviä syrjintäperusteita (*suspect grounds*), joiden perusteella tapahtuva erilainen kohtelu voidaan oikeuttaa vain erityisen painavin syin (*very weighty reasons*). Epäilyttäviksi luokitellut syrjintäperusteet ovat tyypillisesti sellaisia, jotka liittyvät vahvasti yksilön identiteet-

---

349 Selitysmuistion kohta 16.

350 Ks. Wentholt 1999. Ks. myös Arnardottir 2003, 113–116.

351 *Sejdic ja Finci v. Bosnia ja Herzegovina* (22.12.2009), kohta 55. Kaksi tuomareista olisi toivonut, että EIT olisi analysoinut kahdennentoista lisäpöytäkirjan syrjinnän kieltoa syvällisemmin, ja muotoillut ne periaatteet, standardit ja testit, joita olisi voinut soveltaa myös myöhemmissä syrjintätapauksissa. Ks. Partly concurring opinion and partly dissenting opinion of Judge Mijovic, joined by Judge Hajiyev. Ks. myös Claridge 2011.

352 Ks. esim. *Kjeldsen*, *Busk Madsen ja Pedersen v. Tanska* (7.12.1976), kohta 56; *Stummer v. Itävalta* (7.7.2011), kohta 87; *Carson ym. v. Yhdistynyt kuningaskunta* (16.3.2010), kohta 61.

353 *Şerife Yiğit v Turkki* (2.11.2010), kohta 77.

354 *Şerife Yiğit v Turkki* (2.11.2010), kohta 78.

tiin ja ovat muuttumattomia. Lisäksi ne ovat sellaisia syrjintäperusteita, joihin on historiallisesti liittynyt eriarvoisuutta ja alistamista.[355]

7.1.2 Syrjinnän kiellon elementit – syrjintäolettaman luominen ja sen kumoaminen

Euroopan ihmisoikeustuomioistuin on oikeuskäytännössään tulkinnut syrjinnän käsitettä. Ensimmäinen 14 artiklaa koskeva tapaus oli Belgian kielioloja koskeva *Belgian Linguistics*[356] (23.7.1968), jossa ihmisoikeustuomioistuin muotoili osan niistä syrjinnän kiellon elementeistä, joita se tuli soveltamaan myös myöhemmissä tapauksissa.[357] Tuomioistuin totesi seuraavasti.

> ”[...] the Court, following the principles which may be extracted from the legal practice of a large number of democratic States, holds that the principle of equality of treatment is violated *if the distinction has no objective and reasonable justification.* The existence of such a justification must be assessed in relation to the aim and effects of the measure under consideration, regard being had to the principles which normally prevail in democratic societies. A difference of treatment in the exercise of a right laid down in the Convention must not only pursue *a legitimate aim*: Article 14 (art. 14) is likewise violated when it is clearly established that there is no *reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised*”[358] (korostus tässä).

Tuomioistuimen lähtökohtana on siis se, että erilaista kohtelua ei katsota syrjinnäksi, jos sillä on objektiiviset ja kohtuulliset perusteet eli kohtelu perustuu hyväksyttävään päämäärään eikä erilainen kohtelu ole epäsuhteessa sillä tavoiteltuihin päämääriin (suhteellisuusperiaatteen mukaisuus).

Kuten Gerards huomauttaa, *Belgian Linguistics* -tapauksessa EIT otti kantaa vain erottelun oikeuttamisperusteisiin, ei sen sijaan syrjintäolettaman syntymiseen eli esimerkiksi siihen, onko vertailtavuustesti osa 14 artiklan tarkoittamaa syrjinnän kieltoa.[359] Gerards toteaa, että varhaisissa EIT:n 14 artiklaa koskevissa tuomioissa vertailtavuustesti syrjintäolettaman luomiseksi sulautui usein oikeuttamistestiin,[360] tai se puuttui kokonaan. Vasta tapauksessa *Marckx v. Belgia* (13.6.1979) EIT nimenomaisesti otti käyttöön vertailtavuustestin osaksi

---

355 Ks. esim. Fredman 2011, 126–127; Gerards 2007, 35–39; Gerards 2005; Pellonpää 2005; Arnardottir 2003; Heringa – van Hoof 2006, 1046–1049.

356 *Case ”relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium” v. Belgium* (23.7.1968).

357 Ks. esim. Gerards 2005; Arnardottir 2003; Heringa – van Hoof 2006; Merrils – Robertson 2001; McKean 1983, 204–227.

358 Tuomion kohta 34.

359 Gerards 2005, 121.

360 Ks. esim. tapaus *Engel ym. v. Alankomaat* (23.11.1976).

syrjintäolettaman luomista. Se totesi, että 14 artikla ”safeguards individuals, *placed in similar situations*, from any discrimination in the enjoyment of the rights and freedoms set forth in those other provisions”.[361] Tämän jälkeisestä ratkaisukäytännöstä voi Gerardsin mukaan päätellä, että vertailtavuustesti (*comparability test*) on vakiintunut osa syrjintäolettaman luomista.[362] Kantajan tulee siis osoittaa ryhmä, jota on kohdeltu eri tavalla, minkä jälkeen on arvioitava, ovatko tilanteet vertailukelpoisia. Viimeaikaisessa ratkaisukäytännössään EIT onkin säännönmukaisesti todennut, että ”[a]ccording to the Court’s settled case-law, discrimination means treating differently, without an objective and reasonable justification, *persons in similar situations*. ’No objective and reasonable justification’ means that the distinction in issue does not pursue a ’legitimate aim’ or that there is not a ’reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised’.”[363] EIT on käyttänyt myös muotoilua ”*relevantly similar situations*”[364]. Olennaista onkin, ovatko vertailtavat henkilöt *relevanteilta osin*, suhteessa esimerkiksi tiettyyn etuuteen, samanlaisessa tilanteessa. Esimerkiksi äitiysvapaalla olevia työntekijöitä tulisi pitää työhönotossa lähtökohtaisesti samassa asemassa kuin muitakin työnhakijoita, mutta palkanmaksun suhteen näin ei välttämättä enää olekaan. Samanlaisuutta ja erilaisuutta tulisikin arvioida aina sen tilanteen kannalta, josta kulloinkin on kyse.

Todistustaakan jaon periaatetta sovelletaan myös 14 artiklaa koskevissa tapauksissa. EIT on useassa tapauksessa todennut, että ”once the applicant has shown a difference in treatment, it is for the Government to show that it was justified”.[365] Syrjintäolettaman synnyttämiseksi valittajan tulee osoittaa, että hän on joutunut eri asemaan verrattuna samanlaisessa tilanteessa olevaan verrokkiin. Tämän jälkeen vastaajavaltion on osoitettava, että erottelulla on hyväk-

---

361 *Marckx v. Belgia*, kohta 32.

362 Gerards 2005, 123. Ks. esim. *Lithgow ym. v. Yhdistynyt kuningaskunta* (8.7.1986). Tapauksessa tuomioistuin totesi, että artikla 14 antaa suojaa henkilöille, jotka ovat ”placed in analogous situations”. Samoin tapaus *Fredin v. Ruotsi* (18.2.1991), jossa tuomioistuin totesi, että kanne voi menestyä vain, jos kantaja osoittaa, että hänen tilanteensa voidaan arvioida samanlaiseksi kuin henkilöiden, joita on kohdeltu paremmin. Vertailun ongelmallisuus tulee hyvin esiin tapauksessa *Van der Mussele v. Belgia* (23.11.1983), jossa tuomioistuin katsoi, että eri ammattiryhmiä koskeva sääntely oli niin erilaista, ettei ammattiryhmiä voinut verrata keskenään. Ks. myös *Johnston ym. v. Irlanti* (18.12.1986), *Sunday Times v. Yhdistynyt kuningaskunta* (II) (26.11.1991), *Observer ja Guardian v. Yhdistynyt kuningaskunta* (26.11.1991) ja *Spadea ja Scalabrino v. Italia* (28.9.1995), joissa sovellettiin vertailtavuustestiä. Kaikissa tapauksissa ihmisoikeustuomioistuin katsoi, että tilanteet eivät olleet vertailukelpoisia. Arnardottir tosin toteaa (2003, 85, alav. 383), että ei ole selvää, oliko näissä tapauksissa kyse vertailtavuustestistä syrjintäolettaman luomisen osana vai oliko se osa oikeuttamisperusteiden arviota.

363 *Andrejeva v. Latvia* (18.2.2009), kohta 81.

364 Esim. *D.H. ym. v. Tšekki* (7.2.2006), kohta 175.

365 *D.H. ym v. Tšekki* (13.11.2007), kohta 177. Ks. myös *Chassagnou ym v. Ranska* (29.4.1999), kohdat 91–92; *Timishev v. Venäjä* (13.12.2005), kohta 57; *Kiyutin v. Venäjä* (10.3.2011); *Yigit v. Turkki* (2.11.2010), kohta 71; *Andrejeva v. Latvia* (18.2.2009), kohta 84.

syttävä tavoite ja että keinot tavoitteen saavuttamiseksi ovat suhteellisuusperiaatteen mukaiset.

EIT ei ole luonut mitään kovin tarkkaa arviointikriteeristöä sen suhteen, minkälaista *tavoitetta* voidaan pitää hyväksyttävänä. Kyse on ollut hyvin tapauskohtaisesta analyysistä.[366] Toisaalta se on katsonut, että ns. epäilyttävien syrjintäperusteiden (”*suspect grounds*”), kuten sukupuolen, osalta tavoitteen pitää olla tarpeeksi täsmällinen, kovin yleiset ja abstraktit tavoitteet eivät ole hyväksyttäviä, eivätkä myöskään stereotypioihin perustuvat traditionaaliset näkemykset esimerkiksi naisen ja miehen roolista.[367] Kun kyse on epäilyttävistä syrjintäperusteista, tavoitteen täytyy olla lisäksi tarpeeksi tärkeä (”*sufficiently important*”[368]), jotta se voi oikeuttaa erottelun epäilyttävän syrjintäperusteen perusteella.[369] Ylipäänsä vain hyvin painavat syyt (”*very weighty reasons”)* voivat oikeuttaa erilaisen kohtelun, kun kyse on epäilyttävästä syrjintäperusteesta.

Suhteellisuusperiaatteen on yleensä katsottu sisältävän kolme eri osatestiä tai -vaatimusta: soveltuvuusvaatimuksen (*the suitability test*), välttämättömyysvaatimuksen (*the necessity test*) ja suhteellisuusvaatimuksen suppeassa merkityksessä (*proportionality stricto sensu*), jolla tarkoitetaan eri intressien välistä punnintaa.[370] Nämä kaikki eri osavaatimukset ovat näkyneet myös EIT:n oikeuskäytännössä, etenkin epäilyttävien syrjintäperusteiden kohdalla.[371] Gerards on todennut, että välttämättömyydelle asetetut vaatimukset riippuvat valtion harkintamarginaalin laajuudesta.[372] Jos kyse on kapeasta harkintamarginaalista, EIT tarkastelee huolellisesti, onko menettely välttämätön tavoitteen saavuttamiseksi. Tällöin se arvioi myös tarkkaan, onko tavoite niin tärkeä, että se syrjäyttää ihmisoikeuden.[373]

---

366 Ks. Gerards 2005, 141–142.

367 Ks. esim. tapaukset *Karlheinz Schmidt v. Saksa* (18.7.1994) ja *Konstantin Markin v. Venäjä* (22.3.2012). Ks. myös Gerards 2005, 142–144.

368 *Abdulaziz, Cabales ja Balkandali v. Yhdistynyt kuningaskunta* (28.5.1985), kohta 79. Samoin *Hoffmann v. Itävalta* (23.6.1993), kohta 34 ja 36. Tapauksessa kyse oli lasten huoltajuudesta avioeron jälkeen. Lasten isän mukaan äiti ei ollut sopiva henkilö huoltajaksi, koska tämä oli Jehovan todistaja, mikä isän mukaan muodosti vaaran lasten sosiaaliselle kehitykselle ja terveydelle. Kansallinen oikeus oli päätynyt asiassa isän kannalle. EIT totesi, että menettelyn tavoite, lasten oikeuksien ja terveyden turvaaminen, oli sinänsä hyväksyttävä ja tärkeä tavoite, mutta eriarvoinen kohtelu, joka perustuu olennaisesti vain uskontoon, ei ole hyväksyttävää. Tuomioistuin katsoikin, että keinot ja tavoite eivät olleet suhteellisuusperiaatteen mukaisia. Ks. myös *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugali* (21.12.1999), kohta 36.

369 Ks. Gerards 2005, 160–161.

370 Ks. Gerards 2011, 89; Gerards 2005, 144–151. Ks. myös Tridimas 2006; Ellis 1999; Viljanen 2001.

371 Gerards 2005, 144–151. Ks. soveltuvuusvaatimuksesta esim. *Abdulaziz, Cabales ja Balkandali v. Yhdistynyt kuningaskunta* (28.5.1985), kohta 81, ja välttämättömyysvaatimuksesta *Chassagnou ym v. Ranska* (29.4.1999), kohta 117.

372 Gerards 2005, 155.

373 Gerards 2005, 157–159. Ks. esim. tapaus *Lustig-Prean ja Beckett v. Yhdistynyt kuningaskunta* (27.9.1999), jossa kyse oli homoseksuaalien yksityisyydensuojan loukkaamisesta brittiar-

Oikeuskirjallisuudessa on käyty paljon keskustelua siitä, miten EIT soveltaa kehittelemiänsä syrjinnän kiellon tulkintasääntöjä.[374] On esitetty, että käytännössä EIT ei aina sovella kaikkia näitä elementtejä.[375] Se ei aina esimerkiksi tee vertailtavuustestiä.[376] Gerards esittää yhdeksi mahdolliseksi selitykseksi sen, että tapauksessa on ollut helppo löytää oikeuttamisperusteita, joten vertailtavuustesti on jätetty pois prosessuaaliseen tehokkuuteen liittyvistä syistä.[377] Joskus EIT itsekin toteaa, että vaikka tilanteet olisivatkin vertailukelpoiset (asiaa sen tarkemmin analysoimatta), erilaiselle kohtelulle on hyväksyttävät oikeuttamisperusteet.[378] Monissa tapauksissa vertailtavuustesti on jätetty pois sen vuoksi, että samat argumentit tulevat arvioitavaksi myös oikeuttamisperusteita koskevassa punninnassa, jolloin tilanteiden vertailtavuutta on arvioitu osana oikeuttamistestiä.[379] Joskus se ei ole perustellut lainkaan, miksi vertailtavuuteen on päädytty, tai miksi siihen ei ole päädytty.[380] Arnardottir on väitöskirjassaan todennut, että EIT:n oikeuskäytännössä vertailtavuuden puute ei sinänsä ole kategorisesti johtanut siihen, että tapauksessa ei voitaisi todeta syrjinnän kieltoa loukatun. Etenkin, jos vertailtavuus on epävarmaa, oikeuttamistesti on tällöin väljempi.[381] Tällöin huomio kiinnittyy pikemminkin menettelyn tavoitteisiin ja keinoihin eikä niinkään samanlaisuuteen tai erilaisuuteen. Livingstone toteaakin, että vertailtavuuselementin poisjääminen voi juuri sukupuolisyrjinnän kohdalla olla hyvä asia, koska silloin ei keskitytä muodollisen yhdenvertaisuusperiaatteen edellyttämällä tavalla vertailtavien henkilöiden samanlaisuuteen.[382]

EIT ei aina tarkastele myöskään hyväksyttävän tavoitteen saavuttamiseksi käytettyjen keinojen suhteellisuusperiaatteen mukaisuutta tai perustele, miksi se on päätynyt toteamaan, että menettelylle ei ole objektiivisia tai kohtuullisia

---

meijassa. EIT punnitsi eri intressejä ja otti erityisesti huomioon loukkauksen vakavuuden ja merkityksen loukatulle. Se tarkasteli myös sitä, oliko menettely välttämätöntä ottaen huomioon mahdolliset muut keinot tavoitteen saavuttamiseksi. Ks. myös *Camp ja Bourimi v. Alankomaat* (3.10.2000), kohta 39; *Inze v. Itävalta* (28.10.1987), kohta 44; *Sahin v. Saksa* (11.10.2001), kohta 60.

374 Arnardottir 2003; Gerards 2005; Jukka Viljanen 2003, 277–281; Livingstone 1997, 30–33; Heringa – van Hoof 2006; Fredman 2008b.

375 Gerards 2005, 124–135; Livingstone 1997, 30; Fredman 2008b, 187; O'Connell 2009.

376 Ks. esim tapaukset *Chassagnou ym. v. Ranska* (29.4.1999), *James ym. v. Yhdistynyt kuningaskunta* (21.2.1986), *Sheffield ja Horsham v. Yhdistynyt kuningaskunta* (30.7.1998).

377 Gerards 2005, 133–135.

378 Ks. esim. *Monnell ja Morris v. Yhdistynyt kuningaskunta* (2.3.1987), kohta 73.

379 Esim. *Rasmussen v. Tanska* (28.11.1984), kohta 37. Ks. myös *Bouamar v. Belgia* (29.2.1988), kohta 67. Tämä ei ole todistustaakan jaon kannalta paras mahdollinen menetelmä.

380 Esim. tapaukset *Van der Mussele v. Belgia* (23.11.1983); *Fredin v. Ruotsi* (18.2.1991), kohta 61; *Moustaquim v. Belgia* (18.2.1991), kohta 49; *Observer ja Guardian v. Yhdistynyt kuningaskunta* (26.11.1991), kohta 73; *VGT Verein gegen Tierfabriken v. Sveitsi* (28.6.2001), kohdat 87 ja 88; *Chassagnou ym. v. Ranska* (29.4.1999), kohta 120; *P.M. v. Italia* (11.1.2001), kohta 54.

381 Arnardottir 2003, 155.

382 Livingstone 1997, 30.

perusteita.[383] Joissain tapauksissa se ei ole testannut edes tavoitteen hyväksyttävyyttä.[384] Monissa tapauksissa EIT ei ole mennyt kovin syvälle suhteellisuusperiaatetta arvioidessaan, vaan on tyytynyt vain lyhyesti ja perusteluitta toteamaan, että menettelylle ei ole hyväksyttäviä perusteita (*objective and reasonable justifications*).[385] Tällaiset perustelut eivät lisää tuomioiden läpinäkyvyyttä ja oikeusvarmuutta. Joissain tapauksissa EIT on tutkinut hyvinkin tarkkaan, ovatko esitetyt oikeuttamisperusteet hyväksyttäviä.[386] Oikeuskäytännön onkin sanottu olevan ristiriitaista ja sekavaa.[387] Epäilyttävien syrjintäperusteiden osalta voidaan kuitenkin sanoa, että käytäntö on jossain määrin selkeämpää. Vertailtavuuskysymys on noussut esille vain harvoin, sillä usein EIT näyttää ikään kuin olettavan esimerkiksi naisten ja miesten vertailukelpoisuuden. Lisäksi oikeuttamistesti on tiukka, edellyttäen hyvin painavia syitä (*very weighty reasons*).[388] Vertailtavuus- ja oikeuttamistestin tiukkuuteen vaikuttaa myös valtion harkintamarginaali.

7.1.3 Valtion harkintamarginaalia koskeva oppi syrjinnän kieltoa sovellettaessa

Syrjinnän kieltoa sovellettaessa on valtion harkintamarginaalia koskevalla opilla ollut tärkeä merkitys.[389] EIT on todennut useaan otteeseen, että harkintamarginaalin laajuuteen vaikuttavat tapauksen olosuhteet, asiasisältö ja tausta.[390] EIT on esimerkiksi katsonut, että valtiolla on tietty harkintamarginaali arvioidessaan sitä, missä määrin ihmisten väliset erot oikeuttavat erilaisen kohtelun muutoin samanlaisessa tilanteessa. Syrjinnän kielto ei kielläkään kohtelemasta erilaisia eri tavalla, kun tarkoituksena on edistää tosiasiallista tasa-arvoa (*to correct factual inequalities*). Päinvastoin, tietyissä tilanteissa EIT on katsonut, että valtio on loukannut syrjinnän kieltoa, kun se ei ole kohdellut erilaista eri tavalla ilman hyväksyttävää syytä (*without an objective and reasonable justifi-*

---

383 Gerards 2005, 124. Ks. esim. *James ym. v. Yhdistynyt kuningaskunta* (21.2.1986); *Lithgow ym. v. Yhdistynyt kuningaskunta* (8.7.1986); *Monnell ja Morris v. Yhdistynyt kuningaskunta* (2.3.1987), jossa kohdissa 73 ja 75 EIT toteaa tavoitteen hyväksyttäväksi, muttei arvioi suhteellisuusperiaatteen mukaisuutta. Tapauksessa *Schuler-Zgraggen v. Sveitsi* (24.6.1993, kohta 67) se vain toteaa, että menettelylle ei objektiivisia ja kohtuullisia perusteita.

384 Gerards 2005, 124. Ks. *Kamasinski v. Itävalta* (19.12.1989) ja *Moustaquim v. Belgia* (18.2.1991).

385 Gerards 2005, 161; Livingstone 1997, 32.

386 Livingstone 1997, 32. Ks. esim. tapaukset *Abdulaziz ym. v. Yhdistynyt kuningaskunta* (28.5.1985) ja *Inze v. Itävalta* (28.10.1987).

387 Arnardottir 2003, 86.

388 Gerards 2005, 130–133 ja 199–209. Arnardottir 2003, 158.

389 Näin EIT totesi jo tapauksessa *Belgian Linguistic Case v. Belgia* (23.7.1986), kohta 10.

390 Ks. esim. *Abdulaziz ym. v. Yhdistynyt kuningaskunta* (28.5.1985); *Rasmussen v. Tanska* (28.11.1984); *Kiyutin v. Venäjä* (15.9.2011), kohta 62.

cation). Tämän se totesi ensimmäisen kerran tapauksessa *Thlimmenos v. Kreikka* (6.4.2000)[391]. Artikla 14 asettaa siis valtiolle tältä osin positiivisen velvoitteen kohdella erilaisia eri tavalla. Syrjinnän kielto kattaa näin ollen yhdenvertaisuusperiaatteen muodollisen (samanlaisia samalla tavalla) ja tosiasiallisen (erilaisia eri tavalla) puolen.

Oikeuskäytännöstä on erotettavissa ainakin kolme eri tekijää, joilla on keskeinen vaikutus harkintamarginaalin laajuuteen syrjinnän kieltoa sovellettaessa.[392] EIT on antanut merkitystä ensinnäkin sille, onko asiasta sopimusvaltioiden kesken olemassa konsensus (”*a European consensus*”, ”*a common ground*”, ”*a common standard*”) [393], yhteinen eurooppalainen mittapuu[394]. Voidaan puhua myös konsensusperiaatteesta.[395] Jos tällainen yhteinen ja yleinen standardi tai arvopohja on olemassa, valtion harkintamarginaali on kapea.[396] Vastaavasti, jos asiasta on eri maissa erilaisia käytäntöjä, harkintamarginaali on laajempi. [397] Tehdessään tällaisen *common ground* -arvion EIT käyttää hyväkseen oikeusvertailua ja ottaa huomioon paitsi kansalliset lainsäädännöt ja käytännöt, myös kansainväliset oikeudelliset instrumentit ja EU-oikeuden relevantit säännökset.[398] EIT on kuitenkin todennut, että se arvioi itsenäisesti sen, mikä oikeudellinen aines on relevanttia ja minkälainen paino sille on tapauksessa annettava.[399] Esimerkiksi seksuaali- ja sukupuolivähemmistöjä sekä avioliiton ulkopuolella syntyneiden lasten asemaa koskevassa oikeuskäytännössä yhteiseen konsensukseen perustuvalla arviolla on ollut suuri merkitys.[400] Myös sukupuolisyrjin-

---

391 *Thlimmenos v. Kreikka* (6.4.2000), kohta 44. Ks. myös *Stec ym. v. Yhdistynyt kuningaskunta* (12.4.2006), kohta 51; *Andrejeva v. Latvia* (18.2.2009), kohta 81; *Orsus ym. v. Kroatia* (16.3.2010), kohta 149.

392 Ks. Gerards 2011, 107 ss.; Gerards 2005; Arnardottir 2003. Ks. yleisesti harkintamarginaalia koskevasta opista esim. Viljanen, Jukka 2003, 252–258; Rautiainen 2011; Pellonpää ym. 2012, 299–311.

393 Ks. esim *Kiyutin v. Venäjä* (15.9.2011), kohta 65.

394 Pellonpää 2005, 231.

395 Ks. Rautiainen 2011.

396 Ks. esim. sukupuolisyrjintää koskevat tapaukset *Schuler-Zgraggen v. Sveitsi* (24.6.1993) ja *Konstantin Markin v. Venäjä* (22.3.2012).

397 Ks. esim. *Petrovic v. Itävalta* (27.3.1998). Ks. Pellonpää 2005, 229–233; Gerards 2011.

398 Ks. esim. *D.H. ym. v. Tšekki* (13.11.2007), jossa EIT sai inspiraatiota EU-oikeudesta arvioidessaan menettelyn välillistä syrjivyyttä. Myös eläkejärjestelmien syrjivyyttä arvioidessaan se on kiinnittänyt EU-oikeuteen huomiota. Ks. yleisesti Pellonpää 2005, 215–222.

399 *Kiyutin v. Venäjä* (10.3.2011), kohta 67.

400 Ks. seksuaalivähemmistöjen osalta esim. *Lustig-Prean ja Beckett v. Yhdistynyt kuningaskunta* (27.9.1999), kohta 97; *Salgueiro Da Silva Mouta v. Portugali* (21.12.1999); *Karner v. Itävalta* (24.7.2003)*; P.B. ja J.S. v Itävalta* (22.7.2010); *J.M. v. Yhdistynyt kuningaskunta* (28.9.2010); *Alekseyev v. Venäjä* (21.10.2010); *Kozak v. Puola* (2.3.2010). Vrt. kuit. *Fretté v. Ranska* (26.2.2002), jossa yhteisen eurooppalaisen mittapuun puutteesta johtuen valtiolle annettiin laaja harkintamarginaali, vaikka kyse oli epäilyttävästä syrjintäperusteesta. Adoptioluvan epäämistä yksin asuvalta homoseksuaaliselta mieheltä ei pidetty 14 artiklan loukkauksena. Toisenlaiseen ratkaisuun päädyttiin tapauksessa *E.B. v. Ranska* (22.1.2008), jossa adoptioluvan epääminen toisen naisen kanssa homoseksuaalisessa suhteessa elävältä ja tämän kanssa yhdessä asuvalta nai-

nän tapauksissa se on ollut paljon esillä. Tällöin EIT on todennut, että sukupuolten tasa-arvon edistäminen on tärkeä tavoite jokaisessa sopimusvaltiossa. Yhteinen konsensus tästä tavoitteesta on johtanut siihen, että erilainen kohtelu on oikeutettavissa vain hyvin painavin syin.[401] Näissä nimenomaisissa tapauksissa näkyy myös ihmisoikeussopimuksen luonne ”elävänä instrumenttina, jota on tulkittava tämän päivän olosuhteiden valossa”[402]. EIT ottaa näin ollen huomioon sen, onko valtioiden kesken muotoutunut tai muotoutumassa yhteistä konsensusta.[403] Jos oikeusvertailu osoittaa, että arvopohja on jonkin oikeuden suhteen muuttunut, tämä on johtanut myös oikeuskäytännön muuttumiseen. Esimerkiksi homoseksuaalien ja transseksuaalien oikeuksissa on tapahtunut paljon viimeisten vuosikymmenien aikana, samoin isien asemassa lastenhoitoon liittyvissä kysymyksissä.[404]

Toiseksi, valtion harkintamarginaali on usein laaja sellaisissa tapauksissa, joissa EIT katsoo kansallisella viranomaisella olevan paremmat edellytykset (”*better placed”*) kuin kansainvälisellä tuomioistuimella arvioida sitä, onko syrjinnän kieltoa rikottu. Tällaiset tilanteet voivat liittyä esimerkiksi valtioiden sosiaali- tai talouspoliittisiin ratkaisuihin, kuten verotukseen tai eläkejärjestelmään. Tällöin EIT on perustellut laajaa harkintamarginaalia sillä, että kansalliset viranomaiset pystyvät paremmin arvioimaan oman maansa yhteiskunnallista tilannetta ja tarpeita, menettelyn tavoitteita ja niiden hyväksyttävyyttä sekä suhteellisuusperiaatteen mukaisuutta. EIT yleensä kunnioittaa kansallisen lainsäätäjän poliittisia valintoja, elleivät ne ole ilmeisen perusteettomia (”*manifestly without reasonable foundation*”).[405] Myös hyvin arvolatautuneissa ja moraa-

---

selta katsottiin syrjiväksi. EIT viittasi siihen, että ihmisoikeussopimus on elävä asiakirja, jota tulee tulkita nykyhetken olosuhteiden valossa (kohta 92). EIT:n mukaan seksuaalinen suuntautuminen on epäilyttävä syrjintäperuste, johon perustuva erilainen kohtelu on oikeutettavissa vain ”erityisen vakuuttavin ja painavin syin”, jotka eivät liity henkilön seksuaaliseen suuntautumiseen (kohdat 91 ja 93). Lisäksi Ranskan kansallinen lainsäädäntö sallii yksinadoption, eikä siinä suljeta homoseksuaaleja oikeuden ulkopuolelle. Mm. tätä taustaa vasten oikeuttamisperusteiden ei katsottu olevan erityisen painavia (kohta 94). Ks. transsukupuolisten osalta esim. *Rees v. Yhdistynyt kuningaskunta* (17.10.1986); *Cossey v. Yhdistynyt kuningaskunta* (27.9.1990); *Sheffield ja Horsham v. Yhdistynyt kuningaskunta* (30.7.1998); *Christine Goodwin v. Yhdistynyt kuningaskunta* (11.7.2002). Ks. avioliiton ulkopuolella syntyneiden lasten osalta esim. *Marckx v. Belgia* (13.6.1979); *Vermeire v. Belgia* (29.11.1991); *Mikulic v. Kroatia* (7.2.2002); *Haas v. Alankomaat* (13.1.2004); *Jäggi v. Sveitsi* (13.7.2006); *Phinikaridou v. Kypros* (20.12.2007); *Backlund v. Suomi* (6.7.2010); *Grönmark v. Suomi* (6.7.2010).

401 Gerards 2005, 201. Ks. esim. *Abdulaziz ym. v. Yhdistynyt kuningaskunta* (28.5.1985).

402 Ks. *Tyrer v. Yhdistynyt kuningaskunta* (25.4.1978). Evolutiivisesta ja dynaamisesta tulkinnasta ks. Jukka Viljanen 2003, 92–104. Ks. myös Pellonpää 2005, 213–222.

403 *Weller v. Unkari* (31.3.2009), kohta 28; *Stec ym. v. Yhdistynyt kuningaskunta* (12.4.2006), kohta 63–64; *Konstantin Markin v. Venäjä* (7.10.2010), kohta 44.

404 Vrt. esim. tapauksia *Petrovic v. Itävalta* (27.3.1998) ja *Konstantin Markin v. Venäjä* (suuri jaosto 22.3.2012).

405 *Andrejeva v. Latvia* (18.2.2009), kohta 83; *Stec ym v. Yhdistynyt kuningaskunta* (12.4.2006), kohta 52.

lisia kysymyksiä koskettavissa tapauksissa EIT on usein todennut, että kansallinen viranomainen on paremmassa asemassa arvioimaan tilannetta omasta kontekstistaan käsin. Tällöin argumentoidaan usein myös sillä, että asiassa puuttuu yhteinen eurooppalainen mittapuu. Näistä syistä valtion harkintamarginaali on ollut laajaa muun muassa adoptiota ja hedelmöityshoitoja koskevissa kysymyksissä.[406]

Kolmanneksi, valtion harkintamarginaalin laajuuteen vaikuttaa myös se, mistä kielletystä syrjintäperusteesta on kysymys. Harkintamarginaali on kapea ns. epäilyttävien syrjintäperusteiden (”*suspect grounds”*) osalta, jolloin vain hyvin painavat syyt (”*very weighty reasons*”) voivat oikeuttaa erilaisen kohtelun. Näin on erityisesti silloin, kun kyse on erityisen tärkeästä yksilön identiteettiin liittyvästä kysymyksestä.[407] EIT on todennut epäilyttävistä syrjintäperusteista seuraavasti.

> ”If a restriction on fundamental rights applies to a particularly vulnerable group in society that has suffered considerable discrimination in the past, then the State’s margin of appreciation is substantially narrower and it must have very weighty reasons for the restrictions in question. The reason for this approach, which questions certain classifications *per se*, is that such groups were historically subject to prejudice with lasting consequences, resulting in their social exclusion. Such prejudice could entail legislative stereotyping which prohibited the individualised evaluation of their capacities and needs. In the past the Court has identified a number of such vulnerable groups that suffered different treatment on account of their *sex*, *sexual orientation*, *race or ethnicity*, *mental faculties* or *disability*.”[408] (Kursiivi tässä.)

EIT ottaa siis huomioon sen, että tietyt ryhmät ovat pitkään kärsineet syrjinnästä, joka perustuu heidän sellaisiin muuttumattomiin omaisuuksiinsa, joilla on vahva merkitys yksilön identiteetin muotoutumisessa. Oikeuskäytännöstä voi päätellä, että tällaisia epäilyttäviä syrjintäperusteita ovat paitsi yllämainitut sukupuoli[409], seksuaalinen suuntautuminen[410], rotu tai etnisyys[411], henkiset kyvyt[412] (”*mental faculties*”, jolla viitataan esimerkiksi kehitysvammaisuuteen) ja vam-

---

406 Gerards 2010, 111. Ks. *Fretté v. Ranska* (26.2.2002); *Evans v. Yhdistynyt kuningaskunta* (10.4.2007).

407 Ks. esim. *X ja Y v. Alankomaat* (26.3.1985), *Dudgeon v. Yhdistynyt kuningaskunta* (22.10.1981); *Christine Goodwin v. Yhdistynyt kuningaskunta* (11.7.2002), kohta 90. Ks. myös *Evans v. Yhdistynyt kuningaskunta* (10.4.2007), kohta 77.

408 *Kiyutin v. Venäjä* (15.9.2011), jossa EIT totesi, että myös HIV-positiivisuus on epäilyttävä syrjintäperuste.

409 Esim. *Abdulaziz ym. v. Yhdistynyt kuningaskunta* (28.5.1985).

410 Esim. *Smith ja Grady v. Yhdistynyt kuningaskunta* (27.9.1999).

411 Esim. *D.H. ym. v. Tšekki* (13.11.2007*); Timishev v. Venäjä* (13.12.2005*)*; *Orsus v. Kroatia* (16.3.2010); *Sampanis ym. v. Kreikka* (5.6.2008).

412 *Alajos Kiss v. Unkari* (20.5.2010).

maisuus[413], myös syntyminen avioliiton ulkopuolella[414], uskonto[415] ja kansallisuus[416].[417]

Valtion harkintamarginaalia koskeva oppi perustuu ajatukselle, että ensisijaisesti valtioiden itsensä tulisi turvata ihmisoikeussopimuksessa suojatut oikeudet. Ihmisoikeustuomioistuimen tulisi puuttua tilanteeseen vain, jos näyttää että valtiot eivät itse tähän ole pystyneet. On myös esitetty, että ihmisoikeustuomioistuimen tulkinta ei aina ole se ainoa oikea, vaan ihmisoikeudet voidaan turvata monella eri tavalla riippuen muun muassa kulttuurisista eroista.[418] Näin ollen oppi ilmentää paitsi kontekstuaalista tulkintaa, myös subsidiariteettiperiaatetta ja demokratiaperiaatetta.[419] Toisaalta ihmisoikeustuomioistuimen tulee turvata tietty ihmisoikeussuojan taso jokaisessa sopimusvaltiossa. Vähemmistöjen oikeudet tulisi turvata myös tilanteissa, joissa kansalliset arvot, traditiot ja yleinen mielipide vastustavat heidän oikeuksiensa toteutumista.[420] Huomioon on otettava myös ihmisoikeussopimuksen 53 artikla, jonka mukaan sopimusta ei voida käyttää heikentämään sitä suojaa, joka oikeuksille on jo kansallisen lainsäädännön piirissä annettu.[421]

7.1.4 Erilaista eri tavalla ja välillinen syrjintä – kohti tosiasiallista tasa-arvoa?

Muodollinen yhdenvertaisuusperiaate edellyttää, että samanlaista tulee kohdella samalla tavalla. Yhdenvertaisuusperiaatteen tosiasiallinen puoli taas edellyttää erilaisen kohtelemista eri tavalla. Tapauksen *Stubbings ym. v. Yhdistynyt kuningaskunta* (22.10.1996) perusteella olisi voinut vielä sanoa, ettei EIT pyri toteuttamaan tosiasiallista tasa-arvoa, koska ei kohdellut erilaista eri tavalla.[422] Naisia, jotka olivat nuorena joutuneet seksuaalisesti hyväksikäytetyiksi ja jotka vasta myöhemmällä iällä kärsivät mielenterveysongelmia menneiden tapahtumien vuoksi, kohdeltiin vahingonkorvausoikeudellisten kannemääräaikojen

413 *Glor v. Sveitsi* (30.4.2009).
414 *Marckx v. Belgia* (13.6.1979).
415 *Hoffmann v. Itävalta* (23.6.1993); *Thlimmenos v. Kreikka* (6.4.2000).
416 *Gaygusuz v. Itävalta* (16.9.1996).
417 Gerards 2005, 201. Ks. valtion harkintamarginaalia koskevasta opista epäilyttävien syrjintäperusteiden osalta esim. Gerards 2005, erit. 199–209 ja Arnardottir 2003, 93–126.
418 Gerards 2011, 104–105. Ks. myös Gerards 2005, 179; Letsas 2007, 80–92; Greer 2006, 222–226; Arai-Takahashi 2002; Yourow 1996, erityisesti 14 artiklaa koskien s. 158–176.
419 Rautiainen 2011, 1154.
420 Charlesworth ja Chinkin (2000, 222) toteavat, että länsimaat ovat luoneet oman muotonsa kulttuurirelativismista vedotessaan valtion laajaan harkintamarginaaliin silloin, kun kyse on oman kansallisen tilanteen erityisyydestä tai kulttuuripiirteestä.
421 Ks. myös Lavapuro 2009, 232.
422 Näin Gerards 2005, 116.

suhteen samalla tavalla kuin muitakin henkilövahingon uhreja.[423] Heidän erilaista tilannettaan ei otettu siis lainkaan huomioon.

Tapauksessa *Thlimmenos v. Kreikka* (6.4.2000) EIT katsoi kuitenkin toisin. Tapauksessa oli kyse kansallisesta lainsäädännöstä, jonka mukaan törkeästä rikoksesta tuomittua ei voinut nimittää hyväksytyksi tilintarkastajaksi. Valittajan mukaan säännös oli syrjivä, koska se ei huomioinut lainkaan rikoksen laatua. Valittaja oli Jehovan todistaja, ja hän oli saanut tuomion siitä, että oli uskonnollisen vakaumuksensa vuoksi kieltäytynyt kantamasta sotilaspukua yleisen liikekannallepanon aikana. Valittaja katsoi, että häntä oli syrjitty uskonnonvapauden käyttämisen johdosta, kun häntä oli kohdeltu kuten ketä tahansa muuta törkeästä rikoksesta tuomittua rikoksentekijää, vaikka hänen oma tuomionsa johtui juuri tuon vapauden käyttämisestä. EIT yhtyi valittajan näkemykseen, ja totesi, että syrjintäkiellon ainoa puoli ei ole vaatimus samanlaisten samanlaisesta kohtelusta ilman objektiivisia ja kohtuullisia perusteita, vaan kieltoa rikottiin myös silloin, kun valtio laiminlöi kohdella eri tavoin olennaisesti eri asemassa olevia henkilöitä ilman sellaisia perusteita.[424] Kyse oli tosiasiallisen tasa-arvon vastaisesta säännöksestä, jolloin erilaista kohdeltiin samalla tavalla. Tuomion perusteella voidaan siis sanoa, että 14 artikla ilmentää sekä muodollista yhdenvertaisuutta että tosiasiallista tasa-arvoa.[425] Myöhemmissä tapauksissa EIT on todennut, että epätasa-arvoisen tilanteen korjaamisen laiminlyönti voi itsessään johtaa 14 artiklan loukkaukseen.[426] Artikla asettaa siis valtioille positiivisen velvoitteen korjata epätasa-arvoinen tilanne.

Hyvin arvolatautuneesta tapauksesta oli kyse asiassa *Evans v. Yhdistynyt kuningaskunta* (10.4.2007, suuri jaosto), jossa ei sovellettu erilaista eri tavalla -periaatetta, vaan todettiin muun muassa eurooppalaisen konsensuksen puuttuessa valtion pysyneen harkintamarginaalinsa rajoissa. Kyse oli hedelmöityshoitoon osallistuneen naisen yksityiselämän loukkauksesta ja syrjinnästä, kun kansallinen laki antoi sperman luovuttaneelle miehelle poikkeuksettoman vallan peruuttaa hoitoon antamansa suostumuksen sikiön istuttamiseen saakka ja kun kumppaneiden välien rikkouduttua mies peruutti lain mukaisesti suostumuksensa. Ylimääräisen traagisen piirteen tapaukseen tuo se, että valittajalta oli jouduttu syöpäkasvainten takia poistamaan munasarjat, eikä tällä ollut enää tämän jälkeen mahdollisuutta saada biologista lasta.

Tapauksessa argumentointi nojasi pitkälti yksityiselämän suojaa koskevaan 8 artiklaan, mutta myös syrjintäulottuvuus nousi esiin. Valittaja katsoi, että laki oli syrjivä, sillä hedelmöitykseen ilman apua kykeneviä naisia ei valvottu millään tavalla ja vain he yksin päättivät sikiön kohtalosta. Sen sijaan valittajan

---

423 *Stubbings ym. v. Yhdistynyt kuningaskunta* (22.10.1996), kohta 73.

424 *Thlimmenos v. Kreikka* (6.4.2000), kohta 44.

425 Ks. myös Gerards 2005, 116.

426 Ks. esim. tapaukset *Orsus ym. v. Kroatia* (16.3.2010); *D.H. ym. v. Tšekki* (13.11.2007), *Andrejeva v. Latvia* (18.2.2009), *Sampanis ym. v. Kreikka* (5.6.2008).

kaltaisessa asemassa olevat naiset olivat sperman antajan mielenmuutosten armoilla. EIT kuitenkin katsoi, ettei ollut tarpeen tarkastella erikseen, rikkoiko lainsäädäntö syrjinnän kieltoa eli oliko kyse erilaisesta kohtelusta verrattuna toiseen naiseen samanlaisessa tilanteessa, sillä ne perusteet, joilla EIT oli katsonut, että lainsäädäntö ei rikkonut 8 artiklaa, toimivat myös objektiivisina ja kohtuullisina oikeuttamisperusteina 14 artiklaa sovellettaessa.

Jos tapaukseen olisi sovellettu syrjinnän kieltoa, keskeinen kysymys olisi ollut, mikä olisi ollut kielletty syrjintäperuste. Vähemmistöön jääneet tuomarit totesivat, että tässä tapauksessa verrokkina olisi kenties pidettävä hedelmätöntä miestä, jolloin naisia ja miehiä kohdellaan itse asiassa samalla tavalla, sillä myös naisella on mahdollisuus estää hoitojen jatkuminen. Tämä vertailu ei kuitenkaan tuomareiden mukaan kuvasta asian moninaista luonnetta. Tuomarit viittasivatkin CEDAW:n yleissuositukseen No. 24, jossa todetaan, että naisten terveyteen liittyviä oikeuksia on sovellettava naisten tarpeista ja intresseistä lähtien ottaen naisten ja miesten biologiset erot huomioon muun muassa reproduktiossa. Tuomarit totesivatkin, että nainen ja mies ovat olennaisesti erilaisia reproduktion liittyvissä kysymyksissä. He totesivat lopuksi, että ”[w]e believe therefore that the proper approach in the instant case was that adopted under Article 14 in the case of *Thlimmenos v. Greece*, which recognised that different situations require different treatment. We see the circumstances of the applicant in this light not least because of the excessive physical and emotional burden and effects caused by her condition, and it is on this basis that we voted for a violation of Article 14 in conjunction with Article 8.” He siis katsoivat, että reproduktioon liittyvissä asioissa naiset ja miehet ovat siinä määrin erilaisia, että heitä tulee kohdella eri tavalla. Tuomarit toisin sanoen katsoivat, että muodollisesti yhdenvertainen lainsäädäntö johti tosiasiassa siihen, että naiset joutuivat miehiä huonompaan asemaan, koska kokivat tilanteen rankempana kuin miehet. Tällaiseen tulkintaan vähemmistöön jääneet tuomarit tulivat ennen kaikkea nojautumalla CEDAW-sopimukselle antamaansa tulkintaan. Voidaan tietysti ajatella niinkin, että vähemmistöön jääneet tuomarit tekivät kovin stereotyyppisen arvion toteamalla hedelmöityshoitojen aiheuttavan suurempaa emotionaalista taakkaa naisille kuin miehille. Tosin tässä yksittäistapauksessa tilanne ei ollut muutoinkaan kovin tavanomainen.

EIT:ssä on käsitelty paljon myös romaneja koskevia tapauksia, jolloin esiin on noussut kysymys, asettaako EIS valtioille positiivisen velvoitteen kohdella heitä ”erilaisia eri tavalla” -doktriinin mukaisesti ottamalla huomioon heidän erilaisen elämäntapansa. Tapauksissa *Beard v. Yhdistynyt kuningaskunta, Chapman v. Yhdistynyt kuningaskunta, Coster v. Yhdistynyt kuningaskunta, Jane Smith v. Yhdistynyt kuningaskunta ja Lee v. Yhdistynyt kuningaskunta* (kaikki 18.1.2001) oli kyse romaneista, jotka asuivat perinteisten kiertelevien elintapojensa mukaisesti asuntovaunuissa. Tuomioistuimessa arvioitiin sitä, oliko ihmisoikeussopimuksen vastaista kieltää romaneja pitämästä asuntovaunuja ro-

manien itsensä omistamalla maalla. Romanit esittivät, että heitä oli syrjitty sillä perusteella, että he kuuluivat etniseen vähemmistöön. Lainsäädännössä ei otettu huomioon heidän valtaväestöstä eroavia perinteisiä elintapojaan, joihin olennaisesti liittyi karavaanielämä ja siirtyminen paikasta toiseen. He totesivat, että Yhdistynyt kuningaskunta oli laiminlyönyt positiiviset velvoitteensa romanien tosiasiallisen tasa-arvon toteuttamiseksi. Ihmisoikeustuomioistuin kuitenkin katsoi, että vaikka syrjintää voi olla myös erilaisten samanlainen kohtelu, kuten tapauksessa *Thlimmenos v. Kreikka*, näissä tapauksissa menettelylle on ollut objektiiviset ja kohtuulliset oikeuttamisperusteet, jotka liittyivät muun muassa ympäristönsuojeluun liittyviin näkökohtiin.[427] Tapauksissa ihmisoikeustuomioistuin kuitenkin tunnusti romanien haavoittuvan aseman vähemmistönä edellyttävän, että ”some special consideration should be given to their needs and their different lifestyle both in the relevant regulatory planning framework and in reaching decisions in particular cases”.[428]

Aiemmin oikeuskirjallisuudessa on pidetty epäselvänä sitä, kattaako 14 artikla myös välillisen syrjinnän. Vuonna 1985 tapauksessa *Abdulaziz ym. v. Yhdistynyt kuningaskunta* (28.5.1985), jossa todettiin Englannin maahanmuuttosäännösten rikkovan sukupuolisyrjinnän kieltoa, esitettiin myös, että säännökset rikkoivat lisäksi välillisen rotusyrjinnän kieltoa, koska säännöksistä koitui yhdelle etniselle ryhmällä haittaa enemmän kuin muille. Ihmisoikeustuomioistuin katsoi kuitenkin, että kyse ei voinut olla 14 artiklan loukkauksesta. Tämän tapauksen perusteella onkin esitetty väitteitä, että 14 artikla ei anna suojaa välillistä syrjintää vastaan.[429] Viimeaikainen oikeuskäytäntö on kuitenkin osoittanut, että 14 artiklan syrjinnän kielto kattaa myös välillisen syrjinnän. Jo tapauksessa *Thlimmenos v. Kreikka* katsottiin, että valtio oli laiminlyönyt positiivisen velvoitteensa kohdella erilaista eri tavalla. Vaikka EIT itse ei käytä tuomiossaan kumpaakaan syrjinnän käsitettä, välillisen syrjinnän kiellon kielelle käännettynä muodollisesti yhdenvertainen lainsäädäntö tosiasiassa johti siihen, että henkilö joutui kielletyn syrjintäperusteen vuoksi eli uskonnon perusteella eri asemaan.[430]

---

427 Ks. esim. *Chapman v. Yhdistynyt kuningaskunta* (18.1.2001), kohta 129.

428 *Chapman v. Yhdistynyt kuningaskunta* (18.1.2001), kohta 96. Tapausta on kritisoitu feministisestä näkökulmasta. Kyse oli nimittäin yksinhuoltajaäidistä, joka parhaansa mukaan yritti huolehtia isosta lapsikatraastaan. Ks. Brayson – Millns 2010 ja Dembour 2006, 197–198.

429 Fredman 2011, 222; Gerards 2005, 114. Muun muassa Prechal ja McCrudden (2009, 34) toteavat tapausta kommentoidessaan, että EIT näytti omaksuneen syrjinnän käsitteen, joka keskittyy valtion tarkoitukseen, ei menettelyn vaikutuksiin.

430 Vrt. Bell 2007, 190. Bellin mukaan ei ole selvää, oliko kyse välittömästä vai välillisestä syrjinnästä. EIT keskittyi siihen, miten säännös vaikutti yksilöön. Bell toteaa, että välillisessä syrjinnässä tyypillisempi lähestymistapa on se, miten säännös vaikuttaa tiettyyn ryhmään. Tapauksessa ei esitetty esimerkiksi mitään näyttöä siitä, kuinka paljon Jehovan todistajat ovat saaneet rikostuomioita, jotka liittyvät heidän uskonnonvapautensa käyttöön. Vrt. Schiek 2007, 330–331. Ks. myös Fredman 2011, 222–224. Tässä näkyy erottelu individuaalisen välillisen syrjinnän kieltoon ja sellaisen välillisen syrjinnän kieltoon, joka antaa suojaa pikemminkin ryhmille kuin

Vuonna 2001 antamissaan tapauksissa *Hugh Jordan v. Yhdistynyt kuningaskunta, McKerr v. Yhdistynyt kuningaskunta, Kelly ym. v. Yhdistynyt kuningaskunta* ja *Shanaghan v. Yhdistynyt kuningaskunta* (kaikki 4.5.2001) ihmisoikeustuomioistuin otti nimenomaisesti esiin kysymyksen siitä, voidaanko 14 artiklassa tarkoitettu syrjintä konstruoida myös menettelyn tosiasiallisten vaikutusten kautta.[431] Se totesi, että ”[w]here a general policy or measure has *disproportionaly prejudicial effects* on a particular group, it is not excluded that this may be considered as discriminatory, notwithstanding that it is not specifically aimed or directed at that group” (kursiivi tässä).[432] Tapauksissa oli kyse Pohjois-Irlannin väkivaltaisista levottomuuksista, joiden yhteydessä Pohjois-Irlannin turvallisuusjoukot olivat ampuneet ihmisiä. Valittajat esittivät, että suurin osa ammutuista oli ollut katolisia. He viittasivat myös siihen, että tapahtuneen johdosta oli nostettu vain vähän syytteitä ja vielä vähemmän oli annettu langettavia tuomioita liittyen liialliseen voimankäyttöön näissä tapauksissa. He katsoivat, että kyse oli syrjinnästä kansallisuuden tai kansalliseen vähemmistöön kuulumisen perusteella. Ihmisoikeustuomioistuin katsoi, että vaikka tilastot osoittivat, että suurin osa turvallisuusjoukkojen ampumista henkilöistä oli katolisia, tilastot eivät yksinään riitä synnyttämään syrjintäolettamaa. Tuomioistuin olisi tarvinnut lisänäyttöä siitä, että kyse oli liiallisesta tai muutoin lainvastaisesta voimankäytöstä.[433]

Arnardottir kritisoi tapauksia siitä, että tuomioistuin velvoittaa valittajat osoittamaan syrjivän *vaikutuksen* lisäksi myös tämän vaikutuksen taustalla olevan *syyn*, jotta syrjintäolettama voisi edes syntyä. Arnardottirin mukaan tapaukset osoittavat, että kyse ei ole välillisen syrjinnän konstruktiosta sellaisena kuin se on EU-oikeudessa muotoutunut, ja jossa riittää, että kantaja osoittaa menettelyn epäedulliset vaikutukset. EIT siirtyikin muotoilemastaan välillisen syrjinnän konstruktiosta välittömään syrjintään, jossa keskitytään menettelyn taustalla oleviin syihin ja motiiveihin.[434] Näiden tapausten perusteella on kuitenkin katsottu, että periaatteessa välilliseen syrjintään perustuva valitus voisi menestyä. Näyttötaakkaa on kritisoitu kuitenkin korkeaksi, eikä EIT täsmentänyt, minkälaista lisänäyttöä se olisi tapauksissa edellyttänyt.[435]

Tapaukset osoittavat mielestäni hyvin, ettei aina voi sanoa, onko kyse välittömästä vai välillisestä syrjinnästä. Tapauksia voisi aivan hyvin pitää myös vä-

---

yksilölle. Individuaalisen välillisen syrjinnän kielto ei edellytä tilastojen esittämistä, ja esimerkiksi EU-oikeus kattaa myös tällaisen syrjinnän. Ks. tarkemmin Schiek 2007 ja Fredman 2011.

431 Arnardottir 2003, 82.

432 *Hugh Jordan v. Yhdistynyt kuningaskunta* (4.5.2001), kohta 154.

433 Ks. esim. tapaus *Hugh Jordan v. Yhdistynyt kuningaskunta* (4.5.2001), kohta 154: ”the Court does not consider that statistics can in themselves disclose a practice which could be classified as discriminatory within the meaning of Article 14”.

434 Arnardottir 2003, 82–84 ja 124.

435 Gerards 2005, 115.

littömänä syrjintänä, jolloin tilastoilla olisi pyritty osoittamaan, että menettelyn taustalla oli syrjiviä motiiveja, toisin sanoen, että ampumisilla ja katolisuudella olisi syy-yhteys. Toisaalta niitä voidaan pitää myös välillisenä syrjintänä, jos ajatellaan, että tilastoilla pyrittiin osoittamaan, kuten EIT muotoili, ”*disproportionaly prejudicial effects* on a particular group … notwithstanding that it is *not specifically aimed or directed at that group*”. Olipa kyse sitten välittömästä tai välillisestä syrjinnästä, kummassakaan tilanteessa syrjintäolettaman syntymiseksi ei edellytetä tekijän motiivin eli menettelyn syrjivän tarkoituksen osoittamista, toisin kuin Yhdysvalloissa, joissa välittömän syrjinnän keskeinen tunnusmerkki on tekijän syrjivä tarkoitus.[436] Joissain tapauksissa tekijän motiivia koskevan näytön esittäminen voi kuitenkin olla olennaista.

Esimerkiksi tapauksessa *Nachova ym. v. Bulgaria* (6.7.2005) EIT totesi, että vaikka monien maiden oikeusjärjestyksessä ei edellytetä teolta syrjivää tarkoitusta tai motiivia, tätä lähestymistapaa on vaikea soveltaa tapauksessa, jossa väitetään väkivallanteon taustalla olevan rasistisia motiiveja. EIT kuitenkin jatkoi, että silloin, kun tapahtumat ovat suurelta osin vain viranomaisten tiedossa, todistustaakka on viranomaisilla, joiden on annettava tyydyttävä ja vakuuttava selitys. Näin esimerkiksi, jos vangittu henkilö kuolee selliinsä.[437]

EIT onkin todennut noudattavansa todisteiden vapaan harkinnan periaatetta. Tapauksessa *D.H. ym. v. Tšekki* (13.11.2007) se totesi, että mitä tulee kysymykseen siitä, ”what constitutes prima facie evidence capable of shifting the burden of proof on to the respondent State ... in proceedings before it there are no procedural barriers to the admissibility of evidence or pre-determined formulae for its assessment”. Näytöltä vaadittu riittävyys ja todistustaakan siirtyminen hallitukselle riippuvat kunkin tapauksen asianhaaroista sekä väitteen laadusta ja siitä, mitä EIS:n takaamaa oikeutta se koskee. Jos tapahtumat ovat kokonaan tai suurelta osin vain viranomaisten tiedossa, todistustaakka on viranomaisilla.[438]

Tapauksessa *Hoogendijk v. Alankomaat* (6.1.2005) EIT operoi jo selvästi välillisen syrjinnän käsitteellä.[439] Tapauksessa oli kyse vuonna 1935 syntyneestä naisesta, joka oli lukuisten polvileikkausten vuoksi joutunut luopumaan kokoaikaisesta työstään jo 25-vuotiaana. Vuonna 1964 hän oli mennyt naimisiin ja jäänyt kotirouvaksi. Vuonna 1972 puolisot erosivat. Vuonna 1976 valittaja haki työkyvyttömyysetuuksista samana vuonna voimaan tulleen lain nojalla siinä tarkoitettua etuutta. Vuonna 1991 etuus peruutettiin, koska sen saamisen ehtoja oli tiukennettu. Edellytyksenä tuen saamiselle oli muun muassa se, että tuen hakijalla on ollut työtuloja työkyvyttömyyden aiheuttanutta tapahtumaa edeltä-

436 Arnardottir 2003, 84.
437 *Nachova ym. v. Bulgaria* (6.7.2005), kohta 157.
438 *D.H. ym. v. Tšekki* (13.11.2007), kohdat 178–179.
439 Ks. kuit. Schiekin kritiikki 2007, 344.

neenä vuonna. Valittaja katsoi, että työtulovaatimus johti välilliseen syrjintään sukupuolen perusteella, koska se vaikutti naisiin enemmän kuin miehiin. Työtulovaatimus vaikutti haitallisesti naimisissa oleviin tai eronneisiin naisiin näiden tultua työkyvyttömiksi aikana, jolloin Alankomaissa ei ollut yleistä, että naimisissa olevalla naisella oli omaa työtuloa.

Ihmisoikeustuomioistuin toisti jo aiemmissa Pohjois-Irlannin väkivaltaisuuksia koskevissa tapauksissaan muotoilemansa kannan, jonka mukaisesti ”jos yleisestä politiikasta tai toimenpiteestä koitui suhteettomasti haitallisia vaikutuksia tietylle ryhmälle, ei ollut poissuljettua, että sitä voitiin pitää syrjintänä siitä riippumatta, että politiikkaa tai toimenpiteitä ei ollut erityisesti kohdistettu tuohon ryhmään”. EIT toisti jälleen, että tilastot eivät itsessään automaattisesti riittäneet osoittamaan kiellettyä syrjintäkäytäntöä. Se kiinnitti kuitenkin huomiota valittajan jättämiin selvityksiin, joiden mukaan työtulovaatimuksen johdosta etuuksia menetti noin 5.100 henkilöä, joista 3.300 oli naisia. Nämä riidattomat tilastot riittivät synnyttämään syrjintäolettaman. Tällöin vastaajahallituksen tehtävänä oli osoittaa, että menettely johtui objektiivisista seikoista, jotka eivät liittyneet sukupuoleen perustuvaan syrjintään. Sitten oli tutkittava, oliko työtulovaatimuksen omaksumiselle objektiivisia ja hyväksyttäviä perusteita. EIT pani merkille, että työtulovaatimus otettiin lakiin sen johdosta, että aviovaimot oli aiemmin jätetty syrjintäkiellon vastaisesti järjestelmän ulkopuolelle. Työtulovaatimuksen tarkoituksena oli pitää järjestelmän kustannukset kohtuullisissa rajoissa. Näitä tavoitteita EIT piti hyväksyttävinä. Menettely oli ollut myös suhteellisuusperiaatteen mukaista eikä 14 artiklaa ollut näin ollen rikottu (yhdessä omaisuudensuojaa koskevan ensimmäisen lisäpöytäkirjan kanssa).

Romanilasten kouluoloja koskevissa tapauksissa EIT on käyttänyt nimenomaan välillisen syrjinnän käsitettä, ja hakenut tukea myös EU-tuomioistuimen välillistä syrjintää koskevasta oikeuskäytännöstä. Tapauksessa *D.H. ym v. Tšekki* (13.11.2007) kyse oli romanilasten sijoittamisesta erityiskouluun. Päätös erityiskouluun sijoittamisesta tehtiin oppimisvaikeuksia mittaavien testien perusteella. Erityiskoulun oppilaista romanien osuus oli hyvin suuri, minkä vuoksi valittajat katsoivat, että kyse oli syrjinnästä rodun, ihonvärin, kansalliseen vähemmistöön kuulumisen ja etnisen alkuperän perusteella. Erityiskoulujen opetusohjelma oli alkeellisempi kuin normaaleissa peruskouluissa, ja ylipäänsä oppilaiden erottelu katsottiin haitalliseksi romanilasten myöhemmän kehityksen ja muun muassa työnsaantimahdollisuuksien kannalta.

Kuten aiemmissa tapauksissa *Hugh Jordan v. Yhdistynyt kuningaskunta* (4.5.2001) ja *Hoogendijk v. Alankomaat* (6.1.2005), EIT katsoi, että syrjivänä voitiin pitää myös yleisiä menettelytapoja tai toimenpiteitä, joista koitui suhteetonta haittaa jollekin ryhmälle, vaikka niitä ei ollut erityisesti kohdistettu tuohon ryhmään. EIT totesi, että se on oikeuskäytännössään alkanut nojautua myös tilastoihin sellaisissa tapauksissa, joissa jonkin sinänsä neutraalin menet-

telyn väitetään johtaneen tosiasiassa syrjiviin vaikutuksiin.[440] Lisäksi se totesi, että valittajilla voi olla vaikeuksia syrjivän kohtelun osoittamiseksi. Jotta oikeuksien tehokas toteutuminen voidaan turvata, välillisen syrjinnän kohdalla on noudatettava vähemmän tiukkoja näyttövaatimuksia.[441]

EIT viittasi myös EU:n todistustaakkadirektiiviin 97/80 sekä rotusyrjintädirektiiviin 2000/43 ja EU-tuomioistuimen oikeuskäytäntöön, jonka mukaan syrjintää väittävä henkilö sai esittää näyttöä syrjintäolettaman tueksi millä tahansa keinolla, tilastot mukaan lukien (”where it is valid and significant ”). EIT:n saaman selvityksen mukaan myös kansalliset tuomioistuimet monissa maissa ja myös YK:n valvontaelimet ottavat vastaan tilastoja näytöksi syrjintäolettamasta välillisen syrjinnän kohdalta.[442] Näissä oloissa EIT katsoi, että kriittisessä tarkastelussa luotettaviksi todetut ja merkittävät tilastot perustivat näytön, jonka esittämisellä välillistä syrjintää väittänyt valittaja täytti näyttötaakkansa. Näyttötaakka voitiin täyttää myös muulla todistelulla. Sanotun jälkeen todistustaakka siirtyi valtiolle, jonka oli näytettävä, ettei erilainen kohtelu ollut syrjivää.[443] Tällöin sen tulee osoittaa, että erilaisella kohtelulla on objektiiviset ja kohtuulliset perusteet, eli että sillä on hyväksyttävä tavoite, ja että ”there is .. a ’reasonable relationship of proportionality’ between the means employed and the aim sought to be realised. Where the difference in treatment is based on race, colour or ethnic origin, the notion of objective and reasonable justification must be interpreted as strictly as possible.”[444] *Vaatimus hyvin painavista perusteista epäilyttävän syrjintäperusteen kohdalla koskee siis myös välillistä syrjintää*.

EIT totesi, että tapauksessa oli syntynyt syrjintäolettama, kun tilastot osoittivat, että romanilapsia sijoitettiin erityiskouluihin suhteettoman paljon.[445] Merkitystä ei ollut sillä, oliko viranomaisilla ollut syrjintätarkoitus. Niin ollen valittajat olivat esittäneet riittävästi näyttöä syrjintäolettamasta ja todistustaakka siirtyi siten hallitukselle, jonka oli näytettävä, että erilainen kohtelu johtui objektiivisista seikoista, jotka eivät liittyneet etniseen alkuperään.

---

440 *D.H. ym. v. Tšekki* (13.11.2007), kohta 180.
441 *D.H. ym. v. Tšekki* (13.11.2007), kohta 186.
442 *D.H. ym. v. Tšekki* (13.11.2007), kohta 187.
443 *D.H. ym. v. Tšekki* (13.11.2007), kohdat 188–189.
444 *D.H. ym. v. Tšekki* (13.11.2007), kohta 196.
445 Valittajien jättämät tilastot oli laadittu lähettämällä kyselykaavakkeita Ostravan kaupungin erityis- ja peruskoulujen rehtoreille vuonna 1999. Tuolloin 56 % kaupungin erityiskoulujen oppilaista oli romaneja. Romanilasten osuus peruskoulussa oli vain 2,26 %. Muista kuin romanilapsista vain 1,8 % pantiin erityiskouluihin. Sen sijaan romanilapsista niihin pantiin 50,3 %. Hallitus ei ollut kiistänyt näitä lukuja eikä ollut esittänyt muita tilastoja. Toisaalta valittajien tilastot eivät olleet virallisia, minkä vuoksi EIT katsoi, ettei niitä voitu pitää täysin luotettavina. Luvut osoittivat kuitenkin vallitsevan suuntauksen, jonka myös vastaajavaltio ja riippumattomat valvontaelimet olivat myöntäneet. Vaikka romanilasten lukua erityiskouluissa oli vaikea osoittaa tarkoin, heidän määränsä oli joka tapauksessa suhteettoman korkea. Lisäksi he muodostivat enemmistön erityiskoulujen oppilaista.

EIT totesi, että Tšekin erityiskoulujärjestelmällä pyrittiin löytämään ratkaisu lapsille, joilla oli koulutuksen suhteen erityistarpeita. EIT yhtyi kuitenkin Euroopan neuvoston muihin instituutioihin, jotka olivat esittäneet huolensa opetusohjelman alkeisluonteisuudesta näissä kouluissa sekä varsinkin järjestelmään liittyvästä oppilaiden erottelusta. EIT:n mukaan testejä ei voinut pitää menettelyn hyväksyttävänä perusteena, koska oli vähintäänkin vaarana, että ne olivat puolueellisia, ja että tuloksia ei ollut tulkittu ottaen huomioon romanilasten erityispiirteitä ja -oloja.[446] Myöskään vanhempien suostumuksella ei ollut merkitystä, koska suostumus merkitsisi syrjinnän hyväksymistä ja siten luopumista EIS:n perustamasta oikeudesta. Luopumista ei voi EIT:n mukaan pitää pätevänä, kun se olisi vastoin tärkeää julkista intressiä. Muutoinkaan ei ollut pyritty varmistamaan, että romanilasten vanhemmat tekisivät harkitun ratkaisun tai ymmärtäisivät suostumuksensa seuraukset lastensa tulevaisuuden kannalta.

EIT totesi lopuksi, että romanien tarpeisiin ja erilaisiin elintapoihin tuli heidän suojattoman asemansa vuoksi kiinnittää erityistä huomiota lainsäädännössä ja viranomaisten päätöksissä. Euroopan neuvoston jäsenvaltioissa on myös EIT:n mukaan kehittymässä yhteistä konsensusta siitä, että vähemmistöjen erityiset tarpeet on otettava huomioon, ja että vähemmistöjen turvallisuuden, identiteetin ja elintapojen säilyminen on taattava paitsi heidän itsensä, myös kulttuurisen monimuotoisuuden vuoksi.[447]

Tapauksessa *Sampanis ym v. Kreikka* (5.6.2008) EIT katsoi olevan syrjivää muun muassa sen, että romanilapset oli sijoitettu erityisluokkiin, jotka sijaitsivat erillisessä rakennuksessa varsinaisen koulurakennuksen ulkopuolella. Tapauksessa *Orsus ym. v. Kroatia* (16.3.2010) kyse oli myös siitä, että romanilapset sijoitettiin erityiselle, romanilapsille tarkoitetulle luokalle. Menettelyä perusteltiin sillä, että eri luokille sijoittelu oli perustunut huonoon kroatian kielen hallintaan. Keskeinen kysymys olikin, olivatko viranomaiset huolehtineet riittävästi, että lapset myös oppivat kielen ja tämän jälkeen siirretään takaisin sekaluokkiin.[448] EIT kiinnitti huomiota siihen, että kyse oli juuri romaneista, joiden se on aiemmissakin tapauksissa todennut olevan erityisen haavoittuvassa asemassa oleva vähemmistö. Tämän vuoksi he tarvitsevat erityistä suojelua, mikä on todettu myös monessa muussa eurooppalaisessa ja kansainvälisessä organisaatiossa. Tämä osoittaa yhteisen konsensuksen siitä, että romanien erityiset tarpeet tulee ottaa huomioon.[449] Nämä EIT:n lausumat osoittavat, että EIS 14 artiklasta voidaan johtaa myös tasa-arvon edistämisvelvollisuuksia.

---

446 *D.H. ym. v. Tšekki* (13.11.2007), kohta 196.
447 *D.H. ym. v. Tšekki* (13.11.2007), kohta 181.
448 *Orsus ym. v. Kroatia* (16.3.2010), kohta 145.
449 *Orsus ym. v. Kroatia* (16.3.2010), kohta 147–148.

Tapaus *Orsus ym. v. Kroatia* eroaa tapauksista *D.H. ym. v. Tšekki* ja *Sampanis ym. v. Kreikka* muun muassa siinä, että tilastot olivat eri tavalla merkityksellisiä. Tapauksessa *D.H*. tilastot osoittivat, että 50–70 prosenttia romanilapsista kävivät erityiskoulua. Tapauksessa *Sampanis* kaikki romanilapset oli sijoitettu eri koulurakennukseen kuin muut lapset. Tapauksessa *Orsus* romanilapset kävivät samaa koulua kuin muutkin, mutta he olivat sijoitettuna erityiselle romaniluokalle. Kaikki romanilapset eivät kuitenkaan olleet vain romanilapsille tarkoitetulla luokalla, vaan osa oli myös sekaluokilla. Mikään yleinen politiikka ei siis ollut, että romanilapset olisi automaattisesti sijoitettu omille luokilleen. Siksi pelkät tilastot eivät riittäneet luomaan syrjintäolettamaa.[450] EIT totesi, että välillinen syrjintä voidaan osoittaa myös muutoin kuin tilastoilla. Tässä yhteydessä EIT kiinnitti huomiota siihen, että menettely, jossa lapsia sijoitettiin eri luokille, perustui siihen, että he eivät ymmärtäneet tarpeeksi hyvin kroatian kieltä. Tätä perustetta sovellettiin vain romanilapsiin. EIT totesi, että väliaikainen sijoittelu eri luokalle puutteellisen kielenhallinnan takia ei sellaisenaan ole automaattisesti 14 artiklan vastaista. Voidaan sanoa, että tietyissä olosuhteissa lasten erityisten tarpeiden huomioon ottaminen voi olla hyväksyttävä tavoite. Kuitenkin, jos tuollainen menettely vaikuttaa suhteettomasti, tai kuten tässä, ainoastaan, yhteen etniseen ryhmään, kyse on selvästi erilaisesta kohtelusta.[451] Kun menettelyä sovellettiin vain tietyn etnisen ryhmän jäseniin, valtion tuli osoittaa, että menettely oli ”objectively justified by a legitimate aim and that the means of achieving that aim were appropriate, necessary and proportionate”.[452] Koska viranomaiset eivät olleet varmistaneet sitä, että kieli todella opittiin ja että lapset siirrettäisiin takaisin sekaluokkiin, menettelylle ei ollut objektiivista ja kohtuullista perustetta.[453]

7.1.5 Sukupuolisyrjinnän kielto

Euroopan ihmisoikeustuomioistuin totesi ensimmäisen kerran tapauksessa *Abdulaziz, Cabales ja Balkandali v. Yhdistynyt kuningaskunta* (28.5.1985, ns. *ABC*-tapaus), että sukupuolten välinen tasa-arvo on Euroopan neuvoston jäsenmaissa erittäin tärkeä tavoite, minkä vuoksi vain erittäin painavat syyt (*very weighty reasons*) voivat oikeuttaa sukupuoleen perustuvan erilaisen kohtelun.[454]

---

450 *Orsus ym. v. Kroatia* (16.3.2010), kohta 152.
451 *Orsus ym. v. Kroatia* (16.3.2010), kohta 153.
452 *Orsus ym. v. Kroatia* (16.3.2010), kohta 155.
453 *Orsus ym. v. Kroatia* (16.3.2010), kohta 184. EIT katsoikin, että EIS 14 artiklaa oli rikottu yhdessä 1 lisäpöytäkirjan 2 artiklan kanssa. Tähän nähden ei ollut tarpeen tutkia, oliko viimeksi mainittua artiklaa rikottu erikseen (kohdat 185–186).
454 *Abdulaziz, Cabales ja Balkandali v. Yhdistynyt kuningaskunta* (28.5.1985), kohta 78.

Very weighty reasons -testiin se on viitannut sittemmin paitsi sukupuolisyrjintää, myös muita epäilyttäviä syrjintäperusteita koskevissa tapauksissa.

ABC-tapauksessa sukupuolten erilainen kohtelu perustui perheenyhdistämistä koskevaan lainsäädäntöön, jonka mukaan miehille, joiden vaimot jo oleskelivat pysyvästi maassa, asetettiin tiukemmat maahantulorajoitukset kuin naisille, joiden miehet puolestaan oleskelivat jo pysyvästi maassa. Valtio perusteli lainsäädäntöä maan korkealla työttömyydellä ja sillä, että miehet etsivät naisia useammin töitä. EIT katsoi työmarkkinoiden suojelun sinänsä hyväksyttäväksi tarkoitukseksi, mutta ei katsonut sukupuolten välisen eron (tilastoin osoitettu ero sen suhteen, että miehet ovat naisia useammin työelämässä) merkitystä niin tärkeäksi (”*sufficiently important*”), että se olisi oikeuttanut sukupuolten erilaisen kohtelun.[455] Tärkeintä ei siis EIT:n mukaan ollut sinänsä hyväksyttävä tavoite, vaan se, että tavoite oli tarpeeksi painava syrjäyttämään erottelun kohteeksi joutuneen intressit.[456] EIT teki toisin sanoen suhteellisuusvaatimukseen kuuluvan intressipunninnan, jossa vastakkain oli yhtäältä sinänsä hyväksyttävä työmarkkinoiden suojelun tavoite ja toisaalta sukupuolten välinen tasa-arvo. Se kyseenalaisti myös valtion oletuksen siitä, että vain miehet rasittaisivat työmarkkinoita. Miehet saattoivat toimia esimerkiksi yrittäjinä, ja toisaalta myös naiset saattoivat yhtä lailla työskennellä kodin ulkopuolella.

ABC-tapauksessa lainsäädännön tavoitteeksi esitettiin myös ”yleisen rauhallisuuden” turvaaminen (*public tranquillity*), kun sillä pyrittiin kontrolloimaan maahanmuuttoa. EIT kuitenkin katsoi, että valittu keino ei täyttänyt suhteellisuusvaatimukseen sisältyvää soveltuvuusvaatimusta. Sukupuoleen perustuvan erottelun ei siis katsottu edesauttavan mitenkään tämän tavoitteen saavuttamista.[457] Valtio esitti lisäksi, että lainsäädäntö ei voi olla syrjivä, koska se antoi parempaa suojaa kuin mitä ihmisoikeussopimus edellytti. Tällä valtio viittasi naisten lievempiin maahantulosäännöksiin. EIT kuitenkin totesi, ettei se voi hyväksyä tätä argumenttia. Se totesi, että vaikka ihmisoikeussopimus ei tällaista vaatimusta asettaisikaan, syrjinnän kieltoa ei siitä huolimatta saa loukata.[458]

Tapauksessa *Schuler-Zgraggen v. Sveitsi* (24.6.1993) naiselta evättiin sosiaalietuus (*invalidity pension*) sillä perusteella, että hän ei olisi pienen lapsen äitinä jatkanut työntekoa siinäkään tapauksessa, ettei olisi sairastunut. Valittaja esitti, että tällaista oletusta ei olisi tehty, jos hän olisi ollut mies. Edelleen EIT katsoi, että valtio ei ollut osoittanut erittäin painavia syitä oikeuttaakseen erilaisen kohtelun. Sekä *ABC*-tapaus että *Schuler-Zgraggen*-tapaus ilmentävät tiukkaa suh-

455 *Abdulaziz, Cabales ja Balkandali v. Yhdistynyt kuningaskunta* (28.5.1985), kohta 79.
456 Gerards 2005, 143.
457 *Abdulaziz, Cabales ja Balkandali v. Yhdistynyt kuningaskunta* (28.5.1985), kohta 81.
458 *Abdulaziz, Cabales ja Balkandali v. Yhdistynyt kuningaskunta* (28.5.1985), kohta 82: ”The notion of discrimination within the meaning of Article 14 (art. 14) includes in general cases where a person or group is treated, without proper justification, less favourably than another, even though the more favourable treatment is not called for by the Convention.”

tautumista erotteluihin, jotka perustuvat naisten perinteistä sukupuoliroolia koskeviin stereotypioihin niin julkisella kuin yksityiselläkin elämänalueella. Tapaukset *Burghartz v. Sveitsi* (22.2.1994), *Karlheinz Schmidt v. Saksa* (18.7.1994) ja *Van Raalte v. Alankomaat* (21.2.1997) osoittavat, että EIT on yhtä tiukka suhteessa erotteluihin, jotka perustuvat miesten perinteiseen ja stereotyyppiseen sukupuolirooliin *julkisella elämänalueella*.[459]

Tapauksessa *Burghartz v. Sveitsi* vain naisilla oli oikeus laittaa oma tyttönimensä puolisoiden yhteisen sukunimen edelle, minkä valittaja katsoi olevan miehiä syrjivää. Lainsäädännön tavoitteena oli perheen yhtenäisyyden vahvistaminen. EIT kuitenkin totesi, että perheen yhtenäisyys siitä tuskin vaarantuu, jos mies voi naisen tavoin lisätä oman sukunimensä yhteisen sukunimen eteen.[460] EIT toisin sanoen katsoi, että keino tavoitteen saavuttamiseksi ei täyttänyt soveltuvuusvaatimusta. EIT viittasi evolutiivisen tulkinnan mukaisesti siihen, että syrjinnän kieltoa tulee tulkita ”*in the light of present-day conditions*” ja hylkäsi myös kaikki viittaukset traditioon.[461]

Tapauksessa *Karlheinz Schmidt v. Saksa* vain miehille oli asetettu velvollisuus palvella palokunnassa tai vaihtoehtoisesti suorittaa tietynsuuruinen maksu. Valtio perusteli erottelua naisten fyysisillä ja psyykkisillä omaisuuksilla ja naisten suojelulla.[462] EIT ei katsonut, että perusteet oikeuttivat erottelua, vaikkakaan se ei suoraan ottanut kantaa siihen, voidaanko tällaisia perusteita esittää ylipäänsä, kun kyse on stereotyyppisistä käsityksistä sukupuolten ominaisuuksista ja soveltuvuudesta tiettyyn työhön.[463]

Tapauksessa *Van Raalte v. Alankomaat* yli 45-vuotiaat, lapsettomat ja naimattomat naiset oli vapautettu *The General Child Care Benefits Actin* mukaisista maksuista, kun samanikäisille, lapsettomille ja naimattomille miehille vastaavaa vapautusta ei ollut tehty (eikä muillekaan). Valtio perusteli lainsäädäntöä sillä, että yli 45-vuotiaat naiset ovat olennaisesti eri asemassa kuin saman ikäiset miehet, koska eivät biologisista syistä voi enää saada lapsia. Valtio jatkoi, että jos kuitenkin katsotaan, että naiset ja miehet ovat samanlaisessa tilanteessa, biologiset erot itsessään ovat riittävä objektiivinen ja kohtuullinen peruste erilaiselle kohtelulle. Lisäksi sääntelyn taustalla oli ajatus, että naimattomat ja lapsettomat yli 45-vuotiaat naiset pahoittaisivat mielensä joutuessaan maksamaan kyseisiä maksuja, kun heillä itsellään ei ollut eikä todennäköisesti koskaan tu-

---

459 Arnardottir 2003, 143.

460 *Burghartz v. Sveitsi* (22.2.1994), kohta 28.

461 *Burghartz v. Sveitsi* (22.2.1994), kohta 28. Ks. myös vastaava tapaus *Losonci Rose ja Rose v. Sveitsi* (9.11.2010). Tapauksessa todettiin syrjiväksi lainsäädäntö, jonka mukaan ulkomaalainen mies ei voinut pitää omaa sukunimeään avioiduttuaan sveitsiläisen naisen kanssa, vaikka ulkomaalaisella naisella tällainen mahdollisuus olisi ollut.

462 *Karlheinz Schmidt v. Saksa* (18.7.1994), kohta 27. Ks. myös tapaus *Zarb Adami v. Malta* (20.6.2006), jossa vastaajahallitus ei pystynyt esittämään hyväksyttäviä perusteita sille, että miehet joutuivat suorittamaan lautamiespalvelusta merkittävästi enemmän kuin naiset.

463 Ks. *Karlheinz Schmidt v. Saksa* (18.7.1994), kohta 28. Ks. myös Arnardottir 2003, 144.

lisi olemaankaan omia lapsia.[464] EIT katsoi ensinnäkin, että kyse oli samanlaisessa tilanteessa olevien erilaisesta kohtelusta. Biologisilla eroilla ei EIT:n mukaan ollut tässä suhteessa merkitystä. Se totesi, että ”[i]t is precisely this distinction which is at the heart of the question whether the difference in treatment complained of can be justified.”[465] Vaikka valtiolla on tietty harkintamarginaali sen suhteen, minkälaisia poikkeuksia se tekee esimerkiksi tällaisiin sosiaaliturvamaksuihin, 14 artikla edellyttää, että sukupuoleen perustuvalle erilaiselle kohtelulle on ”*compelling reasons*”.[466] Se ei katsonut hyväksyttäviksi syiksi pelkkiä yleistyksiä siitä, että tuon ikäiset naiset eivät enää voisi saada lasta, eikä sitä paternalistista perustetta, että sääntelyn tavoitteena oli olla pahoittamatta tietyn ikäisten naisten mieltä.[467]

Arnardottir totesi väitöskirjassaan vuonna 2003, että EIT näyttää olevan vaikeuksissa silloin, kun kyse on miesten huonommasta kohtelusta, joka tapahtuu *yksityisellä elämänalueella*.[468] Hyvä osoitus tästä on tapaus *Rasmussen v. Tanska* (28.11.1984), joka oli ensimmäinen sukupuolisyrjintää koskeva tapaus EIT:ssä.[469] Tapauksessa oli kyse siitä, että aviomiehille oli asetettu kannemääräaika isyyden kumoamista koskevan kanteen nostamiselle, kun vastaavaa määräaikaa ei ollut asetettu äidille. Tapauksessa valtio esitti, että miehet ja naiset eivät ole vertailukelpoisessa tilanteessa isyysoikeudenkäynnin suhteen, koska heidän asemansa ja intressinsä eroavat olennaisesti toisistaan.[470] EIT katsoi, ettei sen tarvitse ratkaista tätä vertailukelpoisuuteen liittyvää asiaa, etenkään koska nämä asemaan ja intresseihin liittyvät kysymykset ovat olennaisia arvioitaessa oikeuttamisperusteita. Se siirtyikin suoraan oikeuttamisperusteiden arviointiin olettamalla, että kyse oli samanlaisessa tilanteessa olevien erilaisesta kohtelusta.[471] Vasta oikeuttamistestissä se käsitteli kysymystä siitä, miten miehen ja naisen asema ja intressit eroavat isyysoikeudenkäynnissä, ja muodostavatko nämä erot objektiivisen ja kohtuullisen perusteen erilaiselle kohtelulle. Se siis yhdisti vertailtavuustestin oikeuttamistestiin.

---

464 *Van Raalte v. Alankomaat* (21.2.1997), kohta 37.

465 *Van Raalte v. Alankomaat* (21.2.1997), kohta 40.

466 *Van Raalte v. Alankomaat* (21.2.1997), kohta 42. Tässä tapauksessa EIT käytti käsitettä *compelling reasons* eikä *very weighty reasons*. Tätä on pidetty vielä tiukempana testinä, koska se viittaa pakottaviin tai erityisen vakuuttaviin syihin. Testiä käytetään Yhdysvalloissa kaikista tiukimmassa oikeuttamistestissä, ”*compelling governmental interest*”. (Gerards 2005, 163–164, alav. 245.) Myöhemmissä tapauksissa EIT kuitenkin palasi *very weighty reasons* -testiin, mutta käytti sitä jälleen sukupuolisyrjintää koskevassa tapauksessa *Ünal Tekeli v. Turkki* (16.11.2004).

467 *Van Raalte v. Alankomaat* (21.2.1997), kohdat 42–44.

468 Arnardottir 2003, 144.

469 EIT ei tosin ottanut kantaa, millä perusteella eri asemaan asettaminen oli tapahtunut. Tätä se perusteli sillä, että 14 artiklan syrjintäperusteiden lista ei ole tyhjentävä. *Rasmussen v. Tanska* (28.11.1984), kohta 34.

470 *Rasmussen v. Tanska* (28.11.1984), kohta 36.

471 *Rasmussen v. Tanska* (28.11.1984), kohta 37.

Arnardottir on todennut, että EIT selvästi mietti ankarasti kysymystä siitä, tuliko naisen ja miehen tilanteen välistä eroa pitää tapauksen kannalta relevanttina vai ei.[472] EIT katsoi, että kannemääräajat olivat yleensä hyväksyttäviä, sillä niiden tarkoituksena oli turvata lapsen etua. Äitiä koskevat määräajat taas eivät olleet niin tärkeitä, sillä ”äidin intressit yleensä käyvät yksiin lapsen intressien kanssa, koska lapsen huoltajuus myönnetään erossa usein äidille”.[473] Tässä vaikeassa tilanteessa EIT turvautuikin valtion harkintamarginaalia koskevaan oppiin, eikä tarkastellut kovin kriittisesti valtion esittämiä oikeuttamisperusteita. EIT katsoi, että valtio oli toiminut harkintavaltansa puitteissa ottaen huomioon muun muassa sen, että sopimusvaltioiden kesken ei asiasta ollut muodostunut yhteistä konsensusta.[474] Tämä siitä huolimatta, että lainsäädännön tavoite olisi saavutettu muillakin keinoin, eli valittu keino ei täyttänyt välttämättömyysvaatimusta. EIT totesi tämän itsekin, mutta antoi enemmän painoa valtion laajalle harkintamarginaalille.[475]

Tapaus *Petrovic v. Itävalta* (27.3.1998) osoittaa, että reilussa vuosikymmenessä ei ollut tapahtunut paljon, kun kyse oli miesten huonommasta kohtelusta yksityisellä elämänalueella. Tapauksessa isillä ei ollut oikeutta vanhempainrahaan. EIT katsoi edelleen, että vain erittäin painavat syyt oikeuttavat sukupuolen mukaisen erottelun. Tässä tapauksessa asian ratkaisi kuitenkin jälleen se, että asiasta ei ollut sopimusvaltioiden kesken syntynyt konsensusta, joten valtion laaja harkintamarginaali salli erilaiset ratkaisut.[476] Näin siitäkin huolimatta, että EIT katsoi naisten ja miesten olevan samanlaisessa tilanteessa vanhempainvapaan suhteen. Se totesi, että ”[w]hile aware of the differences which may exist between mother and father in their relationship with the child, the Court starts from the premise that so far as taking care of the child during this period is concerned, both parents are 'similarly placed'.”[477]

EIT otti huomioon myös sen, että viimeisten vuosikymmenien aikana isät olivat ottaneet yhä enemmän vastuuta lastenhoidosta, mikä näkyi myös monien maiden perhevapaita koskevassa lainsäädännössä. Sittemmin myös Itävallassa oli muutettu lainsäädäntöä siten, että oikeus vanhempainvapaaseen ja myöhemmin myös vanhempainrahaan myönnettiin myös isille. Lainsäädäntö vaihteli kuitenkin paljon valtiosta toiseen, eikä monessakaan maassa ollut ulotettu oikeutta vanhempainrahaan isille, vaikka oikeus itse vanhempainvapaaseen olisikin myönnetty. EIT totesikin, että ”[i]t therefore appears difficult to criticise the Austrian legislature for having introduced in a gradual manner, reflecting the

472 Arnardottir 2003, 144.
473 *Rasmussen v. Tanska* (28.11.1984), kohta 41.
474 *Rasmussen v. Tanska* (28.11.1984), kohdat 40–42.
475 *Rasmussen v. Tanska* (28.11.1984), kohta 41.
476 *Petrovic v. Itävalta* (27.3.1998), kohdat 37–38.
477 *Petrovic v. Itävalta* (27.3.1998), kohta 36.

evolution of society in that sphere, legislation which is, all things considered, very progressive in Europe".[478]

Kuten Arnardottir vuonna 2003 totesi, sukupuoli syrjintäperusteena ei välttämättä johda tiukkaan oikeuttamistestiin, vaikka sukupuoleen epäilyttävänä syrjintäperusteena liittyy very weighty reasons -testi eli tiukat oikeuttamisperusteet. Etenkin miesten huonompi kohtelu yksityisellä elämänalueella on näyttänyt olevan sallitumpaa kuin muut sukupuolisyrjinnän muodot.[479] Yhteisen konsensuksen puuttuminen voi tällöin laajentaa valtioiden harkintamarginaalia. Kuten Wentholt on todennut, valtion harkintamarginaaliin kuuluisi pikemminkin kysymys siitä, ottaako se käyttöön vanhempainrahajärjestelmän vai ei. Sen sijaan jos se päättää järjestelmän käyttöönotosta, se ei voi tehdä sitä syrjivästi. EIT näyttää unohtaneen sen, että sukupuoli on yhteisen eurooppalaisen konsensuksen mukaisesti epäilyttävä syrjintäperuste.[480] *Petrovic*-tapausta voidaan kritisoida myös CEDAW-sopimuksen pohjalta, joka kieltää stereotyyppiset oletukset sukupuolirooleista. Mitä isien oikeuksista perheessä voidaan sanoa nyt, kymmenen vuotta myöhemmin?

Tapauksessa *Weller v. Unkari* (31.3.2009) astuttiin askel eteenpäin, kun EIT katsoi, että isien sulkeminen "äitiysrahan" (*maternity benefit*) ulkopuolelle oli syrjivää, kun äidit, adoptiovanhemmat ja huoltajat olivat oikeutettuja etuuteen. Tässä tapauksessa oli kuitenkin selvää, että koska etuuteen olivat oikeutettuja myös muut kuin äidit, isien sulkeminen etuuden ulkopuolelle ei ollut perusteltavissa.

Tapaus *Konstantin Markin v. Venäjä* (7.10.2010, suuri jaosto 22.3.2012) oli merkittävä isien yksityiseen elämänalueeseen kuuluvien oikeuksien kannalta. Kyse oli siitä, oliko kolmevuotisen vanhempainloman epääminen miespuoliselta sotilashenkilöltä syrjivää sukupuolen perusteella. Menettely perustui sotilaspalvelulakiin, jonka mukaan vanhempainlomaa voitiin myöntää vain naispuoliselle sotilashenkilölle. Tapauksessa novgorodilainen sotilashenkilö oli saanut kolmannen lapsensa syyskuussa 2005. Samana päivänä he jättivät vaimonsa kanssa avioerohakemuksen. Lokakuussa 2005 päädyttiin sopimukseen, jonka mukaan lapset jäivät asumaan isänsä kanssa. Äiti muutti Pietariin, ja isä jäi yksin Novgorodiin kolmen lapsensa kanssa, joista nuorin oli siis kuukauden ikäinen. Valittajalle määrättiin kahteen otteeseen kurinpitoseuraamus poissaolosta työpaikalta, kunnes lokakuussa 2006 hänelle myönnettiin vanhempainlomaa syyskuulle 2008 saakka, sekä taloudellista tukea noin 5.900 euron määrästä. Saman vuoden joulukuussa sotilastuomioistuin moitti yksilön päällikköä loman myöntämisestä huomauttaen siitä, että päätös oli lainvastainen. Valittaja valitti perustuslakituomioistuimelle sotilaspalvelulain asianomaisista säännök-

478 *Petrovic v. Itävalta* (27.3.1998), kohta 41.
479 Arnardottir 2003, 146.
480 Wentholt 1999, 31.

sistä. Tuomioistuin hylkäsi valituksen tammikuussa 2009 katsottuaan, että säännökset eivät olleet perustuslain vastaisia.

EIT:n jaosto totesi tuomiossaan (7.10.2010), että erilaista kohtelua vanhempainloman ja siihen liittyvien tukien suhteen ei voitu perustella, toisin kuin äitiysloman ja sen aikaisten tukien osalta, äitien erityisellä asemalla, vaan vanhemmat olivat tällöin samanlaisessa asemassa lasten huollon suhteen. Kuten jo tapauksessa *Petrovic*, se ei siis hyväksynyt perustelua, että äideillä olisi erityinen rooli lasten kasvatuksessa, vaan vanhempainvapaan osalta isä ja äiti ovat ”*similarly placed*”.[481]

Toisin kuin *Petrovic*-tapauksen aikaan 1980-luvulla, eurooppalainen konsensus on näiden kysymysten osalta edennyt hyvin pitkälle. Ehdoton enemmistö Euroopan valtioista tunnustaa oikeuden vanhempainlomaan sekä äideille että isille. Näin ollen erilaista kohtelua ei enää voitu perustella sillä, että sopimusvaltiot eivät suhtaudu asiaan yhtenäisellä tavalla. Tämän vuoksi EIT katsoi, ettei sukupuolten erilaiselle kohtelulle vanhempainloman saamisen suhteen ollut vakuuttavia tai painavia perusteita (”*convincing or weighty reasons*”).[482] Se totesi myös, että jos valtio päättää luoda vanhempainrahajärjestelmän, sen täytyy tehdä se 14 artiklan mukaisesti syrjimättömällä tavalla, vaikka perhe-elämän suojaa koskeva 8 artikla ei sinänsä aseta positiivista velvoitetta vanhempainrahan maksamiselle.[483]

EIT otti huomioon myös sen, että erilainen kohtelu koski vain sotilashenkilöstöä. EIS ei estä valtioita rajoittamasta sotilashenkilöiden tiettyjä oikeuksia ja vapauksia sotilaalliseen järjestykseen liittyvistä syistä. Valtion harkintamarginaali on tällöin väljää. Sen sijaan, kun kysymys on EIS 8 artiklaan perustuvien oikeuksien rajoittamisesta, harkintamarginaali on kapeampaa. Lasten huollon suhteen sotilashenkilöt ovat samassa asemassa sukupuolestaan riippumatta. Siten vanhempien sukupuoleen perustuvalle erilaiselle kohtelulle pienten lasten huollon suhteen täytyi olla erittäin painavia syitä myös sotilashenkilöiden kohdalla.[484] Erilaisella kohtelulla pyrittiin varmistamaan armeijan käytännöllistä tehokkuutta ja siten edistämään kansallista turvallisuutta. Vaikka tuo tavoite oli hyväksyttävä, se ei kuitenkaan sellaisenaan osoittanut erilaisen kohtelun oikeutusta vanhempainloman saamisen suhteen. Mitään konkreettista näyttöä ei ollut siitä, että miesten erilainen kohtelu tuossa suhteessa voisi vaarantaa kansallisen turvallisuuden. EIT totesikin, että yleisluonteisista väitteistä tulee esittää myös näyttöä.[485] Tilastollisia tai muitakaan selvityksiä ei ollut tehty siitä, missä määrin tiettyinä aikoina oli miehiä, jotka voisivat tai haluaisivat hakea kolmen vuo-

---

481 *Konstantin Markin v. Venäjä* (7.10.2010), kohta 48.
482 *Konstantin Markin v. Venäjä* (7.10.2010), kohta 49.
483 *Konstantin Markin v. Venäjä* (7.10.2010), kohta 45.
484 *Konstantin Markin v. Venäjä* (7.10.2010), kohta 54.
485 *Konstantin Markin v. Venäjä* (7.10.2010), kohta 56. Ks. myös *Smith ja Grady v. Yhdistynyt kuningaskunta* (27.9.1999), kohdat 89–112.

den vanhempainlomaa. Kansallisen turvallisuuden vaarantuminen oli pelkkä otaksuma.[486] Vähemmistöön jäänyt tuomari katsoi, että vanhempainlomien laajamittaisella myöntämisellä isille heikennettäisiin armeijan taistelukykyä ja käytännöllistä tehokkuutta.

EIT myös totesi nimenomaisesti, että sellaisiin perinteisiin sukupuolirooleihin perustuvat argumentit, joiden mukaan naiset ovat lasten ensisijaisia hoitajia ja miehet ensisijaisia perheen elättäjiä, eivät voi toimia 14 artiklan mukaisina oikeuttamisperusteina sukupuolten erilaiselle kohtelulle. EIT hämmästeli etenkin Venäjän perustuslakituomioistuimen huomautusta, että miehet, jotka halusivat hoitaa lapsia kotona, voivat vapaasti erota armeijan palveluksesta.[487]

Tapausta käsiteltiin EIT:n suuressa jaostossa 22.3.2012. Suuri jaosto ei muuttanut jaoston tuomiota, vaan totesi jaoston tapaan, että isä ja äiti ovat vanhempainvapaan ja siihen liittyvien tukien suhteen samassa asemassa.[488] Se nimenomaan totesi, että viittaukset sukupuolirooleihin liittyviin traditioihin, vallitseviin sosiaalisiin asenteisiin tai yleisiin oletuksiin eivät voi oikeuttaa sukupuolten erilaista kohtelua.[489] Kyse ei EIT:n mukaan voi myöskään olla mistään positiivisesta erityiskohtelusta, jolla pyrittäisiin korjaamaan naisten huonompaa asemaa yhteiskunnassa. Päinvastoin, tapauksen kaltainen erilainen kohtelu vain lisää sukupuoleen liittyviä stereotypioita, vaikeuttaa yhtäältä naisten urakehitystä ja toisaalta myös miesten perhe-elämää.[490] EIT:n suuri jaosto katsoi jaoston tapaan, että Venäjä ei ollut toimittanut riittävää selvitystä siitä, miten vanhempainvapaasäännösten syrjimätön soveltaminen armeijan henkilökuntaan vaikuttaisi armeijan tehokkuuteen.[491]

Miehen hoivaroolin tunnustaminen näkyy myös tapauksessa *Willis v. Yhdistynyt kuningaskunta* (11.6.2002), jossa leskimiehellä ei ollut oikeutta samoihin leskenetuuksiin (*a widow's payment* / *a widowed mother's allowance*) kuin leskivaimolla, minkä väitettiin olevan syrjintää sukupuolen perusteella. Kyse oli miehestä, jonka vaimo oli ollut työelämässä ja maksanut sosiaaliturvamaksuja suurimman osan siitä ajasta, jolloin he olivat olleet avioliitossa. Myöhemmin mies oli luopunut työstään hoitaakseen sairastunutta vaimoaan sekä heidän lapsiaan. Vaimon kuoltua miehellä oli oikeus pienempiin leskenetuuksiin kuin silloin, jos hän olisi ollut nainen, ja hänen vaimonsa olisi ollut mies.[492] EIT totesi jälleen, että kun kyse on erilaisesta kohtelusta sukupuolen perusteella, vain hy-

486 *Konstantin Markin v. Venäjä* (7.10.2010), kohta 57.
487 *Konstantin Markin v. Venäjä* (7.10.2010), Kohta 58.
488 *Konstantin Markin v. Venäjä* (22.3.2012), kohta 132.
489 *Konstantin Markin v. Venäjä* (22.3.2012), kohta 127, 142–143.
490 *Konstantin Markin v. Venäjä* (22.3.2012), kohta 141.
491 *Konstantin Markin v. Venäjä* (22.3.2012), kohdat 144–149.
492 *Willis v. Yhdistynyt kuningaskunta* (11.6.2002), kohta 40.

vin painavat syyt voivat oikeuttaa erottelun.[493] Tällaisia perusteita ei tapauksessa ollut esitetty, minkä vuoksi 14 artiklaa oli loukattu.

Lasten hoitoon liittyvät sukupuoliroolit olivat esillä myös tapauksessa *Andrle v. Tšekki* (17.2.2011), jossa oli kyse tšekkiläisen eläkejärjestelmän syrjivyydestä, kun lapsia kotona hoitaneen äidin eläkeikä oli matalampi kuin vastaavassa tilanteessa olevan isän. EIT toisti sen yleisen säännön, että vain erittäin painavat syyt oikeuttavat erilaisen kohtelun, joka perustuu sukupuoleen. EIT totesi tämän periaatteen vain vahvistuneen.[494] Tästä huolimatta se jatkoi, että toisaalta valtioilla on laaja harkintavalta talous- ja sosiaalipolitiikkaa koskevissa toimissa, sillä kansallisella viranomaisella on enemmän tietoa yhteiskunnastaan ja sen tarpeista kuin kansainvälisellä ihmisoikeustuomioistuimella. Tällöin EIT yleensä kunnioittaa valtion poliittisia valintoja, elleivät ne ole ilmeisen perusteettomia.[495]

EIT katsoi, että naisten edullisemmalle kohtelulle oli hyväksyttävä tavoite, koska menettelyllä pyrittiin alun perin kompensoimaan sukupuolten tosiasiallista eriarvoisuutta, joka johtui siitä, että naiset joutuivat yhdistämään perinteisen äidin roolinsa ja lasten hoidon sekä kokopäiväisen työn kodin ulkopuolella.[496] Keinojen suhteellisuusperiaatteen mukaisuudesta EIT totesi, että tilanne ei ole enää sama kuin järjestelmää luotaessa, sillä nyky-yhteiskunnassa vanhempien roolit lasten hoidossa eivät ole enää niin jakautuneet. EIT:n mukaan on kuitenkin vaikea osoittaa mitään tarkkaa ajankohtaa, milloin miehille koituva haitta alkaa painaa enemmän kuin tarve korjata naisten epäedullista asemaa positiivisen erityiskohtelun (”*affirmative action*”) avulla. Kansallinen viranomainen on EIT:n mukaan paremmassa asemassa arvioimaan tällaista monisyistä asiaa, joka liittyy valtion talous- ja sosiaalipolitiikkaan ja jossa tarvitaan tarkempaa tietoa yhteiskunnallisesta tilanteesta.[497] EIT kiinnitti huomiota myös siihen, että Tšekissä oli jo otettu askeleita kohti tasa-arvoista eläkeikää. Käsitykset sukupuolirooleista muuttuvat kuitenkin vaiheittain, joten ”the State cannot be criticised for progressively modifying its pension system to reflect these gradual changes and for not having pushed for complete equalisation at a faster pace”.[498]

EIT totesi, että tapaus eroaa *Konstantin Markin* -tapauksesta, jossa perinteinen käsitys naisista ensisijaisina lasten hoitajina ei voinut olla hyväksyttävä syy isien sulkemiseksi vanhempainvapaan ulkopuolelle. Toisin kuin eläkkeellä ole-

493 *Willis v. Yhdistynyt kuningaskunta* (11.6.2002), kohta 39.
494 *Andrle v. Tšekki* (17.2.2011), kohta 49.
495 *Andrle v. Tšekki* (17.2.2011), kohta 50: ”manifestly without reasonable foundation”.
496 *Andrle v. Tšekki* (17.2.2011), kohta 53.
497 *Andrle v. Tšekki* (17.2.2011), kohta 56.
498 *Andrle v. Tšekki* (17.2.2011), kohta 57–58.

minen, vanhempainvapaa on vain lyhyt elämänvaihe. Eläkejärjestelmän vakaus taas on tärkeää myös kansallisille talous- ja sosiaalipolitiikalle.[499]

Sukupuolten erilainen kohtelu eurooppalaisissa eläkejärjestelmissä on ollut esillä myös aiemmissa EIT:n tapauksissa. Tapauksessa *Wessels-Bergervoet v. Alankomaat* (4.6.2002) kyse oli alankomaiden eläkejärjestelmän syrjivyydestä, kun naimisissa olevan naisen eläkkeeseen tehtiin vähennys sellaisessa tilanteessa, jossa miehen eläkkeeseen ei vastaavaa vähennystä olisi tehty. Vähennys tehtiin siksi, että nainen oli naimisissa miehen kanssa, joka ei ollut vakuutettu ulkomailla työskennellessään. Jos valittaja olisi ollut mies vastaavassa tilanteessa, vähennystä ei olisi tehty. Vähennys perustui näin ollen vain sille, että valittaja oli naimisissa oleva nainen. EIT totesi, että vain hyvin vahvat syyt (*very strong reasons*) oikeuttavat erilaisen kohtelun, joka perustuu vain sukupuolelle.[500] Tällä kertaa EIT katsoi, että lainsäädännölle ei ollut objektiivisia ja kohtuullisia perusteita, kun sen taustalla oli vain käsitys miehestä perheen elättäjänä.[501]

Tapauksessa *Stec ym. v. Yhdistynyt kuningaskunta* (12.4.2006) arvioitiin muun muassa Englannin eläkejärjestelmää, jota väitettiin syrjiväksi siltä osin kuin se asetti naisille ja miehille eri eläkeiät. EIT totesi, että tämä järjestelmä luotiin jo vuonna 1940, ja silloin naisten ja miesten erilaista kohtelua perusteltiin sillä, että haluttiin parantaa naisen huonompaa taloudellista asemaa, joka johtui naisten perinteisestä kotiäidin roolista. Kuten EIT totesi, alun perin erilaisen kohtelun tarkoituksena oli korjata tosiasiallista eriarvoisuutta, mikä sinänsä on 14 artiklan mukaista, sillä tietyissä tilanteissa 14 artikla asettaa myös positiivisen velvoitteen kohdella erilaisia eri tavalla tosiasiallisen tasa-arvon turvaamiseksi.[502] EIT kuitenkin jatkoi, että naisten ja miesten erilaiset eläkeiät ovat hyväksyttäviä vain niin kauan, kunnes sukupuolten väliset erot työurien pituudessa eivät enää ole merkittäviä eikä naisten positiiviselle erityiskohtelulle enää ole tarvetta. Tämä muutos tapahtuu vähitellen, ja on vaikeaa, ellei mahdotonta, osoittaa tiettyä ajankohtaa, jolloin miehille korkeammasta eläkeiästä koituva haitta on painavampi kuin tarve korjata naisten epäedullinen asema.[503]

EIT toisti sen yleisen säännön, että vain erittäin painavat syyt voivat oikeuttaa erilaisen kohtelun sukupuolen perusteella. EIT jatkoi, että valtion harkintamarginaali on kuitenkin laaja silloin, kun kyse on valtion talous- ja sosiaalipolitiikasta.[504] EIT korosti sitä, että miesten ja naisten työurien samankaltaistuminen on ollut vaiheittainen prosessi, jota kansallinen viranomainen voi oman maansa osalta arvioida EIT:tä paremmin. Lisäksi EIT kiinnitti huomiota siihen,

499 *Andrle v. Tšekki* (17.2.2011), kohta 59.
500 *Wessels-Bergervoet v. Alankomaat* (4.6.2002), kohta 49.
501 *Wessels-Bergervoet v. Alankomaat* (4.6.2002), kohdat 51–55.
502 *Stec ym. v. Yhdistynyt kuningaskunta* (12.4.2006), kohta 51 ja 61.
503 *Stec ym. v. Yhdistynyt kuningaskunta* (12.4.2006), kohta 62 ja 66.
504 *Stec ym. v. Yhdistynyt kuningaskunta* (12.4.2006), kohta 52.

että naisten ja miesten eläkeiät eroavat myös muissa sopimusvaltioissa ja että EU:n tasa-arvodirektiiveissä eläkeikää koskee poikkeus. Se viittasi myös EU-tuomioistuimen oikeuskäytäntöön.[505] Alkuperäisen hyväksyttävän tavoitteen valossa, hitaasti kehittyvän muutoksen vuoksi ja yhteisen standardin puuttuessa, ”the Court finds that the United Kingdom cannot be criticised for not having started earlier on the road towards a single pensionable age”, eikä valtion katsottu ylittäneen harkintavaltaansa.[506]

Tapauksessa *Walker v. Yhdistynyt kuningaskunta* (22.8.2006) oli edelleen kyse Englannin eläkejärjestelmästä, jossa naisten eläkeikä on 60 vuotta ja miesten 65 vuotta (vuoteen 2020 asti). Valittaja katsoi, että kyse oli syrjinnästä, kun täytettyään 60 vuotta hänen täytyi vielä viiden vuoden ajan maksaa ansiotuloihin perustuvaa eläkemaksua (*national insurance contributions*), kun samanikäisen naisen ei tuota maksua tarvinnut enää suorittaa, vaikka jatkaisikin työelämässä. Eläkemaksun suoritusvelvollisuus oli siis sidottu eläkeikään, jonka suhteen naisia ja miehiä kohdeltiin eri tavalla. Tapauksessa keskeinen kysymys olikin, oliko järjestelmä syrjivä sukupuolen perusteella. EIT totesi jälleen, vaikka erilainen kohtelu sukupuolen perusteella edellyttää erittäin painavia oikeuttamisperusteita, valtiolla on laaja harkintamarginaali sosiaali- ja talouspoliittisissa kysymyksissä. Tämä koskee myös veropolitiikkaa, jonka suhteen kansallinen viranomainen on paremmassa asemassa arvioimaan kansallisia tarpeita.[507] Kuten tapauksessa *Stec ym.*, EIT viittasi myös EU-tuomioistuimen oikeuskäytäntöön vastaavissa tapauksissa.[508] EIT totesi, että väitetty syrjintä koskee tässä tapauksessa juuri samaa sukupuolen mukaista erottelua kuin tapauksessa *Stec ym*. Kyse on edelleen siitä, ovatko naisten ja miesten erilaiset eläkeiät syrjiviä. Niinpä se päätyi samaan lopputulokseen kuin mihin suuri jaosto oli päätynyt tapauksessa *Stec ym*.[509]

Tapauksessa valtio perusteli maksun sitomista eläkeikään sillä, että järjestelmää oli näin helppo ymmärtää ja hallinnoida. Kuten tapauksessa *Stec ym*., EIT hyväksyi sen, että hallinnolliseen tehokkuuteen ja koherenssiin liittyvissä kysymyksissä valtioilla on harkintavaltaa. Se esitti myös, että vaikka naisten, jotka jatkavat työskentelyä yli eläkeiän, ei tarvitse enää maksaa eläkemaksua, sama koskee myös miehiä, jotka jatkavat työskentelyä yli oman eläkeikänsä.[510] EIT näyttää olettavan, että samanlaisia kohdellaan tällöin samalla tavalla eikä kyse ole syrjinnästä. Se ei huomioi lainkaan sitä, että myös 60 vuotta täyttäneitä naisia ja miehiä tulisi pitää samanlaisina. Tämä ilmentääkin kovin muodollista lä-

505 *Stec ym. v. Yhdistynyt kuningaskunta* (12.4.2006), kohdat 39–41, 58 ja 63. EIT viittasi tapauksiin *EOC* C-9/91, *Evelyn Thomas ym.* C-328/91 ja *Hepple* C-196/98.
506 *Stec ym. v. Yhdistynyt kuningaskunta* (12.4.2006), kohdat 64 ja 66.
507 *Walker v. Yhdistynyt kuningaskunta* (22.8.2006), kohta 33.
508 *Walker v. Yhdistynyt kuningaskunta* (22.8.2006), kohta 35.
509 *Walker v. Yhdistynyt kuningaskunta* (22.8.2006), kohta 38.
510 *Walker v. Yhdistynyt kuningaskunta* (22.8.2006), kohta 34.

hestymistapaa yhdenvertaisuuteen. EIT nojautuikin pitkälti EU-tuomioistuimen asiaa koskeviin aiempiin ratkaisuihin, ja totesi, että EU-tuomioistuimen ”stance as regards the justification in avoiding disruption to the pension system is therefore of *some persuasive value* even in the present case” (kursiivi tässä).[511]

EIT ei kuitenkaan ottanut huomioon sitä, että kansainväliset valvontaelimet olivat jo aiemmin kyseenalaistaneet erilaiset eläkeiät. Frostell ja Scheinin ovat kiinnittäneet huomiota siihen, että YK:n TSS-komitean mukaan eri eläkeiät aiheuttavat nimenomaan naisille syrjiviä vaikutuksia. Frostell ja Scheinin toteavat, että myös ihmisoikeuskomitea on katsonut, että kyse on syrjinnästä. CEDAW-komitea taas on katsonut, että erilaiset eläkeiät eivät ole CEDAW-sopimuksen 4 artiklan tarkoittamia väliaikaisia erityistoimia. Vaikka alun perin tarkoitus olikin korvata naisille aiheutunut taakka, eri eläkeiät on myöhemmin todettu naisia syrjiväksi. Kuten Frostell ja Scheinin toteavat, naisten alempi eläkeikä vaikeuttaa naisten työmarkkina-asemaa muun muassa siten, että heidän on tietyssä iässä vaikeampi saada työtä. Alhaisempi eläkeikä voi naisilla johtaa myös alempaan eläkkeeseen ja taloudelliseen riippuvaisuuteen.[512]

Myös Kristina Koldiská on kritisoinut EIT:n eläketapauksia. Hän on verrannut vuonna 2011 ratkaistua *Andrle*-tapausta EU-tuomioistuimen ratkaisemaan tapaukseen *Griesmar* (C-366/99).[513] *Andrle*-tapauksessahan kyse oli kolmen lapsen isästä, jonka eläkeikään ei vaikuttanut alentavasti se, että hän oli hoitanut lapsia kotona. Myös *Griesmar*-tapauksessa kyse oli isästä, jonka eläkkeen määrää laskettaessa ei otettu huomioon hyvitystä, joka naispuolisten virkamiesten kohdalla huomioitiin kustakin lapsesta. EU-tuomioistuin totesi ratkaisussaan, että miehet ja naiset ovat toisiinsa verrattavassa tilanteessa lasten hoidon osalta (pl. äitiysvapaan aika).[514] Näin ollen samapalkka-artiklan (SEUT 157 artikla) vastaista oli hyvityksen epääminen sellaiselta miespuoliselta virkamieheltä, joka voi osoittaa vastanneen lastensa kasvatuksesta.

Kuten Koldinská toteaa, *Andrle*- ja *Griesmar* -tapaukset olivat hyvin samanlaisia lopputulosta lukuun ottamatta. Kyse ei ollut vain naisten ja miesten erilaisesta eläkeiästä ja sen hyväksyttävyydestä, vaan näissä konkreettisissa tapauksissa miehet olivat osoittaneet omaksuneensa sen naisille tyypillisemmän elämäntavan, johon naisten alempi eläkeikä perustui. EIT hyväksyi ratkaisussaan vanhoihin stereotyppisiin käsityksiin perustuvan lainsäädännön, jossa vain naisille myönnetään hyvitystä siitä ajasta, jonka tämä on viettänyt kotona lapsia hoitaen. EU-tuomioistuin taas katsoi, että tässä suhteessa naiset ja miehet ovat toisiinsa verrattavassa tilanteessa, ja hyvitystä tulee myöntää yhtä lailla lapsia hoitaneelle isälle. Kuten Koldinská toteaa, EIT:n kantaa on vaikea ymmärtää

511 *Walker v. Yhdistynyt kuningaskunta* (22.8.2006), kohta 35.
512 Frostell – Scheinin 2001, 342–343.
513 Koldinská 2011b.
514 Tapaus *Griesmar* C-366/99, erit. kohta 56.

nykypäivänä, jolloin tavoitteena on pikemminkin ollut hoitovastuun jakaminen tasapuolisesti molempien vanhempien kesken.[515]

Andrle-tapauksessa EIT ei tehnyt samanlaista vertailtavuustestiä kuten EU-tuomioistuin teki *Griesmar*-tapauksessa. EIT ei toisin sanoen tarkastellut sitä, ovatko naiset ja miehet lasten hoidon suhteen toisiinsa verrattavassa tilanteessa. Sen sijaan, kuten yleensä sukupuolisyrjintää koskevissa tapauksissa, EIT siirtyi suoraan arvioimaan menettelyn hyväksyttävyyttä. Tämä eroaa siitä, miten välittömän syrjinnän oikeuttamista arvioidaan EU-oikeuden kontekstissa. EU-tuomioistuin on nimittäin sidottu niihin lainsäädännössä määriteltyihin poikkeuksiin, jotka voivat kumota syrjintäolettaman.[516] EIT ei *Andrle*-tapauksessa viitannut lainkaan *Griesmar*-tapaukseen, vaikka se muissa eläkeikiä koskevissa tapauksissa on pyrkinyt varmistumaan siitä, että tuomioistuinten tulkinnat ovat yhteneväisiä. Näin sen ei tarvinnut myöskään perustella sitä, miksi se poikkesi EU-tuomioistuimen omaksumasta linjasta.[517]

Vuonna 2009 EIT totesi tapauksessa *Opuz v. Turkki* (9.6.2009), että perheväkivalta on yksi naisiin kohdistuvan syrjinnän muoto. Ratkaisussaan EIT viittasi muun muassa CEDAW-sopimukseen ja CEDAW-komitean kannanottoihin, joissa naisiin kohdistuva väkivalta on määritelty syrjinnäksi. EIT totesi, että väitetty syrjintä ei perustunut itse lainsäädäntöön, vaan siihen, kuinka viranomaiset sitä sovelsivat. Viranomaisten välinpitämätön asenne naisiin kohdistuvaa väkivaltaa kohtaan oli näkynyt muun muassa tavassa, jolla naisia oli kohdeltu poliisiasemalla, kun he olivat tulleet tekemään rikosilmoitusta.[518] Valittaja pystyi esittämään tilastoin ja raportein riittävän näytön siitä, että suurin osa perheväkivallan uhreista oli naisia, ja että paikalliset viranomaiset eivät tutkineet rikoksia, vaan katsoivat ilmiön olevan perheen sisäinen asia, johon ulkopuolinen ei voi puuttua muutoin kuin sovittelijana.[519] Tuomioistuin viittasi aiemmassa välillistä syrjintää koskevassa tapauksessa *D.H. ym. v. Tšekki* muotoilemiinsa välillistä syrjintää koskeviin periaatteisiin, ja totesi 14 artiklan loukkauksen.[520] Tapaus ilmentää hyvin tosiasiallisen tasa-arvon ihmisarvoa korostavaa ulottuvuutta.

---

515 Koldinská 2011b, 15.

516 Koldinská 2011b, 17–18.

517 Tähän kiinnitti huomiota myös Radačić (2012, 17).

518 *Opuz v. Turkki* (9.6.2009), kohta 192.

519 *Opuz v. Turkki* (9.6.2009), kohdat 194–198.

520 Vrt. tapaus *A. v. Kroatia* (14.10.2010), jossa valittaja muun muassa väitti perheväkivaltaa koskevan lainsäädännön olevan syrjivää, koska perheväkivaltarikoksia käsiteltiin tuomioistuimissa suppeammassa prosessissa kuin muita väkivaltarikoksia. Lisäksi valittaja esitti, että viranomaiset eivät saaneet riittävää koulutusta perheväkivallan käsittelyyn, ja että viranomaisten toimet perheväkivallan vähentämiseksi olivat olleet muutoinkin riittämättömät. EIT katsoi, että valittaja ei ollut esittänyt riittävää tilastollista tai muutakaan näyttöä syrjinnästä. Ks. myös Radačić 2012, 19–20.

Palaan vielä stereotyyppisiin käsityksiin miehen ja naisen asemasta perheessä ja sen ulkopuolella. Tapauksessa *Ünal Tekeli v. Turkki* (16.11.2004) nainen halusi käyttää tyttönimeään ainoana sukunimenään. Kyse oli juristista, joka oli tullut ammattikunnassaan tunnetuksi omalla nimellään. Tämä ei Turkin lainsäädännön mukaan ollut mahdollista, sillä nainen ei voinut avioiduttuaan pitää omaa sukunimeään toisin kuin miehet. Valtio oli vedonnut siihen, että naiset ja miehet eivät olleet samanlaisessa tilanteessa, sillä heidän sosiaalisessa tilanteessaan ja taloudellisessa itsenäisyydessään oli eroja. Tämä ei kuitenkaan EIT:n mukaan vaikuttanut vertailtavuuteen, sillä ”[i]t is precisely this distinction which is at the heart of the issue whether the difference in treatment complained of is justifiable”.[521] EIT totesi, että kyse oli samanlaisessa tilanteessa olevien henkilöiden erilaisesta kohtelusta sukupuolen perusteella.[522]

Lainsäädännön tavoitteeksi esitettiin perheen yhtenäisyyden turvaaminen samoin kuin aiemmassa *Burgharz*-tapauksessakin. EIT totesi, että vaikka valtioilla on tietty harkintamarginaali perheen yhtenäisyyttä turvaavissa toimissa, 14 artikla edellyttää, että näitä toimia sovelletaan yhtäläisesti miehiin ja naisiin, ellei erilaiselle kohtelulle esitetä pakottavia syitä (*compelling reasons*). Tässä tapauksessa EIT katsoi, että tällaisia syitä ei ollut esitetty.[523] Se kiinnitti huomiota edelleen siihen, että sukupuolten välisen tasa-arvon edistäminen on Euroopan neuvoston jäsenvaltioissa merkittävä tavoite, ja viittasi myös muun muassa YK:n piirissä tapahtuneeseen kehitykseen koskien molempien puolisoiden oikeutta pitää oma sukunimensä.[524] Lisäksi se kiinnitti huomiota siihen, että sopimusvaltioiden kesken on syntynyt konsensus siitä, että perheen sukunimi voidaan valita tasa-arvoisesti. Vain Turkki on ainoa valtio, jossa nainen ei voi avioiduttuaan pitää omaa sukunimeään ainoana sukunimenä.[525] EIT katsoi, että vetoaminen traditioon, jonka taustalla on käsitys miehestä perheen päänä, ei ole hyväksyttävää enää nykypäivänä. Se totesi myös, että perheen yhtenäisyyttä voi vahvistaa myös valitsemalla yhteiseksi sukunimeksi naisen nimen. Se viittasi myös muiden valtioiden käytäntöön, ja totesi että perheen yhtenäisyyden on katsottu säilyvän myös silloin, kun puolisot eivät valitse yhteistä sukunimeä.[526] Valittu keino ei siis ollut välttämätön tavoitteen, perheen yhtenäisyyden turvaamisen, saavuttamiseksi. Lopuksi EIT totesi, ettei se halua aliarvioida systeemin muutokseen liittyviä hankaluuksia. Se kuitenkin jatkoi, että ”[h]owever, it considers that society may reasonably be expected to tolerate a certain inconvenience to enable individuals to live in dignity and worth in accordance with the

521 *Ünal Tekeli v. Turkki* (16.11.2004), kohta 56.
522 *Ünal Tekeli v. Turkki* (16.11.2004), kohta 55.
523 *Ünal Tekeli v. Turkki* (16.11.2004), kohta 58 ja 68.
524 *Ünal Tekeli v. Turkki* (16.11.2004), kohdat 59–60.
525 *Ünal Tekeli v. Turkki* (16.11.2004), kohta 61.
526 *Ünal Tekeli v. Turkki* (16.11.2004), kohdat 63–66.

name they have chosen".[527] Tässä tapauksessa korostuukin syrjinnänvastaisen oikeuden taustalla oleva yhtäläisen ihmisarvon merkitys ja toisaalta myös stereotyyppisten käsitysten purkaminen.

Gerards kritisoi väitöskirjassaan vuonna 2005, että sukupuolisyrjintää koskevissa tapauksissa Euroopan neuvoston jäsenvaltioiden yhteinen konsensus on ainoa argumentti, jolla EIT perustelee tiukkaa oikeuttamistestiä. EIT ei perustele sukupuolen luonnetta epäilyttävänä syrjintäperusteena esimerkiksi sillä, että sukupuoli on muuttumaton osa ihmistä, tai että sukupuoleen on syrjintäperusteena liittynyt pitkään eriarvoisuutta. Gerards kritisoi myös sitä, että EIT ei huomioi stereotypioille ja traditionaalisille roolimalleille perustuvia sukupuolierotteluja.[528] Tässä suhteessa on viimeaikaisessa oikeuskäytännössä kuitenkin tapahtunut muutoksia. Etenkin tapaus *Konstantin Markin* on hyvä esimerkki siitä, että EIT pystyy murtamaan myös stereotyyppisiä sukupuolirooleja.[529] Tosin tässäkin taustavoimana oli eurooppalainen konsensus, joka osoitti tietä EIT:n ratkaisulle. Eläkeikiä koskevissa tapauksissa EIT taas pystyi nojautumaan EU-tuomioistuimen aiempaan oikeuskäytäntöön, eikä sen tarvinnut lähteä horjuttamaan sopimusvaltioiden eläkejärjestelmiä päätöksillä, joilla olisi merkittäviä taloudellisia vaikutuksia. Toisaalta tapaus *Andrle* osoittaa, että EIT voi valtion harkintamarginaaliin vedoten tehdä myös EU-tuomioistuimen kanssa ristiriitaisia ratkaisuja.

7.1.6 Kokoavasti syrjinnän kiellosta Euroopan ihmisoikeussopimuksessa

7.1.6.1 Syrjinnän kiellon elementit

EIT:n oikeuskäytännön perusteella voidaan sanoa, että syrjintä Euroopan ihmisoikeussopimuksen 14 artiklan ja kahdennentoista lisäpöytäkirjan tarkoittamassa mielessä on *olennaisesti samanlaisessa tilanteessa olevien erilaista kohtelua ilman objektiivista ja kohtuullista perustetta*. Kuten monet tutkijat ovat todenneet, sukupuolisyrjintää koskevissa tapauksissa EIT ei juuri koskaan lähde arvioimaan miesten ja naisten vertailukelpoisuutta, vaan ikään kuin olettaa tämän ja siirtyy suoraan arvioimaan, onko menettelylle ollut oikeuttamisperus-

527 *Ünal Tekeli v. Turkki* (16.11.2004), kohta 67.

528 Gerards 2005, 201–202. Hyvä esimerkki siitä, että EIT ei ole onnistunut stereotypioiden purkamisessa, on musliminaisten huivinkäyttöä koskevat ratkaisut, jotka ovat perustuneet sille stereotyyppiselle olettamalle, jonka mukaan huivinkäyttö symbolisoi naisten alistettua asemaa islamilaisessa maailmassa. Ks. mm. tapaus *Leyla Sahin v. Turkki* (10.11.2005). Ks. tarkemmin Anttila 2010b ja 2010c.

529 Ks. myös Timmer 2011.

teita.[530] Tässä mielessä EIT lähtee liberaalifeministien ajatuksesta, jonka mukaan naisia ja miehiä on pidettävä samanlaisina.[531]

Erilaisella kohtelulla ei ole objektiivista ja kohtuullista perustetta, jos sillä ei ole hyväksyttävää tavoitetta, joka on tarpeeksi tärkeä oikeuttamaan ihmisoikeuden rajoittamisen, tai jos käytetyt keinot eivät ole suhteellisuusperiaatteen mukaisessa kohtuullisessa suhteessa tavoitteeseensa. Suhteellisuusperiaate sisältää kolme eri osavaatimusta: soveltuvuusvaatimus, välttämättömyysvaatimus ja intressipunninta. Epäilyttävien syrjintäperusteiden kohdalla vain hyvin painavat syyt voivat oikeuttaa erilaisen kohtelun.

Välillinen syrjintä tarkoittaa tilannetta, jossa toimenpiteestä aiheutuu suhteettomasti haitallisia vaikutuksia (*disproportionaly prejudicial effects*) tietylle ryhmälle. Vaikutus voidaan osoittaa tilastoin tai myös muilla keinoin. Välillistä syrjintää koskevat samat oikeuttamisperusteet kuin välitöntäkin syrjintää. Menettely ei ole syrjintää, jos sillä on hyväksyttävä tavoite ja keinot tämän tavoitteen saavuttamiseksi ovat soveltuvia, välttämättömiä ja suhteellisuusperiaatteen mukaisia. Epäilyttävien syrjintäperusteiden kohdalla edellytetään erittäin painavia syitä myös välillisen syrjinnän kohdalla.

Valtio voi tietyn harkintamarginaalin puitteissa arvioida sitä, milloin ihmisten väliset erot oikeuttavat kohtelemaan heitä *erilaisia eri tavalla* -periaatteen mukaisesti, kun tavoitteena on tosiasiallisen epätasa-arvon korjaaminen. Tietyissä tilanteissa periaatteen soveltaminen on valtion positiivinen velvollisuus, jolloin erilaisten kohteleminen samalla tavalla johtaa syrjinnän kiellon loukkaukseen, jos menettelylle ei ole objektiivisia ja kohtuullisia oikeuttamisperusteita. Valtion positiivinen velvollisuus liittyy kuitenkin vain syrjinnän poistamiseen, ei sen yli meneviin toimiin, kuten positiiviseen erityiskohteluun. Valtiolla voi kuitenkin olla positiivinen velvollisuus tasa-arvon edistämistoimiin, kuten EIT on muun muassa romanien oloja koskevissa tapauksissa antanut ymmärtää.

Valtion harkintamarginaali on väljää, jos kysymys on vero-, talous- ja sosiaalipolitiikan alaan kuuluvista yleisistä toimenpiteistä, joilla on selvä yhteys valtion taloudellisiin resursseihin. Kotimaisilla viranomaisilla oli kansainvälistä tuomioistuinta paremmat edellytykset arvioida julkisen edun vaatimuksia sosiaalisissa ja taloudellisissa kysymyksissä, eikä EIT ole puuttunut sellaisiin arvioihin, elleivät ne olleet ilmeisen perusteettomia.

Konsensusperiaatteen mukaisesti valtion harkintamarginaali on väljää myös asioissa, joista ei ole yhteistä eurooppalaista konsensusta. Sukupuolten tasa-arvon osalta EIT on todennut, että tällainen konsensus on olemassa, minkä vuoksi sukupuolten erilainen kohtelu on oikeutettavissa vain erittäin painavin syin. Joskus punninnassa etusijan saa kuitenkin konsensusperiaate, jolloin erilainen

---

530 Ks. esim. Radačić 2012; Koldinská 2011b; Besson 2008; Gerards 2005; Arnardottir 2003.

531 Ks. Radačić 2012, 20. Toisaalta esimerkiksi naisten ja miesten erilaisia eläkeikiä koskevissa tapauksissa korostetaan pikemminkin sukupuolten erilaisuutta.

kohtelu on ollut tiukasta oikeuttamistestistä huolimatta oikeutettua. Kansallisilla viranomaisilla on katsottu olevan kansainvälistä tuomioistuinta paremmat edellytykset arvioida tapauksia, joihin liittyy kiperiä moraalikysymyksiä, etenkin jos yhteistä eurooppalaista mittapuuta asiasta ei ole.

7.1.6.2 EIS ja tosiasiallinen tasa-arvo

EIT on oikeuskäytännössään todennut, että erilaisia on kohdeltava eri tavalla. Tietyissä tilanteissa valtiolla on positiivinen velvollisuus kohdella erilaisia eri tavalla, jos siten voidaan korjata epäyhdenvertainen tilanne. Tämän positiivisen velvollisuuden laiminlyönti johtaa syrjinnän kiellon rikkomiseen. Viime aikoina EIT on alkanut käyttää myös välillisen syrjinnän käsitettä EU-oikeuden mallin mukaisesti. Kuten monet ovat todenneet, tämä ilmentää yhdenvertaisuusperiaatteen tosiasiallisen tasa-arvon puolta. Pyrkimystä tosiasialliseen tasa-arvoon, sen ihmisarvoa korostavaan ulottuvuuteen, kuvastaa hyvin myös se, että EIT on katsonut perheväkivallan olevan yksi naisiin kohdistuvan syrjinnän muoto. Kuten Radačić on todennut, tämä ilmentää myös radikaalifeinistien ajatusta tasa-arvosta.[532] Keskeinen kysymys ei enää ole se, ovatko sukupuolet samanlaisia vai erilaisia, vaan se, miten valtasuhteet jakautuvat sukupuolten välillä.

Ihmisoikeussopimus ei mene kuitenkaan niin pitkälle, että valtioilla olisi velvollisuus ryhtyä positiiviseen erityiskohteluun epätasa-arvoisuuksien poistamiseksi. Tämä ilmenee suoraan kahdennentoista lisäpöytäkirjan selitysmuistiosta. Tämä lähtökohta taas ilmentää yhdenvertaisuusperiaatteen muodollisempaa puolta, joka sallii positiiviset erityistoimet, mutta ei velvoita niihin. Rajanveto sen suhteen, mikä on syrjinnän estämistä (kohtelemalla erilaista eri tavalla) ja mikä syrjinnän kieltojen yli menevää tasa-arvon edistämistä (tasa-arvon edistämisvelvollisuus), on hyvin vaikeaa.[533] Tämä ilmenee esimerkiksi romanien asuntovaunutapauksista. Yhtäältä tuomioissa todettiin, että romanien haavoittuvainen asema vähemmistönä tarkoittaa, että heidän tarpeensa ja elintapansa tulee säännöksiä laadittaessa ja niitä sovellettaessa ottaa erityisesti huomioon. Kuitenkin tuomioissa päädyttiin siihen, että kyse ei ollut syrjinnästä – erilaisia ei tarvinnut kohdella eri tavalla – koska menettelylle oli ollut objektiivisia ja kohtuullisia perusteita. Keskeinen kysymys onkin, milloin syrjinnän kiellon asettama velvollisuus kohdella erilaista eri tavalla muuttuu vain mahdollisuudeksi edistää tasa-arvoa.

Entä mitä voidaan sanoa tosiasiallisen tasa-arvon transformatiivisesta, muutokseen pyrkivästä ulottuvuudesta? Stereotypioiden purkamisen tärkeyttä ko-

532 Radačić 2012.
533 Ks. myös Arnardottir 2003, 116.

rostavat tapaukset ilman muuta ilmentävät tätä tasa-arvon ulottuvuutta. EIT:n suhtautuminen sukupuoleen liittyviin stereotypioihin on ollut kuitenkin hieman vaihtelevaa. Stereotypioiden purkamista on vaikeuttanut etenkin konsensusperiaate ja valtion harkintamarginaalia koskeva doktriini. Lisäksi on otettava huomioon se, että syrjinnän kielloin on vaikea tarttua sosiaaliseen ja taloudelliseen eriarvoisuuteen, jonka juuret ovat syvällä. Kuten Morag Goodwin on todennut romanitapauksia kommentoidessaan, romanilasten tosiasiallisen aseman muuttamiseksi ei vielä riitä se, että he saavat osallistua opetukseen yhdessä muiden lasten kanssa ilman että heidät eristetään omiin ryhmiinsä. Eriarvoistavat rakenteet jäävät kuitenkin ennalleen. Köyhät elinolosuhteet, heikko terveydenhuolto, luku- ja kirjoitustaidottomat vanhemmat ja niin edelleen – nämä kaikki ovat osa kokonaisuutta, joka tulisi ottaa huomioon heidän asemansa parantamiseksi.[534] Vasta silloin voidaan puhua tosiasiallisen tasa-arvon transformatiivisesta ulottuvuudesta.

7.2 CEDAW-SOPIMUS

Merkittävin naisten syrjinnän kieltävä kansainvälinen sopimus on YK:n *kaikkinaisen naisten syrjinnän poistamista koskeva yleissopimus* vuodelta 1979 (SopS 67–68/1986; Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women eli CEDAW-sopimus), jonka nimestäkin voi jo päätellä, että sen tavoitteena on nimenomaan naisten kaikenlaisen syrjinnän poistaminen. Sopimuksen soveltamisala on hyvin laaja; se velvoittaa sopimusvaltiot poistamaan naisiin kohdistuvan kaikenlaisen syrjinnän kaikilla aloilla, kuten poliittisessa ja julkisessa elämässä (7 artikla), koulutuksen alalla (10 artikla), työelämässä (11 artikla), terveydenhoidon alalla (12 artikla), talous- ja yhteiskuntaelämän aloilla (13 artikla) ja avioliitossa ja perheessä (16 artikla). Sopimuksen tavoite on kuitenkin paljon haasteellisempi kuin ”vain” syrjinnän poistaminen. Se pyrkii myös muuttamaan niitä syrjinnän taustalla olevia rakenteita, jotka ovat naisten ja miesten tosiasiallisen tasa-arvon esteenä.[535] Tämän vuoksi sopimuksen on todettu poikkeavan merkittävästi aiemmista ihmisoikeussopimuksista ja määrittävän syrjinnän aivan uudesta näkökulmasta.[536] Kuten Charlesworth ja Chinkin toteavat, naisten kannalta tasa-arvon esteenä on ennen kaikkea se, että heillä ei ole todellista taloudellista, sosiaalista tai poliittista valtaa niin julkisella kuin yksityiselläkään elämänalueella.[537] Tällöin tarvitaan me-

534 Morag 2008.
535 Ks. General recommendation No. 25 (2004), kohta 14.
536 Nousiainen 2001, 235; Pentikäinen 2002, 75; Cook – Cusack 2010. Ks. myös Holtmaat – Naber 2011; Freeman ym. 2011; Westendorp (toim.) 2012; Hellum – Sinding Aasen (toim.) tulossa 2013.
537 Charlesworth – Chinkin 2000, 229.

kanismeja, joiden avulla syrjiviä valtarakenteita voidaan muuttaa. Paitsi että syrjinnän käsitteeseen on tuotava uusia elementtejä ja painotuksia, tarvitaan myös tosiasiallisen tasa-arvon muita edistämistoimia. Kyse on siitä, mistä Fredman on käyttänyt käsitettä *transformative equality*.

CEDAW-sopimuksen täytäntöönpanoa valvoo Naisten syrjinnän poistamista käsittelevä komitea (ns. CEDAW-komitea), jolle valtioiden tulee antaa määräaikaisraportteja sopimuksen määräysten toteutumisesta (18 artikla).[538] Suomen määräaikaisraportteja koskevissa loppupäätelmissään komitea on esittänyt huolensa muun muassa naisiin kohdistuvan väkivallan yleisyydestä Suomessa, prostituutiosta sekä naisten vähäisestä osuudesta korkeissa asemissa yksityisellä sektorilla ja tiedemaailmassa. Työelämän osalta se on edellyttänyt toimenpiteitä naisten työmarkkina-aseman parantamiseksi. Erityisesti se on kiinnittänyt huomiota työmarkkinoiden jakautumiseen naisten ja miesten töihin, palkkaeroon, naisten määräaikaisiin työsuhteisiin, naisten laittomiin irtisanomisiin raskauden ja synnytyksen vuoksi sekä siihen, että naiset jäävät miehiä pitemmiksi ajoiksi perhevapaille. Komitea on kiinnittänyt huomiota myös moniperusteiseen syrjintään, etenkin maahanmuuttajanaisten, romaninaisten, saamelaisnaisten ja vammaisten naisten asemaan.[539]

Vuodesta 2000 lähtien on ollut voimassa sopimuksen valinnainen pöytäkirja, jolla otettiin käyttöön yksilövalitusjärjestelmä. Nyt siis yksityisillä henkilöillä tai henkilöryhmillä on mahdollisuus tehdä valituksia CEDAW-komitealle sopimuksen rikkomisesta, ja komitea voi myös oma-aloitteisesti tutkia sopimusrikkomuksia.[540] Sen esittämät näkökannat ovat kuitenkin vain suositusluontoisia. Jos se toteaa sopimusrikkomuksen, se suosittaa yleensä taloudellista korvausta uhrille ja antaa lisäksi yleisiä, usein hyvin yksityiskohtaisiakin ohjeita sopimusvaltiolle siitä, miten sen tulisi muuttaa lainsäädäntöään tai käytäntöjään, jotta se täyttäisi sopimusvelvoitteensa. Komitea antaa myös yleissuosituksia (*General recommendations*) sopimusartiklojen tulkinnasta (21 artikla). Se on todennut, että yleissuositukset ovat auktoritatiivisia tulkintavälineitä sopimusvelvoitteita tulkittaessa, ja onkin viitannut niihin käsittelemissään valituksissa.[541]

CEDAW-sopimus jakautuu kuuteen osaan. Ensimmäisessä osassa (1–6 artiklat) määritetään sopimusvaltioiden ydinvelvoitteet. Toinen osa (7–9 artiklat) turvaa naisten yhtäläiset oikeudet politiikassa ja julkisella elämänalueella, kol-

538 Ks. komitean toiminnasta Cook – Cusack 2009, 211–221; Cook – Cusack 2010, 131–172.

539 Ks. CEDAW/C/FIN/CO/6, Naisten syrjinnän poistamista käsittelevän komitean loppupäätelmät: Suomi, 18.7.2008.

540 CEDAW-sopimuksen valinnainen pöytäkirja yksilövalitusmenettelystä (1999; SopS 20–21/2001) tuli Suomessa voimaan 29.3.2001.

541 Ks. esim. *T.P.F. v. Peru*, Communication No. 22/2009 (17.10.2011); *Maria de Lourdes da Silva Pimentel v. Brasilia,* Communication No. 17/2008 (25.7.2011); *Karen Tayag Vertido v. Filippiinit*, Communication No. 18/2008 (16.7.2010); *V.K. v. Bulgaria*, Communication No. 20/2008 (25.7.2011); *Inga Abramova v. Valko-Venäjä*, Communication No. 23/2009 (25.7.2011).

mas osa (10–14 artiklat) taas taloudelliset ja sosiaaliset oikeudet. Neljäs osa (15–16 artiklat) takaa naisten ja miesten oikeudellisen tasa-arvon sekä tasa-arvon avioliitossa ja perhesuhteisiin liittyvissä asioissa. Viidennessä osassa (17–22 artiklat) käsitellään Naisten syrjinnän poistamista käsittelevän komitean toimintaa, ja kuudennessa osassa (23–30 artiklat) sopimukseen liittymistä koskevia kysymyksiä ja siitä seuraavia valtioiden oikeudellisia velvoitteita.

Syrjinnän määritelmä sisältyy sopimuksen 1 artiklaan, jonka mukaan ”naisten syrjintä tarkoittaa kaikkea sellaista sukupuolen perusteella tapahtuvaa syrjintää, poissulkemista tai rajoittamista, jonka vaikutus tai tarkoitus on heikentää naisille – miesten ja naisten tasa-arvon pohjalta ja siviilisäädystä riippumatta – kuuluvien yhtäläisten ihmisoikeuksien ja perusvapauksien tunnustamista, nauttimista ja toteuttamista poliittisella, taloudellisella, yhteiskunnallisella, sivistyksellisellä, kansalaisoikeuksiin liittyvällä tai muilla aloilla, tai mitätöidä nämä oikeudet” (1 artikla). Syrjinnän kielto kattaa sekä välittömän että välillisen syrjinnän. CEDAW-komitea on todennut, että välillisellä syrjinnällä tarkoitetaan sopimuksessa tilannetta, jossa ”a law, policy, programme or practice appears to be neutral in so far as it relates to men and women, but has a discriminatory effect in practice on women because pre-existing inequalities are not addressed by the apparently neutral measure”. Välillisen syrjinnän käsite pyrkii ottamaan huomioon naisten ja miesten erilaisen elämäntilanteen, epätasaiset valtasuhteet sekä rakenteelliset ja historialliset syrjinnän muodot silloin, kun muodollisesti yhdenvertainen kohtelu vain pahentaisi taustalla olevia tasa-arvo-ongelmia.[542]

CEDAW-komitea on todennut, että *sopimuksen tulkinnallisen viitekehyksen* muodostavat syrjinnän kiellon sisältävän 1 artiklan lisäksi artiklat 2–5 sekä 24, jotka tulisi ymmärtää yhtenä kokonaisuutena.[543] Sopimusvaltioiden *ydinvelvoitteet*[544] määrittävän 2 artiklan mukaan sopimusvaltioiden tulee sisällyttää kansallisiin perustuslakeihinsa tai muuhun lainsäädäntöön miesten ja naisten tasa-arvon periaate ja varmistaa periaatteen toteuttaminen käytännössä (2 artiklan a kohta), hyväksyä lainsäädäntö- ja muut toimet, jotka kieltävät naisten syrjinnän ja liittävät tarvittaessa kiellon rikkomiseen sanktioita (2 artiklan b kohta), turvata naisten oikeuksien juridisen suojaamisen samoin perustein kuin miesten-

---

542 Ks. General recommendation No. 28 (2010), kohta 16. Yleissuosituksessa todetaan, että sukupuolineutraali lainsäädäntö, politiikka tai ohjelma voi tarkoituksettomasti vahvistaa menneisyydessä tapahtuneen syrjinnän vaikutuksia. Lainsäädäntö tms. on voitu muotoilla miesten elämäntyylin mukaiseksi jättäen naisnäkökulman huomiotta, vaikka naisten ja miesten elämäntilanteet voivat olla erilaisia. Sukupuolten erilainen kohtelu voi johtua stereotyyppisistä odotuksista, asenteista tai käyttäytymisestä, joiden taustalla on naisten ja miesten väliset biologiset erot. Välillinen syrjintä voi pahentaa olemassa olevaa epäyhdenvertaisuutta, koska rakenteellisia ja historiallisia syrjinnän muotoja ja miesten ja naisten epätasa-arvoisia valtasuhteita ei havaita. Ks. myös General recommendation No. 25 (2004), alav. 1.

543 General recommendation No. 25 (2004), kohta 6.

544 Ks. General recommendation No. 28 (2010).

kin ja varmistamaan tehokas suoja syrjintää vastaan tuomioistuimissa (2 artiklan c kohta), pidättyä kaikista naisia syrjivistä toimista tai käytännöistä (2 artiklan d kohta), ryhtyä kaikkiin tarvittaviin toimiin yksityisten taholta tapahtuvan syrjinnän poistamiseksi (2 artiklan e kohta), ryhtyä kaikkiin tarvittaviin toimiin olemassa olevien naisia syrjivien lakien ja muiden säännösten, tapojen ja käytäntöjen muuttamiseksi tai poistamiseksi (2 artiklan f kohta) ja kumota kaikki sellaiset kansalliset rikosoikeudelliset määräykset, jotka merkitsevät naisiin kohdistuvaa syrjintää (2 artiklan g kohta).

CEDAW-sopimuksen 2 artiklaa koskevassa yleissuosituksessa CEDAW-komitea toteaa, että 2 artikla velvoittaa sopimusvaltioita kunnioittamaan, suojelemaan ja toteuttamaan (*to respect, protect and fulfil*) naisten oikeuksia syrjimättömyyteen ja yhdenvertaisuuteen. Velvollisuus *kunnioittaa* naisten oikeutta syrjimättömyyteen tarkoittaa, että lainsäädännössä, politiikoissa ja muissa julkisen vallan säännöstöissä, ohjelmissa tai hallinnollisissa käytännöissä tai rakenteissa ei välittömästi tai välillisesti kielletä naisilta heidän yhtäläisiä kansalais-, poliittisia, taloudellisia, sosiaalisia tai kulttuurisia oikeuksiaan. Velvollisuus *suojella* tarkoittaa sitä, että valtioiden tulee suojella naisia syrjinnältä myös horisontaalisuhteessa eli yksityisten välillä (*a due diligence obligation*[545]). Valtioiden tulee myös ryhtyä toimiin, joiden tavoitteena on poistaa traditionaaliset ja muut käytännöt, jotka vahvistavat käsitystä toisen sukupuolen alemmuudesta tai ylemmyydestä ja stereotyyppisistä sukupuolirooleista. Velvollisuus *toteuttaa* tarkoittaa, että valtiot ryhtyvät erilaisiin toimiin varmistaakseen sen, että naiset ja miehet nauttivat yhtäläisistä oikeuksista muodollisesti (*de jure*) ja tosiasiallisesti (*de facto*). Tämä tarkoittaa myös väliaikaisten positiivisten erityistoimien käyttämistä 4 artiklan mukaisesti.[546] Valtioiden tulee ryhtyä tarvittaviin toimiin myös poistaakseen moniperusteisen syrjinnän. Moniperusteinen syrjintä tulee kieltää lainsäädännössä, ja sen poistamiseksi tulee ryhtyä myös muihin aktiivisiin toimiin, tarvittaessa positiiviseen erityiskohteluun.[547]

Tuomioistuinten kannalta tärkeä säännös on 2 artiklan c kohta, jonka mukaisesti tuomioistuinten tulee taata naisille tehokas suoja kaikkia syrjintätoimia vastaan. Komitea on todennut, että valtion velvollisuutena onkin sen varmistaminen, että tuomioistuimet soveltavat yhdenvertaisuusperiaatetta sopimuksessa tarkoitetulla tavalla, ja tulkitsevat lakia ”*to the maximum extent as possible*” sopimusvelvoitteiden mukaisesti. Jos tämä ei ole mahdollista, tuomioistuimen tulisi kiinnittää asianmukaisten viranomaisten huomio siihen, että kansallisen

---

545 General recommendation No. 28 (2010), kohta 13.

546 General recommendation No. 28 (2010), kohta 9.

547 General recommendation No. 28 (2010), kohta 18. Ks. myös tapaus *Maria de Lourdes da Silva Pimentel v. Brasilia*, Communication No. 17/2008 (25.7.2011), kohta 7.7. Komitea katsoi, että tapauksessa oli kyse paitsi sukupuolisyrjinnästä, myös syrjinnästä etnisen ja sosio-ekonomisen taustan perusteella. Valittajan tytär oli kuollut raskauden ja synnytyksen aiheuttamiin komplikaatioihin, koska ei ollut saanut tarvittavaa hoitoa tarpeeksi nopeasti.

lain ja sopimuksen välillä on ristiriita. Kansallista lainsäädäntöä ei koskaan voida käyttää oikeuttamisperusteena valtioiden kansainvälisten velvoitteiden loukkaukselle.[548]

Naisten *tosiasiallisen, de facto aseman parantamista* edellyttää 3 artikla, joka velvoittaa sopimusvaltiot kaikkiin asianmukaisiin toimiin erityisesti poliittisella, sosiaalisella, taloudellisella ja sivistyksellisellä alalla varmistaakseen naisten täyden kehityksen ja etenemisen, jotta heillä olisi miesten kanssa tasa-arvoiset mahdollisuudet nauttia ihmisoikeuksista ja perusvapauksista. CEDAW-sopimuksen tavoitteena on siis tosiasiallinen tasa-arvo, ei vain muodollinen yhdenvertaisuus. Tavoitteena on komitean mukaan tulosten tasa-arvo, joka nähdään tosiasiallisen tasa-arvon periaatteen loogisena seurauksena. Tulokset voivat olla luonteeltaan kvalitatiivisia tai kvantitatiivisia – tulosten tasa-arvolla tarkoitetaan sitä, että naiset ja miehet nauttivat oikeuksistaan yhtäläisesti eri aloilla, esimerkiksi samasta palkasta, osallistuvat yhtäläisesti päätöksentekoon ja politiikkaan, eikä heihin kohdistu väkivaltaa. Sopimuksessa tunnustetaan kuitenkin se, että naisten asema ei parane, ellei syrjinnän taustalla oleviin syihin tartuta tehokkaasti. Tavoitteena tulisikin olla todellinen rakenteiden muutos, jotta historiallisesti määritelty miehinen malli murtuisi.[549] Sukupuolten välisen tasa-arvon periaate tarkoittaa komitean mielestä sitä, että kaikki ihmiset, sukupuolestaan riippumatta, voivat vapaasti kehittää omia kykyjään, valita vapaasti ammattinsa ja edetä urallaan sekä tehdä elämänvalintojaan ilman rajoituksia, jotka liittyvät stereotypioihin ja käsityksiin sukupuolirooleista.[550]

Väliaikaisia erityistoimia (*temporary special measures*)[551] eli positiivista erityiskohtelua koskee 4 artikla, jonka 1 kohdan mukaan väliaikaisia erityistoimia, joiden tarkoituksena on edistää tosiasiallista tasa-arvoa, ei katsota syrjinnäksi. Komitea on todennut, että erityistoimet eivät ole myöskään poikkeus syrjinnän kiellosta ja yhdenvertaisuudesta, vaan keino edistää naisten *de facto* eli tosiasiallista tasa-arvoa. Niiden tavoitteena on saada aikaan rakenteellisia, sosiaalisia ja kulttuurisia muutoksia, jotka ovat välttämättömiä entisten ja nykyisten syrjinnän muotojen ja vaikutusten korjaamiseksi. [552] Vaikka erityistoimet usein pyrkivätkin korjaamaan aiemmin tapahtuneen syrjinnän vaikutuksia, val-

---

548 General recommendation No. 28 (2010), kohta 33.

549 General recommendation No. 25 (2004), kohdat 8–9.

550 General recommendation No. 28 (2010), kohta 22.

551 Ks. terminologiasta General recommendation No. 25 (2004), kohta 17. Komitea toteaa, että se on aiemmin käyttänyt erilaisia termejä kuvaamaan 4 artiklan väliaikaisia erityistoimia. Se on käyttänyt mm. Yhdysvalloista peräisin olevaa termiä *affirmative action* sekä Euroopan kontekstissa käytössä olevaa termiä *positive action*. Komitea kiinnittää kuitenkin huomiota siihen, että termi *positive state action* viittaa kansainvälisessä oikeudessa myös valtion positiivisiin velvollisuuksiin (verrattuna valtion velvollisuuteen pysyä passiivisena), joten sekaannusten välttämiseksi komitea käyttää CEDAW-sopimuksen kontekstissa käsitettä *temporary special measures*.

552 General recommendation No. 25 (2004), kohta 14 ja 18.

tion velvollisuus tosiasiallisen tasa-arvon edistämiseen ei riipu siitä, onko menneestä syrjinnästä näyttöä vai ei.[553] Erityistoimet eivät kuitenkaan saa johtaa eriarvoisten tai erillisten normien ylläpitämiseen, eli toimenpiteistä tulee luopua, kun yhtäläisten mahdollisuuksien ja tasa-arvoisen kohtelun päämäärät on saavutettu.

Artiklan 2 kohdan mukaan syrjinnäksi ei katsota myöskään äitiyssuojaa koskevia erityistoimia. Komitea kiinnittää kuitenkin huomiota siihen, että naisten erityiset tarpeet voivat myös muuttua ja vaihdella yhteiskunnassa tapahtuvan kehityksen myötä. Erityistoimien asianmukaisuutta tulisikin tarkastella kulloisenkin tilanteen mukaan.[554]

Komitea huomauttaa lisäksi, että kaikki toimet, jotka parantavat naisen asemaa, eivät välttämättä ole väliaikaisia erityistoimia. Valtioiden tuleekin erottaa väliaikaiset erityistoimet, joiden tavoitteena on naisten tosiasiallisen tasa-arvon edistäminen, muusta yleisestä sosiaalipolitiikasta, jonka tavoitteena on naisten aseman parantaminen.[555] Toimien *erityisyydellä* viitataan siihen, että niiden päämääränä on erityinen tavoite. *Toimilla* taas voidaan tarkoittaa erilaisia lainsäädännöllisiä, hallinnollisia tai muita instrumentteja, poliitikkoja ja käytäntöjä, kuten erilaisia ohjelmia, erityiskohtelua esimerkiksi työhönotossa ja ylennyksissä tai kiintiöitä.[556] Komitea toteaa, että valtioilla on *velvollisuus* ryhtyä väliaikaisiin erityistoimiin turvatakseen sopimuksen 6–16 artiklojen suojaamat oikeudet, jos toimet katsotaan välttämättömiksi ja soveltuviksi tosiasiallisen tasa-arvon edistämiseksi. Tämä positiivinen velvollisuus voidaan johtaa sopimuksen tulkinnallisen viitekehyksen muodostavista artikloista 1–5 sekä 24.[557]

Naisten ja miesten stereotyyppisiä roolijakoja ja syrjiviä käytäntöjä pyritään muuttamaan 5 artiklalla, jonka mukaan ”sopimusvaltioiden tulee ryhtyä kaikki tarvittaviin toimenpiteisiin a) muuttaakseen miesten ja naisten sosiaalisia ja sivistyksellisiä käyttäytymiskaavoja poistaakseen ennakkoluulot ja tapaan tai muuhun perustuvat käytännöt, joiden lähtökohtana on käsitys jommankumman sukupuolen alemmuudesta tai ylemmyydestä tai kaavamainen miesten ja naisten roolijako; b) varmistaakseen, että perhekasvatukseen kuuluu äitiyden yhteiskunnallisen funktion asianmukainen ymmärtäminen ja miesten ja naisten yhteisen vastuun tunnustaminen lastensa kasvattamisessa ja kehityksessä, pitäen mielessä, että lasten etu on kaikissa tapauksissa otettava ensisijaisesti huomioon.” Yhdessä syrjinnän kieltävän 1 artiklan ja 2 artiklan f kohdan kanssa tämä 5 artiklan a kohta kieltää sosiaaliseen sukupuoleen perustuvan syrjinnän.[558] Tällä komitea viittaa muun muassa sosiaalisesti konstruoituihin suku-

---

553 General recommendation No. 25 (2004), kohta 18.
554 General recommendation No. 25 (2004), kohta 11, 15–16.
555 General recommendation No. 25 (2004), kohta 19 ja 26.
556 General recommendation No. 25 (2004), kohta 21–22.
557 General recommendation No. 25 (2004), kohta 23–24.
558 Ks. General recommendation No. 28 (2010), kohta 5.

puolirooleihin, jotka aiheuttavat naisille haittaa ja suosivat miehiä. Esimerkiksi äitiyteen liittyvät stereotypiat ovat luoneet naiselle roolin lasten ensisijaisena hoitajana, mikä estää naisten osallistumista julkisella elämänalueella kuten työelämässä ja politiikassa.[559]

Stereotypioita voi olla monenlaisia. Esimerkiksi komitean käsittelemässä tapauksessa *T.P.F. v. Peru* kyse oli muun muassa 5 ja 12 artiklan loukkauksesta, kun raiskatulle ja raskaaksi tulleelle 13-vuotiaalle tytölle ei tämän itsemurhayrityksen jälkeen tehty tarvittavaa leikkausta, koska leikkaus olisi ollut vaaraksi sikiölle. Päätös leikkaamatta jättämisestä perustui komitean mukaan stereotyyppiselle käsitykselle siitä, että sikiön suojelu menee äidin terveyden edelle. Raiskaukseen ja raiskauksen uhrin käyttäytymiseen liittyviä stereotyyppisiä käsityksiä ja sukupuolittuneita myyttejä käsiteltiin tapauksessa *Karen Tayag Vertigo v. Filippiinit*, jossa todettiin muun muassa 5 artiklan loukkaus, kun vapauttava raiskaustuomio oli perustunut stereotyyppisille käsityksille siitä, miten nainen käyttäytyy tultuaan raiskatuksi.[560]

Viimeinen CEDAW-sopimuksen tulkinnallisen viitekehyksen muodostavista artikloista on 24 artikla, jossa todetaan, että ”sopimusvaltiot sitoutuvat ryhtymään kansallisella tasolla kaikkiin tarvittaviin toimenpiteisiin, joilla pyritään täysimittaisesti toteuttamaan tässä yleissopimuksessa tunnustetut oikeudet”. Valtioilla on näin ollen *positiivinen velvollisuus* toteuttaa tosiasiallinen tasa-arvo, johon sopimuksella pyritään.[561]

Näiden sopimuksen tulkintaa ohjaavien ydinartiklojen perusteella CEDAW-komitea on todennut, että sopimuksella on luotu sopimusvaltioille kolme keskeistä velvoitetta.[562] Ensinnäkin sopimusvaltioiden tulee varmistaa, että lainsäädännössä ei ole naisia välittömästi tai välillisesti syrjiviä säännöksiä, ja että viranomaiset, tuomioistuimet, organisaatiot, yritykset tai yksityiset henkilöt eivät syrji naisia julkisella tai yksityisellä elämänalueella. Toiseksi, sopimusvaltioilla on velvollisuus parantaa naisten *de facto* tilannetta konkreettisesti ja tehokkaasti. Komitea on itse todennut tämän velvoitteen ilmentävän lopputulosten tasa-arvoa. Kolmanneksi, sopimusvaltioilla on velvollisuus tarttua sitkeisiin sukupuoleen perustuviin stereotypioihin niin lainsäädännössä, oikeudellisissa ja sosiaalisissa rakenteissa kuin instituutioissakin. Tämä velvollisuus ilmentää tosiasiallista tasa-arvoa muutokseen pyrkivänä tasa-arvona (*transformative equality*). Nämä sopimusvaltioiden positiiviset velvoitteet voidaan nähdä myös koko CEDAW-sopimuksen kolmena eritasoisena, mutta osin päällekkäisenä tavoitteena:[563]

---

559 Ks. tarkemmin Cook – Cusack 2010.
560 Ks. Cusack – Timmer 2011.
561 Näin myös Olivier de Schutter 2007, 784.
562 General recommendation No. 25 (2004), kohdat 6–7.
563 Ks. Holtmaat – Tobler 2005, 404; Cusack – Cook 2009, 206.

1) välittömän ja välillisen syrjinnän poistaminen lainsäädännöstä, viranomaistoiminnasta ja yksityisten välisistä suhteista;
2) naisten tosiasiallisen aseman parantaminen ja
3) sukupuoleen perustuvien stereotypioiden purkaminen.

CEDAW-sopimus eroaa monessa suhteessa muista ihmisoikeussopimuksista. Ensinnäkin kaikkien sen säännösten tarkoituksena on parantaa *naisten* asemaa. Sillä on siis selvästi asymmetrinen lähestymistapa syrjintään.[564] Sopimuksessa lähdetään oletuksesta, että naiset ovat yleensä huonommassa asemassa kuin miehet. Tämän vuoksi sukupuolten tosiasiallisen tasa-arvon toteuttamiseksi on välttämätöntä laatia säännöksiä juuri naisten aseman parantamiseksi. Tämä asymmetrinen lähestymistapa voi kuitenkin johtaa ristiriitaan sopimusvaltioita sitovien muiden velvoitteiden kanssa.[565] Esimerkiksi CEDAW-sopimuksen edellyttämät väliaikaiset erityistoimet voivat olla ristiriidassa EU-oikeuden kanssa, koska niiden voidaan katsoa rikkovan EU-oikeuden mukaista syrjinnän kieltoa (joka tässä tapauksessa antaa suojaa miehille). Esimerkiksi Norja viittasi muun muassa CEDAW-sopimuksen 4 artiklaan perustellessaan Oslon yliopiston akateemisten virkojen naiskiintiöitä. EFTA-tuomioistuin kuitenkin katsoi, että CEDAW-sopimuksen perusteella ei voi rikkoa EU-oikeutta. Se totesi, että ihmisoikeussopimukset yleensä vain sallivat positiivisen erityiskohtelun, eivät velvoita siihen.[566] Naisten syrjinnän poistamista käsittelevän komitean yleissuosituksen No. 25 mukaan tämä ei tosin ainakaan enää pidä paikkaansa. Komiteahan katsoi yleissuosituksessaan, että väliaikaisiin erityistoimiin ryhtyminen on valtioiden *velvollisuus*, jos ne katsotaan välttämättömiksi ja soveltuviksi tosiasiallisen tasa-arvon edistämiseksi. Ristiriitaisuuksia kuitenkin syntyy, ja tämän vuoksi monet ovat esittäneet, että eri järjestelmiä tulisi yhtenäistää.[567]

Toiseksi, sopimuksessa ylitetään jako ensimmäisen ja toisen sukupolven ihmisoikeuksiin, ja tunnustetaan se, että naisille kansalais- ja poliittiset oikeudet ovat merkityksettömiä, ellei ensin kiinnitetä huomiota taloudelliseen, sosiaaliseen ja kulttuuriseen kontekstiin, jossa ne toimivat.[568]

Kolmanneksi, CEDAW jättää enemmän tilaa moninaisuudelle eikä keskity niinkään samanlaisuuteen tai erilaisuuteen. Tällöin naisten ei tarvitse mukautua miehisiin standardeihin ja normeihin. CEDAW edellyttää, että juuri näitä mie-

564 Holtmaat – Tobler 2005, 403. Ks. symmetrisestä ja asymmetrisestä lähestymistavasta esim. Schiek – Waddington – Bell 2007, 30–31; Schiek 2002.
565 Gerards 2007, 71–73.
566 Tapaus E-1/02 (24.1.2003), tuomion kohta 58.
567 Ks. Holtmaat – Tobler 2005.
568 Charlesworth – Chinkin 2000, 217.

hisiä normeja ja standardeja tarkastellaan ensin kriittisesti ja tarvittaessa muutetaan siten, että ne huomioivat myös naisten tarpeet.[569]

Neljänneksi, CEDAW-sopimuksessa yhdenvertaisuus ymmärretään laajasti, ei vain muodollisena yhdenvertaisuutena, eikä vain tosiasiallisena tasa-arvona siinä mielessä, että naisten erilaisuus otettaisiin huomioon, vaan myös muutokseen pyrkivänä tosiasiallisena tasa-arvona siten kuin Fredman on sen määritellyt (*transformative equality*). Sopimuksella siis pyritään paitsi poistamaan syrjintä, myös muuttamaan syrjinnän taustalla olevia rakenteita ja stereotyyppisiä käsityksiä sukupuolirooleista ja sukupuolten asemasta.[570] Tässä mielessä sopimus onkin nähty hyvin merkittävänä instrumenttina.[571] Feministisessä oikeustutkimuksessa erilaisiin sukupuolia koskeviin stereotypioihin on kiinnitetty viime vuosina paljon huomiota.[572] Kuten Rebecca Cook on esittänyt, sopimuksen 5 a artikla yhdessä 2 f artiklan kanssa luovat valtioille vahvan velvoitteen poistaa kaikenlaiset syrjivät käytännöt ja tavat.[573]

Viidenneksi, sopimuksella pyritään ylittämään julkisen ja yksityisen elämänalueen ero sääntelemällä perheen sisäisiä kysymyksiä ja puolisoiden ja vanhempien oikeuksia (16 art). Toisin kuin esimerkiksi KP- ja TSS-sopimuksessa, CEDAW-sopimuksessa ei todeta, että perhe on yhteiskunnan luonnollinen ja perustavaa laatua oleva yhteisö, jolla on oikeus valtion suojeluun.[574] Nousiainen on huomauttanut, että perheen suoja tarkoittaa tässä yhteydessä lähinnä vain suojaa valtion väliintuloa vastaan. Valtio ei voi puuttua perheen sisäisiin asioihin kuten sen työnjakoihin ja rooleihin.[575] CEDAW-sopimuksessa korostetaan sen sijaan miesten ja naisten yhteistä vastuuta lasten kasvattamisessa (5 artikla b kohta).

Sopimuksen johdannossa nähdään äitiys selvästi positiivisessa valossa. Siinä korostetaan äitiyden yhteiskunnallista merkitystä sekä molempien vanhempien tehtäviä ja merkitystä perheessä ja lastenkasvatuksessa. Siinä todetaan myös, että naisten osa synnyttäjinä ei saa johtaa syrjintään vaan että lasten kasvattaminen edellyttää vastuun jakamista tasapuolisesti miesten ja naisten ja koko yhteiskunnan kesken. Lisäksi siinä todetaan, että miesten perinteisen roolin samoin kuin naisten yhteiskunnallisen ja perheroolin muutos on tarpeen täyden tasa-arvon saavuttamiseksi. Äitiyttä ei siis ymmärretä sopimuksessa naisen luonnollisena elämäntehtävänä vaan sosiaalisesti määrittyneenä roolina, joka

---

569 Holtmaat – Tobler 2005, 403.
570 Ks. Timmer 2011.
571 Cook 1994; Charlesworth 2000; Mahoney 1994; Schiek 2002; Holtmaat – Tobler 2005; Nousiainen 2001; Pentikäinen 2002.
572 Ks. mm. Cook – Cusack 2010; Timmer 2011.
573 Cook 1994, 240. Näin myös Holtmaat – Tobler 2005.
574 Charlesworth – Chinkin 2000, 217–218. Ks. KP-sopimuksen 23 artikla ja TSS-sopimuksen 10 artikla.
575 Nousiainen 2001, 233.

voidaan määritellä uudelleen[576]. Tämä on ollut juuri se kompastuskivi, joka on heijastanut tasa-arvovaikutuksia myös muille kentille. Kun lasten kasvattaminen on katsottu vain naisten tehtäväksi, heidät on samalla suljettu julkisen elämänalueen, kuten työelämän tai politiikan ulkopuolelle. Äitiyteen liittyvät stereotypiat onkin nähty suurimmaksi esteeksi tosiasiallisen tasa-arvon toteutumisen tiellä. Ne eivät ota huomioon yksilöiden erilaisia tarpeita, kykyjä ja elämäntilanteita, ja rajoittavat heidän mahdollisuuksiaan tehdä omaa elämäänsä koskevia ratkaisuja, jotka saattavat olla ristiriidassa perinteisen stereotypioihin perustuvan äidin roolin kanssa. Vetoaminen tähän stereotypiaan syrjii naisia myös siten, että se vähentää naisten ihmisarvoa olettamalla, että naiset ovat luonnostaan kykenemättömämpiä autonomiseen toimintaan. Tämä johtaa siihen, että kielletään naisten asema moraalisina toimijoina ja rajoitetaan heidän täyttä osallistumistaan kaikilla elämänaloilla.[577] Stereotypiat estävät Senin ja Nussbaumin sanoin ”to be able to be and to do what one values”.

7.3 MUITA IHMISOIKEUSASIAKIRJOJA

Sukupuolisyrjinnän kiellon kannalta keskeisiä ihmisoikeusasiakirjoja ovat Euroopan ihmisoikeussopimuksen ja CEDAW-sopimuksen lisäksi myös YK:n piirissä solmitut *kansalaisoikeuksia ja poliittisia oikeuksia koskeva kansainvälinen yleissopimus* (1966; SopS 7–8/1976; KP-sopimus) sekä *taloudellisia, sosiaalisia ja sivistyksellisiä oikeuksia koskeva kansainvälinen yleissopimus* (1966; SopS 6/1976; TSS-sopimus). Työelämän tasa-arvon kannalta tärkeitä sopimuksia ovat lisäksi eräät ILO:n yleissopimukset[578] sekä Euroopan neuvoston piirissä solmittu *Euroopan sosiaalinen peruskirja*, jonka uudistettu versio tuli Suomessa voimaan vuonna 2002 (SopS 78/2002). Tässä yhteydessä en ryhdy käymään näiden sopimusten sisältöä seikkaperäisesti läpi, vaan tyydyn muutamaan keskeiseen huomioon KP-sopimuksen ja TSS-sopimuksen osalta.

---

576 Nousiainen 2001, 235.

577 Cusack – Cook 2009, 222.

578 Yleissopimus nro 100: Samanarvoisesta työstä miehille ja naisille maksettava sama palkka (1951), yleissopimus nro 111: Työmarkkinoilla ja ammatin harjoittamisen yhteydessä tapahtuva syrjintä (1958; SopS 63/1970), yleissopimus nro 156: Perheenhuoltovelvollisuuksia omaavien mies- ja naistyöntekijöiden samanlaiset mahdollisuudet ja yhdenvertainen kohtelu (1981; SopS), yleissopimus nro 158: Työnantajan toimesta tapahtuva palvelussuhteen päättäminen (1982, SopS), yleissopimus nro 183: Äitiyssuojelusopimuksen (muutettu, 1952) uudistaminen (2000; ei ratifioitu Suomessa, Ks. HE 88/2001).

7.3.1 KP-sopimus

KP-sopimus sisältää sekä epäitsenäisen (2 artiklan 1 kohta) että itsenäisen (26 artikla) syrjinnän kiellon, minkä lisäksi syrjinnän kielto sisältyy myös eräisiin muihin sopimuksen määräyksiin. Naisten ja miesten yhtäläinen oikeus sopimuksessa mainittujen oikeuksien nauttimiseen taataan 3 artiklassa, 4 artiklassa kielletään syrjintä kriisioloissa, 14 artiklan mukaan kaikki ovat yhdenvertaisia tuomioistuimissa, 20 artikla kieltää yllyttämisen syrjintään, 23 artiklan mukaan valtion on turvattava aviopuolisoiden yhdenvertaiset oikeudet ja vastuu avioliitossa, 24 artiklassa kielletään syrjintä lasten suojelussa ja 25 artikla takaa yhtäläisen oikeuden poliittisten osallistumisoikeuksien käyttöön ja pääsyn julkisiin virkoihin. Syrjinnän kiellon sisältyminen näin moneen eri artiklaan osoittaa sen tärkeän merkityksen.[579]

KP-sopimuksen itsenäisen syrjinnän kiellon eli 26 artiklan mukaan ”kaikki ihmiset ovat oikeudellisesti yhdenvertaisia ja oikeutettuja ilman minkäänlaista syrjintää yhtäläiseen lain suojaan. Tässä suhteessa lain tulee kieltää kaikki syrjintä ja taata kaikille henkilöille yhtäläinen ja tehokas suojelu rotuun, ihonväriin, sukupuoleen, kieleen, uskontoon, poliittiseen tai muuhun mielipiteeseen, kansalliseen tai yhteiskunnalliseen alkuperään, omaisuuteen, syntyperään tai muuhun asemaan perustuvaa syrjintää vastaan”. Koska kielto on itsenäinen, sen soveltaminen ei rajoitu vain muiden sopimusartiklojen rikkomista koskeviin tapauksiin.[580] Sopimuksen täytäntöönpanoa valvova ihmisoikeuskomitea (*Human Rights Committee*), joka käsittelee myös yksilövalituksia, onkin ratkaissut muun muassa naisten kannalta tärkeitä sosiaaliturvaan liittyviä kysymyksiä, vaikka niitä ei käsitelläkään itse sopimuksessa.[581] KP-sopimus antaa ihmisoikeuskomitean tulkintakäytännön perusteella suojaa siis myös TSS-oikeuksien alueella.[582]

KP-sopimuksen noudattamista valvova ihmisoikeuskomitea käsittelee yksilövalitusten lisäksi myös sopimusvaltioiden määräaikaiskertomuksia KP-sopimuksen toteuttamisesta (KP-sopimuksen 40 artikla). Se on antanut myös ylei-

---

579 Ojanen – Scheinin 2011b, 240.

580 Ks. esim. ihmisoikeuskomitean yleinen kannanotto N:o 18 (General Comment No. 18. Non-Discrimination: 9.11.1989), kohta 12 ja Nowak 1993, 473.

581 Ks. esim. *F.H. Zwaan de Vries v. Alankomaat*, Communication No. 182/1984 ja *Broeks v. Alankomaat*, Communication No. 172/1984. Tapauksissa naimisissa oleville naisille oli asetettu lisäehto, jonka mukaan työttömyysturvan hakijan oli osoitettava olevansa perheen pääasiallinen elättäjä. Koska vastaavaa ehtoa ei ollut asetettu miehille, ehto katsottiin syrjiväksi.

582 Ojanen – Scheinin 2011b, 241. Ojanen ja Scheinin viittaavat myös tapauksiin *Gueye ym. v. Ranska* (196/1985), jossa maksettiin alempia eläkkeitä Ranskan asevoimissa Afrikassa palvelleille Senegalin kansalaisille kuin samassa asemassa oleville Ranskan kansalaisille, sekä *Young v. Australia* (941/2000), jossa sotaveteraanin kanssa samaa sukupuolta olevalta kumppanilta oli evätty perhe-eläke, vaikka etuus myönnettiin eri sukupuolta oleville naimattomille kumppaneille. Tapauksessa todettiin loukkaus ”sukupuolen tai seksuaalisen suuntautumisen” perusteella.

siä kannanottoja (*General Comments*) sopimusmääräysten tulkinnasta. Ihmisoikeuskomitea on todennut, että 26 artiklan syrjintäkielto tulee ymmärtää samoin kuin kaikkinaisen naisten syrjinnän poistamista koskevassa yleissopimuksessa (CEDAW) ja kaikkinaisen rotusyrjinnän poistamista koskevassa kansainvälisessä yleissopimuksessa (CERD) kaikenlaiseksi ”erotteluksi, poissulkemiseksi tai etuoikeudeksi”, joka perustuu muun muassa sukupuoleen ja jonka ”tarkoituksena tai seurauksena on ihmisoikeuksien tai perusvapauksien tasapuolisen tunnustamisen, nauttimisen tai harjoittamisen mitätöiminen tai rajoittaminen”.[583] Ihmisoikeuskomitea totesi lisäksi, että erilainen kohtelu ei välttämättä ole syrjintää, jos sille on kohtuulliset ja objektiiviset perusteet ja jos tavoitteena on saavuttaa jokin sopimuksen perusteella hyväksyttävä päämäärä (”*the criteria for such differentiation are reasonable and objective and if the aim is to achieve a purpose which is legitimate under the Covenant*”).[584] Näin määritellyt oikeuttamisperusteet vastaavat Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännössä muotoutuneita oikeuttamisperusteita.

Ihmisoikeuskomitean oikeuskäytäntö osoittaa, että syrjinnän kielto kattaa myös välillisen syrjinnän. Tapauksessa *Althammer v. Itävalta*[585] (2003) välillinen syrjintä määritellään näennäisen neutraaliksi säännökseksi tai käytännöksi, joka johtaa epäsuhtaisesti kohdistuneisiin kielteisiin vaikutuksiin jonkin ihmisryhmän kannalta ja jolla ei ole objektiivisia ja kohtuullisia perusteita.[586] Tapauksessa *Derksen v. Alankomaat* (2004) se totesi, että 26 artikla kattaa sekä välittömän että välillisen syrjinnän, ja että välillinen syrjintä tarkoittaa sitä, että näennäisen neutraali sääntö tai toimenpide johtaa syrjintään, jos sillä on ”exclusive or disproportionate adverse effect on a certain category of persons… if it is not based on objective and reasonable criteria”.[587]

---

583 General Comment No. 18 (1989), kohta 6–7.

584 General Comment No. 18 (1989), kohta 13. Ks. myös *Süsser v. Tšekki*, Communication No. 1488/2006, kohta 7.2; *Vjatseslav Tsarjov v. Viro*, Communication No. 1223/2003; *X v. Kolumbia*, Communication No. 1361/2005; *Haraldsson ja Sveinsson v. Islanti,* Communication No. 1306/2004.

585 *Althammer v. Itävalta*, Communication No. 998/01, 8.8.2003.

586 *Althammer v. Itävalta*, kohdassa 10.2. todetaan näin: ”The Committe recalls that a violation of article 26 can also result from the discriminatory effect of a rule or measure that is neutral at face value or without intent to discrimination. However, such indirect discrimination can only be said to be based on the grounds enumerated in Article 26 of the Covenant if the detrimental effects of a rule or decision *exclusively or disproportionaly* affect persons having a particular […] sex. Furthermore, rules or decisions with such an impact do not amount to discrimination if they are based on objective and reasonable grounds.” (kursiivi tässä) Komitea katsoo siis välillisesti syrjiväksi sellaiset säännöt tai menettelyt, jotka ovat näennäisesti neutraaleja ja joilla ei ole syrjivä tarkoitus mutta joilla on epäedullinen vaikutus naisille tai ainakin miehiin verrattuna suhteettoman suurelle osalle heistä.

587 *Derksen v. Alankomaat*, Communication No. 976/2001, kappale 9.3. Ks. myös aiempi tapaus *Karnel Singh Bhinder v. Kanada*, Communication No. 208/1986, jossa rautatieyhtiö velvoitti työntekijöitään käyttämään kovaa hattua. Sikhi-yhteisöön kuuluva S.B. piti uskonnollisista syistä turbaania, eikä tämän vuoksi voinut käyttää kovaa hattua. Hänet erotettiin tämän vuoksi.

Ihmisoikeuskomitea on todennut, että yhdenvertaisuusperiaate voi joskus edellyttää valtioita ottamaan käyttöön positiivista erityiskohtelua (*affirmative action*), jos näin voidaan vaikuttaa syrjinnän taustalla oleviin syihin. Tämä voi komitean mukaan tarkoittaa, että syrjinnän kohteeksi joutunutta ihmisryhmää kohdellaan suotuisammin kuin muita tietyssä asiassa. Erilainen kohtelu on oikeutettua niin kauan kuin sitä tarvitaan tosiasiallisen syrjinnän poistamiseksi.[588] Ihmisoikeuskomitea on lisäksi todennut, että naisten ja miesten yhtäläiset oikeudet turvaava 3 artikla yhdessä syrjinnän kieltävien 2 artiklan 1 kohdan ja 26 artiklan kanssa edellyttävät positiivista erityiskohtelua (*affirmative action*).[589] Ihmisoikeuskomitean mukaan positiivinen erityiskohtelu on siis KP-sopimuksen puitteissa paitsi mahdollista, myös tietyissä olosuhteissa valtion velvollisuus. Makkonen kuitenkin totesi väitöskirjassaan, että vaikka nämä kannanotot sinänsä ovat tärkeitä, komitean oikeuskäytäntö ei ole tähän nähden kovin kehittynyttä. Komitea näyttää pikemminkin rohkaisevan valtioita positiivisen erityiskohtelun käyttöön sen sijaan että se katsoisi niiden laiminlyöneen positiivisia velvoitteitaan.[590]

Ihmisoikeuskomitean yleinen kannanotto No. 28 vuodelta 2000 koski 3 artiklan takaamaa miesten ja naisten yhtäläistä oikeutta päästä osalliseksi sopimuksessa mainituista oikeuksista. Komitea totesi kannanotossaan, että turvatakseen sopimuksessa suojattujen oikeuksien toteutuminen myös naisille, valtioiden tulee ottaa käyttöön myös positiivisia toimia (*positive measures*).[591] Positiivista erityiskohtelua (*affirmative action*) tarvitaan ihmisoikeuskomitean mukaan etenkin varmistettaessa sopimuksen 25 artiklan takaama yhtäläinen oikeus julkisiin virkoihin.[592] Paitsi että komitea tarkasteli itse sopimusartikloja naisten näkökulmasta kiinnittäen huomiota muun muassa naisiin kohdistuvaan väkivaltaan, se totesi myös, että työelämässä vallitsevat tavat ja perinteet ovat naisia syrjiviä, etenkin kun tarkastellaan kysymystä, saavatko naiset ja miehet samaa palkkaa samanarvoisesta työstä.[593] Se kiinnitti huomiota myös moniperusteiseen syrjintään, ja totesi, että naisten syrjintä liittyy usein myös muihin syrjintäperusteisiin kuten rotuun, ihonväriin, kieleen, uskontoon, poliittiseen

---

Komitea ei katsonut menettelyn olevan syrjintää, mutta totesi, että jos vaatimukset kovan hatun pitämiseen on nähtävissä *de facto* syrjintänä sikhi-uskontokuntaan kuuluvia kohtaan, vaatimus on kuitenkin katsottavissa kohtuulliseksi ja sillä on ollut objektiivinen tavoite (henkilökunnan turvallisuus). Ihmisoikeuskomitea ei siis vielä tällöin ottanut suoraan kantaa siihen, olisiko välillinen syrjintäolettama syntynyt vai ei. Ks. myös Makkonen 2010, 110 ja Frostell 1999, 45–48.

588 General Comment No. 18 (1989), kohta 10.

589 General Comment No. 4 (1981), kohta 2.

590 Makkonen 2010, 111.

591 General Comment No. 28 (2000), kohta 3.

592 General Comment No. 28 (2000), kohta 29.

593 General Comment No. 28 (2000), kohta 31.

mielipiteeseen, kansalliseen tai sosiaaliseen alkuperään, syntyperään tai muuhun asemaan.[594]

KP-sopimuksen 2 artiklan 1 kohdan ja 26 artiklan kiellettyjen syrjintäperusteiden lista ei ole tyhjentävä, vaan syrjintä voi perustua myös ”muuhun asemaan”. Mitään ainakaan kovin selkeää syrjintäperusteiden hierarkiaa ihmisoikeuskomitean ei ole katsottu luoneen Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tapaan.[595] Tapauksessa *Kavanagh v. Irlanti* se katsoi, että 26 artiklan alkuosaan, joka mukaan ”kaikki ihmiset ovat oikeudellisesti yhdenvertaisia ja oikeutettuja ilman minkäänlaista syrjintää yhtäläiseen lain suojaan”, voidaan vedota myös viittaamatta mihinkään tiettyyn syrjintäperusteeseen.[596] Tämä lähestymistapa kuvastaa hyvin yhdenvertaisuusperiaatteen ja syrjinnän kiellon välistä eroa.

7.3.2 TSS-sopimus

YK:n taloudellisia, sosiaalisia ja sivistyksellisiä oikeuksia koskeva sopimus (TSS-sopimus) ei sisällä itsenäistä syrjintäkieltoa kuten KP-sopimus. TSS-sopimuksen 2 artiklan 2 kohta sisältää ns. epäitsenäisen syrjintäkiellon, jonka mukaisesti sopimusvaltiot sitoutuvat takaamaan, että sopimuksessa mainittuja oikeuksia käytetään ilman minkäänlaista muun muassa sukupuoleen perustuvaa syrjintää. Lisäksi 3 artiklassa todetaan nimenomaisesti, että ”yleissopimuksen sopimusvaltiot sitoutuvat takaamaan miehille ja naisille yhtäläisen oikeuden kaikkien tässä yleissopimuksessa mainittujen taloudellisten, sosiaalisten ja sivistyksellisten oikeuksien nauttimiseen”. Yhdenvertaisuusperiaate näkyy myös muun muassa sopimuksen 7 artiklan a kohdassa, jossa taataan sama palkka samanarvoisesta työstä, ja mainitaan etenkin naisten ja miesten tasa-arvo tässä suhteessa, sekä c kohdassa, jossa taataan yhtäläinen mahdollisuus tulla ylennetyksi vain palvelusaikaan ja pätevyyteen pohjautuvin perustein. Lisäksi 10 artiklan 2 kohdassa taataan äitien erityinen suojelu ennen ja jälkeen synnytyksen, jolloin työssä käyville äideille on myönnettävä palkallinen loma tai loma riittävin sosiaaliturvaeduin.

TSS-sopimukseen on vuonna 2008 liitetty yksilövalitusmenettelyn luova valinnainen pöytäkirja, joka tosin ei ole vielä voimassa.[597] Sopimuksen täytäntöönpanoa valvoo TSS-komitea, jolle valtiot lähettävät ”kertomuksia suoritta-

---

[594] General Comment No. 28 (2000), kohta 30. Ks. ihmisoikeuskomitean käytännöstä naisten oikeuksien näkökulmasta van Leeuven 2010.

[595] Ks. Makkonen 2010, 112; Scheinin 2001, 33.

[596] *Kavanagh v. Irlanti*, Communication No. 819/1998, 4.4.2001. Makkosen mukaan (2010, 112–113) tapaus osoittaa myös sen, että ihmisoikeuskomitea ei ole tiukka vertailtavuusperiaatteen suhteen, mikä helpottaisi mm. moniperusteiseen syrjintään tarttumista.

[597] YK:n yleiskokouksen päätöslauselma A/RES/63/117, hyväksytty 10.12.2008. Ks. tarkemmin Hyttinen 2009.

mistaan toimenpiteistä ja saavutetusta edistyksestä" TSS-oikeuksien noudattamisessa (16 artikla). Komitean on katsottu ottavan naisten ongelmat vakavasti, sillä se on kiinnittänyt useasti huomiota sukupuolisyrjintään TSS-oikeuksien toteutumisessa. Se on muun muassa esittänyt huolensa työelämän syrjivistä käytännöistä eri maissa.[598]

Myös TSS-komitea antaa sopimusartiklojen tulkintaa koskevia yleisiä kannanottoja (*General Comments*). Vuonna 2009 se antoi 2 artiklan 2 kohdan syrjinnän kieltoa koskevan yleisen kannanoton No 20. Komitea totesi, että syrjinnän kieltoa tulee tulkita samoin kuin CEDAW- ja CERD-sopimuksissa sekä KP-sopimuksessa.[599] Se jatkoi, että valtioiden tulee poistaa syrjintä "both formally and substantively".[600] Se teki myös erottelun muodolliseen syrjintään (*formal discrimination*) ja tosiasialliseen syrjintään (*substantive discrimination*). "Muodollisen syrjinnän" poistaminen edellyttää sen varmistamista, että valtion kansallinen lainsäädäntö ei ole syrjivää. Tämä ei kuitenkaan komitean mukaan vielä takaa tosiasiallista tasa-arvoa, joten "tosiasiallisen syrjinnän" poistaminen edellyttää huomion kiinnittämistä ryhmiin, jotka kärsivät historiallisesta tai sitkeästä haitasta (*persistent prejudice*) sen sijaan että vain verrattaisiin samanlaisissa tilanteissa olevien yksilöiden muodollista kohtelua.[601] Poistaakseen tosiasiallisen syrjinnän valtiot voivat, ja joissain tapauksissa ne ovat velvollisia, ottamaan käyttöön erityisiä toimia (*special measures*) "to attenuate or suppress conditions that perpetuate discrimination".[602] Näiden erityistoimien tulee kuitenkin noudattaa suhteellisuusperiaatetta, ja niiden tavoitteena tulee olla tosiasiallisen syrjinnän poistaminen. Lisäksi erityistoimet on lopetettava, kun tosiasiallinen tasa-arvo on "kestävästi saavutettu". Poikkeuksellisesti erityistoimet voivat olla pysyviä, kuten tulkkauspalvelut kielivähemmistöille tai muut vammaisten henkilöiden asemaa parantavat toimet.[603] Myös naisten ja miesten yhtäläisiä oikeuksia koskevassa yleisessä kannanotossaan No. 16 komitea katsoi,

---

598 Charlesworth 2000, 239; Chapman – Carbonetti 2011; Johnstone 2006.

599 General Comment No. 20 (2009), kohta 7, jossa todetaan, että "discrimination constitutes any distinction, exclusion, restriction or preference or other differential treatment that is directly or indirectly based on the prohibited grounds of discrimination and which has the intention or effect of nullifying or impairing the recognition, enjoyment or exercise, on an equal footing, of Covenant rights. Discrimination also includes incitement to discriminate and harassment."

600 General Comment No. 20 (2009), kohta 8.

601 General Comment No. 20 (2009), kohdassa 8 todetaan näin: "States parties must therefore immediately adopt the necessary measures to prevent, diminish and eliminate the conditions and attitudes which cause or perpetuate substantive or de facto discrimination. For example, ensuring that all individuals have equal access to adequate housing, water and sanitation will help to overcome discrimination against women and girl children and persons living in informal settlements and rural areas."

602 General Comment No. 20 (2009), kohta 9.

603 General Comment No. 20 (2009), kohta 9. Komitea esittää esimerkkinä "reasonable accommodation of persons with sensory impairments in accessing health-care facilities".

että väliaikaiset erityistoimet (*temporary special measures*) ovat jossain tilanteissa valtioiden positiivinen velvollisuus.[604]

TSS-sopimuksen 2 artiklan 2 kohta kattaa sekä välittömän että välillisen syrjinnän. Välittömästä ja välillisestä syrjinnästä komitea on todennut näin:[605]

> **Direct discrimination** occurs when an individual is treated less favourably than another person in a similar situation for a reason related to a prohibited ground; e.g. where employment in educational or cultural institutions or membership of a trade union is based on the political opinions of applicants or employees. Direct discrimination also includes detrimental acts or omissions on the basis of prohibited grounds where there is no comparable similar situation (e.g. the case of a woman who is pregnant);
>
> **Indirect discrimination** refers to laws, policies or practices which appear neutral at face value, but have a disproportionate impact on the exercise of Covenant rights as distinguished by prohibited grounds of discrimination. For instance, requiring a birth registration certificate for school enrolment may discriminate against ethnic minorities or non-nationals who do not possess, or have been denied, such certificates.

Välittömäksi sukupuolisyrjinnäksi komitea on määritellyt erilaisen kohtelun, joka perustuu suoraan sukupuoleen tai miehen tai naisen olennaiseen piirteeseen ja jota ei voi objektiivisesti perustella. Välillistä sukupuolisyrjintää taas on tilanne, jossa laki, politiikka tai ohjelma ei vaikuta syrjivältä, mutta jolla on syrjiviä vaikutuksia sitä sovellettaessa. Sukupuolineutraali lainsäädäntö voi pahentaa olemassa olevaa epätasa-arvoista tilannetta.[606] Komitea on käyttänyt myös sosiaalisen sukupuolen käsitettä (*gender*), jolla se on viitannut kulttuurisiin odotuksiin ja oletuksiin miesten ja naisten käyttäytymisestä, asenteista, persoonallisuuden piirteistä ja fyysisistä ja älyllisistä kyvyistä. Se on todennut, että nämä stereotyyppiset käsitykset asettavat yleensä naiset miehiä huonompaan asemaan. Näiden stereotypioiden purkaminen olisi komitean mukaan välttämätöntä tasa-arvon toteuttamiseksi.[607]

Komitea on kiinnittänyt huomiota myös rakenteelliseen syrjintään (*systemic discrimination*), joka komitean mukaan voidaan ymmärtää tilanteena, jossa lainsäädäntö, politiikka, käytännöt tai vallitsevat kulttuuriset asenteet joko julkisella tai yksityisellä elämänalueella aiheuttavat haittaa tietyille ryhmille ja suosivat toisia.[608] Systeemisen syrjinnän poistaminen edellyttää valtiolta aktii-

---

604 General Comment No. 16 (2005), kohta 15.
605 General Comment No. 20 (2009), kohta 10.
606 General Comment No. 16 (2005), kohdat 12–13.
607 General Comment No. 16 (2005), kohta 14.
608 General Comment No. 20 (2009), kohta 12.

visia toimia, myös väliaikaisia erityistoimia (*temporary special measures*) ja tehokasta valvontaa ja seuraamuksia.[609]

TSS-sopimuksen syrjinnän kieltoihin liittyvät oikeuttamisperusteet vastaavat perus- ja ihmisoikeuskontekstissa omaksuttua mallia. TSS-komitea on todennut erilaisen kohtelun olevan syrjivää, jos sille ei ole kohtuullisia ja objektiivisia perusteita. Tällöin on komitean mukaan arvioitava menettelyn tarkoitusta ja vaikutuksia; ovatko ne hyväksyttäviä suhteessa sopimuksessa turvattuihin oikeuksiin ja onko niiden tarkoituksena edistää demokraattisen yhteiskunnan yleistä hyvinvointia. Lisäksi menettelyn tarkoituksen tulee olla kohtuullisessa, suhteellisuusperiaatteen mukaisessa suhteessa menettelyyn ja sen vaikutuksiin. Erilaista kohtelua ei voi perustella resurssien puutteella, ellei kaikkia keinoja syrjinnän poistamiseksi ole käytetty.[610]

Syrjinnän kieltoon sisältyvä kiellettyjen syrjintäperusteiden lista ei ole tyhjentävä.[611] Komitea on todennut, että syrjinnän luonne vaihtelee eri konteksteissa ja myös muuttuu ajan myötä, minkä vuoksi tarvitaan joustavaa lähestymistapaa. ”Muu asema” voidaan katsoa kielletyksi syrjintäperusteeksi etenkin silloin, kun se liittyy haavoittuvassa asemassa olevaan ryhmään, joka on kärsinyt tai yhä kärsii erityisestä haitasta. Tällaiseksi syrjintäsuojaa tarvitsevaksi ominaisuudeksi komitea on aiemmin katsonut muun muassa vammaisuuden, iän, kansallisuuden, perheaseman, seksuaalisen suuntautumisen ja sukupuoli-identiteetin, terveydentilan, asuinpaikan sekä taloudellisen ja sosiaalisen tilanteen.[612] Komitea kiinnittää huomiota myös moniperusteiseen syrjintään, joka kohdistuu esimerkiksi etnisen tai uskonnollisen vähemmistön naispuolisiin jäseniin.[613] Se toteaakin, että ”muu asema” voi olla myös kahden eri syrjintäperusteen yhdistelmä.[614] Sukupuolella komitea tarkoittaa paitsi fysiologisia ominaisuuksia, myös sosiaalisia konstruktioita kuten sukupuolistereotypioita, ennakkoluuloja tai sukupuolirooleja, jotka ovat olleet esteenä TSS-oikeuksien toteutumiselle. Esimerkiksi kieltäytyminen palkkaamasta naista, koska tämä voi tulla raskaaksi, tai osa-aikatyön tarjoaminen naisille, koska heidän oletetaan olevan miehiä vähemmän omistautuneita työlleen, on syrjintää. Myös kieltäytyminen myöntämästä isyysvapaata on miesten syrjintää.[615] Valtioiden tulee naisten ja miesten yhtäläisiä oikeuksia koskevaa 3 artiklaa soveltaessaan ottaa myös huomioon, että sukupuolineutraali lainsäädäntö, politiikka tai käytäntö voi lisätä eriarvoisuutta, jos se ei ota huomioon olemassa olevia taloudellisia,

609 General Comment No. 20 (2009), kohta 39.
610 General Comment No. 20 (2009), kohta 13.
611 General Comment No. 20 (2009), kohta 15 ja 27.
612 General Comment No. 20 (2009), kohdat 28–35.
613 General Comment No. 20 (2009), kohta 17.
614 General Comment No. 20 (2009), kohta 27.
615 General Comment No. 20 (2009), kohta 20. Ks. myös General Comment No. 16 (2005), kohta 11.

sosiaalisia ja kulttuurisia epätasa-arvoisuuksia.[616] Komitea katsoo, että 3 artikla velvoittaa tarttumaan sukupuoleen perustuviin stereotyyppisiin ennakkoluuloihin ja edistämään sekä miesten että naisten tasapuolista vastuuta perheessä ja julkisella elämänalueella.[617] Se myös muistuttaa, että ihmisoikeudet luovat valtioille kolmenlaisia velvoitteita: velvollisuuden kunnioittaa, suojella ja toteuttaa ihmisoikeuksia (”*respect, protect and fulfil*”). Tämä koskee myös TSS-oikeuksia, sekä naisten ja miesten yhtäläisiä oikeuksia nauttia näistä oikeuksista.[618]

TSS-komitean näkemyksillä on paljon yhteistä CEDAW-sopimuksen kanssa. Tämä näkyy muun muassa siinä, että suosituksessa korostetaan stereotypioiden merkitystä syrjinnän synnyssä ja valtioiden velvollisuutta väliaikaisiin erityistoimiin tosiasiallisen tasa-arvon toteuttamiseksi. Samoin siinä edellytetään valtioiden puuttumista naisiin kohdistuvaan väkivaltaan. Tässä näkyy tosiasiallisen tasa-arvon ihmisarvoa korostava ulottuvuus. Komitea itsekin on todennut, että yhdenvertaisuudella tarkoitetaan sopimuksessa sekä muodollista yhdenvertaisuutta että tosiasiallista tasa-arvoa.[619] Naisten ja miesten yhtäläisiä oikeuksia koskevassa kannanotossa näkyy kuitenkin edelleen myös se, että naiset pyritään vain tuomaan miesten kanssa yhtäläisten oikeuksien piiriin sen sijaan että pyrittäisin muuttamaan ympäröiviä rakenteita. Kannanotossa todetaan esimerkiksi, että naisilla tulee olla yhtäläinen oikeus työhön.[620] Kannanotossa ei kuitenkaan viitata siihen, että työelämää itseään tulisi muuttaa sukupuolisensitiivisemmäksi tosiasiallisen tasa-arvon toteuttamiseksi. Siinä ei käsitellä perheen ja työn yhteensovittamiseen liittyviä ongelmia eikä esimerkiksi edellytetä kotona tehdyn työn arvon tunnustamista.[621] Toisaalta suosituksessa asetetaan valtion velvollisuudeksi myös työelämän syrjivien käytäntöjen purkaminen edellyttämällä esimerkiksi palkkasyrjinnän taustalla olevien työn vaativuuden arviointijärjestelmien tarkastelemista.[622] TSS-komitean onkin nähty vastanneen varsin hyvin siihen feministiseen kritiikkiin, jonka mukaan ihmisoikeuksilla ei voisi parantaa naisen asemaa.[623]

616 General Comment No. 16 (2005), 8.
617 General Comment No. 16 (2005), kohta 22.
618 General Comment No. 16 (2005), kohdat 16–21.
619 General Comment No. 16 (2005), kohta 6.
620 General Comment No. 16 (2005), kohta 23.
621 Ks. kritiikistä myös Fredman 2010.
622 General Comment No. 16 (2005), kohta 24.
623 Ks. esim. Johnstone 2006; Frostell – Scheinin 2001.

IV
SUKUPUOLTEN VÄLINEN TASA-ARVO EU-OIKEUDESSA

1 Johdanto

Sukupuolten tasa-arvoon liittyviä kysymyksiä on jo pitkään pidetty EU:n[1] sosiaalipolitiikan kehittyneimpänä osana.[2] EU-oikeudessa sukupuoleen perustuvan syrjinnän kiellolla, kuten kansalaisuuteenkin perustuvan syrjinnän kiellolla, on ollut erityinen asema jo Rooman sopimuksen solmimisesta (1957) lähtien. Tuolloinen Rooman sopimuksen 119 artikla[3] takasi naisille ja miehille samasta ja samanarvoisesta työstä saman palkan. Vaikka määräyksen alkuperäinen tarkoitus olikin estää jäsenvaltioiden välisen kilpailun vääristyminen,[4] kahdenkymmenen vuoden kuluttua tästä EU oli jo hyväksynyt kolme tasa-arvodirektiiviä, ja EU-tuomioistuin alkanut tunnustaa, että sukupuolten tasa-arvo on tärkeä yleinen oikeusperiaate, jolla on paitsi taloudellisia, myös sosiaalisia tavoitteita. Näin se totesi jo vuonna 1976 kuuluisassa *Defrenne II* -tapauksessa (43/75), joka oli merkittävä monessakin suhteessa.

Tapauksessa belgialainen lentoemäntä Gabrielle Defrenne oli irtisanottu lentoemännän tehtävistään täytettyään 40 vuotta, joka oli naisia koskeva eläkeikä. Miespuolisella henkilökunnalla eläkeikä oli 55 vuotta. Belgialainen tasa-arvojuristi Eliane Vogel-Polsky tarttui tilaisuuteen testatakseen EY:n perustamissopimuksen 119 artiklan ulottuvuutta.[5] EU-tuomioistuin tekikin tuomiossaan yllättävän ratkaisun toteamalla, että 119 artiklalla on välitön vaikutus. Tämä tarkoitti, että palkkasyrjinnän kohteeksi joutunut henkilö voi kansallisessa tuomioistuimessa vedota suoraan EY:n perustamissopimuksen 119 artiklaan. Tuomioistuin totesi myös, että 119 artiklalla on kaksi tavoitetta. Artiklan taloudel-

---

1 Käytän tässä termiä EU eli Euroopan unioni. Lissabonin sopimuksen voimaantuloon (2009) asti puhuttiin erikseen Euroopan yhteisöstä (EY) ja Euroopan unionista (EU). Lissabonin sopimuksella EY ja EU yhdistettiin yhdeksi oikeushenkilöksi. Samoin käytän termiä EU-tuomioistuin, vaikka ennen Lissabonin sopimuksen voimaantuloa kyse oli EY-tuomioistuimesta.

2 Ks. esim. Barnard 1999; More 1999; Burrows – Mair 1996; Nielsen – Szyszczak 1997; Hoskyns 1996; Dashwood – O'Leary 1997; Hervey – O'Keeffe 1996; Ellis 2005; van der Vleuten 2007; Costello 2003; Bell 2002, 42–53; Nieminen 1991; Nieminen 2001; Kantola 2010.

3 Amsterdamin sopimuksen (1999) jälkeen EY:n perustamissopimuksen 114 artikla, ja Lissabonin sopimuksen (2009) jälkeen Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen 157 artikla.

4 Määräys otettiin sopimukseen Ranskan vaatimuksesta, sillä Ranskassa oli jo mm. ILO:n vaikutuksesta lainsäädäntöä naisten ja miesten samapalkkaisuudesta. Ranska pelkäsi, että muiden maiden halpa naistyövoima koituisi Ranskan talouden tappioksi. Ks. esim. Hoskyns 1996; Barnard 1996; van den Vleuten 2007.

5 Vleuten 2007, 78–79; Hoskyns 1996, 68 ss. Hoskynsin mukaan (s. 70) lentoyhtiö Sabenan asianajaja oli todennut oikeudenkäynnissä, että toki on kohtuullista, että lentomatkustaja saa viskinsä viehättävän naisen tarjoilemana. Ks. myös Sharpston 2010; Simon 2010; O'Leary 2010; Watt 2010.

lisena tavoitteena on estää kilpailun vääristyminen jäsenvaltioiden kesken. Toisaalta artiklan sosiaalisena tavoitteena on parantaa ihmisten elin- ja työoloja.[6]

Tapauksessa *Defrenne III* (149/77) vuonna 1978 EU-tuomioistuin totesi, että sukupuoleen perustuvan syrjinnän kielto on yksi perusoikeuksista, joiden kunnioittaminen kuuluu yhteisön oikeuden yleisiin periaatteisiin.[7] Vuonna 2000 se astui askeleen pidemmälle, kun se tapauksissa *Schröder* (C-50/96) ja *Deutsche Post* (yhdistetyt asiat C-270/97 ja C-271/97) katsoi, että ”119 artiklan taloudellinen tavoite eli eri jäsenvaltioihin sijoittautuneiden yritysten välisen kilpailun vääristymien ehkäiseminen on toissijainen verrattuna tämän saman määräyksen sosiaaliseen tavoitteeseen, joka on ilmaus yhdestä perustavanlaatuisesta ihmisoikeudesta.”[8]

Paljon on tapahtunut sitten Rooman sopimuksen solmimisen – sukupuolten tasa-arvon periaate on kehittynyt markkinoiden yhtenäistäjästä perustavaa laatua olevaksi perus- ja ihmisoikeudeksi.[9] Tässä yhteydessä ei ole mahdollista eikä edes tarkoituksenmukaista käydä kovin yksityiskohtaisesti läpi kehitystä, joka on jo dokumentoitu useaan kertaan toisaalla.[10] Koska EU-oikeudella on suuri merkitys tasa-arvo-oikeuden sisältöjen määrittelijänä, esittelen tässä luvussa pääpiirteittäin EU:n tasa-arvo-oikeuden lähteet. Lopuksi tarkastelen lyhyesti niitä keskeisiä periaatteita, jotka määrittävät EU-oikeuden ja kansallisen oikeuden välistä suhdetta.

EU-oikeus jaetaan yleisesti primääriseen ja sekundääriseen oikeuteen. Primääriseen EU-oikeuteen kuuluvat ennen kaikkea perustamissopimukset[11] ja EU-oikeuden yleiset oikeusperiaatteet. Euroopan unionin perustamissopimusjärjestelmä muodostuu 1.12.2009 voimaan tulleen Lissabonin sopimuksen[12] nojalla kahdesta sopimuksesta, Euroopan unionista tehdystä sopimuksesta (SEU) sekä Euroopan unionin toiminnasta tehdystä sopimuksesta (SEUT).[13] Nämä kaksi perussopimusta ovat oikeudellisesti samanarvoisia (SEUT 1 artiklan 2 kohta). Sekundääriseen oikeuteen kuuluvat asetukset, direktiivit ja päätökset (SEUT 288 artikla). Muita EU-oikeuden lähteitä ovat muun muassa EU-tuomioistuimen oikeuskäytäntö sekä ns. pehmeä sääntely eli soft law.

---

6 Tapaus *Defrenne II* 43/75, tuomion kohdat 8–12.

7 Tapaus *Defrenne III* 149/77, tuomion kohdat 26–27.

8 Tapaus *Schröder* C-50/96, tuomion kohta 57 ja tapaus *Deutsche Post* yhdistetyt asiat C-270/97 ja C-271/97, tuomion kohta 57.

9 Ks. More 1999.

10 Ks. alav. 2 ja siellä mainittu kirjallisuus.

11 Euroopan talousyhteisön perustamissopimus (Rooman sopimus, 1957), sopimus Euroopan unionista (Maastrichtin sopimus, 1992), Amsterdamin sopimus (1997), Nizzan sopimus (2001), Lissabonin sopimus (2007).

12 Lissabonin sopimus EUVL C 306, 17.12.2007.

13 Euroopan unionista tehdyn sopimuksen ja Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen konsolidoidut toisinnot, Euroopan unionin perusoikeuskirja EUVL C 83, 30.3.2010.

EU:n tasa-arvo-oikeus koostuu useista eri tasoista.[14] Tasa-arvosta on määräyksiä perussopimuksissa ja perusoikeuskirjassa, joka on Lissabonin sopimuksen myötä tullut oikeudellisesti sitovaksi ja osaksi EU:n primäärioikeutta. Sukupuolten tasa-arvo on myös EU:ssa tunnustettu perus- ja ihmisoikeus, jota suojataan EU-oikeuden yleisenä oikeusperiaatteena (*fundamental principle*). EU:ssa on laadittu myös lukuisia tasa-arvodirektiivejä. Tasa-arvo-oikeuden käsitteet ovat täsmentyneet etenkin EU-tuomioistuimen ratkaisukäytännössä. Yhtenä tasona voidaan nähdä soft law -tyyppinen sääntely, kuten erilaiset suositukset, ohjeistukset, päätöslauselmat ja toimintaohjelmat, jotka eivät kuitenkaan ole oikeudellisesti sitovia, mutta joilla voi olla tulkintavaikutusta muuta lainsäädäntöä sovellettaessa.

[14] Schiek ym. 2007, 1.

2 Sukupuolten välinen tasa-arvo primäärisessä EU-oikeudessa

2.1 PERUSSOPIMUKSET

Samapalkkaisuutta koskeva artikla (alkuperäinen 119 artikla, sittemmin 141 artikla, nykyään SEUT 157 artikla) on sisältynyt EU:n primäärioikeuteen jo Euroopan talousyhteisön perustamisesta lähtien. Amsterdamin sopimuksella[15] (1997) samapalkka-artiklaan lisättiin uusi toimivaltamääräys (3 kohta) sekä positiivista erikoiskohtelua koskeva 4 kohta. Samapalkka-artiklan (SEUT 157 artikla) 3 kohdan mukaan ”Euroopan parlamentti ja neuvosto toteuttavat tavallista lainsäätämismenettelyä noudattaen ja talous- ja sosiaalikomiteaa kuultuaan toimenpiteet, joilla varmistetaan miesten ja naisten tasa-arvoisten mahdollisuuksien ja tasa-arvoisen kohtelun periaatteen soveltaminen työtä ja ammattia koskevissa kysymyksissä, mukaan lukien samasta tai samanarvoisesta työstä maksettavan saman palkan periaate.” Kuten Ellis tuo esiin, toimivaltamääräys on hyvin laaja. Se ei rajoitu vain tietyn lainsäädäntöinstrumentin käyttömahdollisuuteen, vaan sallii kaikenlaiset toimenpiteet. Se ei myöskään rajoita toimenpiteitä vain syrjinnänvastaiseen lainsäädäntöön eikä pelkästään samapalkkaisuusasioihin vaan sallii myös muunlaiset toimenpiteet tasa-arvon edistämiseksi työelämässä.[16]

Artiklan 4 kohdan mukaan ”[j]otta miesten ja naisten välinen täysi tosiasiallinen tasa-arvo toteutuisi työelämässä, tasa-arvoisen kohtelun periaate ei estä jäsenvaltioita pitämästä voimassa tai toteuttamasta sellaisia erityisetuja tarjoavia toimenpiteitä, joiden tarkoituksena on *helpottaa* aliedustettuna olevan sukupuolen ammatillisen toiminnan harjoittamista taikka *ehkäistä* tai *hyvittää* ammattiuraan liittyviä haittoja” (kursiivi tässä). Positiivisen erityiskohtelun mahdollisuus sallitaan siis EU:ssa perussopimustasolla. Positiivinen erityiskohtelu liitetään määräyksessä ”täyden tosiasiallisen tasa-arvon” toteutumisen edellytykseksi eikä vain poikkeukseksi yhdenvertaisuusperiaatteesta. Tämä ilmentää yhdenvertaisuusperiaatteen tosiasiallista ulottuvuutta, ei niinkään muodollista.

Amsterdamin sopimuksella EY:n perustamissopimusta muutettiin myös siten, että yhteisön yhdeksi päämääräksi määriteltiin naisten ja miesten välisen tasa-arvon edistäminen (2 artikla). Sopimuksessa todettiin myös, että toteuttaessaan toimintaansa yhteisö pyrkii poistamaan eriarvoisuutta miesten ja nais-

15 Amsterdamin sopimus EYVL C 340, 10.11.1997.
16 Ellis 2005, 13.

ten välillä sekä edistämään miesten ja naisten välistä tasa-arvoa (3 artiklan 2 kohta). Näitä perustamissopimuksen määräyksiä on kutsuttu valtavirtaistamisartikloiksi.[17] Aiempaa EY-sopimuksen 3 artiklan 2 kohtaa vastaa Lissabonin sopimuksen jälkeen SEUT 8 artikla. Lisäksi SEUT 10 artiklassa todetaan, että ”unioni pyrkii politiikkojensa ja toimiensa määrittelyssä ja toteuttamisessa torjumaan kaiken sukupuoleen, rotuun, etniseen alkuperään, uskontoon tai vakaumukseen, vammaisuuteen, ikään tai sukupuoliseen suuntautumiseen perustuvan syrjinnän”.

Sukupuolten tasa-arvon periaatteen tärkeyttä korostetaan myös toisessa perussopimuksessa, sopimuksessa Euroopan unionista (SEU). SEU 2 artiklassa unionin perustana oleviksi arvoiksi luetellaan ”ihmisarvon kunnioittaminen, vapaus, kansanvalta, tasa-arvo, oikeusvaltio ja ihmisoikeuksien kunnioittaminen, vähemmistöihin kuuluvien oikeudet mukaan luettuina. Nämä ovat jäsenvaltioille yhteisiä arvoja yhteiskunnassa, jolle on ominaista moniarvoisuus, syrjimättömyys, suvaitsevaisuus, oikeudenmukaisuus, yhteisvastuu sekä naisten ja miesten tasa-arvo.” Lisäksi SEU 3 artiklan 3 kohdan toisessa alakohdassa todetaan, että ”unioni torjuu sosiaalista syrjäytymistä ja syrjintää sekä edistää yhteiskunnallista oikeudenmukaisuutta ja sosiaalista suojelua, naisten ja miesten tasa-arvoa, sukupolvien välistä yhteisvastuuta ja lapsen oikeuksien suojelua”. Näiden artiklojen voidaan sanoa asettavan EU:lle positiivisen velvoitteen edistää sukupuolten tasa-arvoa. Ne ovat siis luonteeltaan tasa-arvon edistämisvelvoitteita.

EY:n perustamissopimukseen lisättiin Amsterdamin sopimuksella uusi 13 artikla, joka antaa EU:lle toimivallan luoda lainsäädäntöä sukupuolen, rodun tai etnisen alkuperän, uskonnon tai vakaumuksen, vammaisuuden, iän tai seksuaalisen suuntautumisen perusteella tapahtuvan syrjinnän torjumiseksi. Nyttemmin tämä toimivaltamääräys sisältyy SEUT 19 artiklaan. Vuonna 2000 EU:ssa hyväksyttiin direktiivi, jolla kiellettiin syrjintä rodun ja etnisen alkuperän perusteella (rotusyrjintädirektiivi 2000/43/EY[18]) sekä direktiivi, jolla kiellettiin syrjintä uskonnon tai vakaumuksen, vammaisuuden, iän tai sukupuolisen suuntautumisen perusteella (työelämädirektiivi 2000/78/EY[19]). Suomessa direktiivit

---

17 Ks. esim. Shaw 2004. Nummijärvi ja Romanov ovat todenneet (2008, 60–61), että valtavirtaistamismääräysten saaminen perustamissopimukseen ei ollut itsestään selvää edes 1990-luvulla, vaan vaati sitkeitä neuvotteluja jäsenmaiden kesken. Suomi oli heidän mukaansa aktiivisesti mukana tukemassa määräysten hyväksymistä perustamissopimukseen.

18 Neuvoston direktiivi 2000/43/EY, annettu 29 päivänä kesäkuuta 2000, rodusta tai etnisestä alkuperästä riippumattoman yhdenvertaisen kohtelun periaatteen täytäntöönpanosta. Euroopan unionin virallinen lehti L 180/22, 19.7.2000.

19 Neuvoston direktiivi 2000/78/EY, annettu 27 päivänä marraskuuta 2000, yhdenvertaista kohtelua työssä ja ammatissa koskevista yleisistä puitteista. Euroopan unionin virallinen lehti L 303/16, 2.12.2000.

on implementoitu yhdenvertaisuuslailla (21/2004). Yhdenvertaisuuslainsäädännön uudistamishanke on ollut Suomessa vireillä vuodesta 2007.[20]

Sukupuolten tasa-arvon kannalta merkityksellinen toimivalta-artikla on ollut myös Euroopan yhtenäisasiakirjalla[21] vuonna 1986 luotu EY:n perustamissopimuksen 118 a artikla (sittemmin EY:n perustamissopimuksen 137 artikla, nyttemmin SEUT 153 artikla), joka antoi EU:lle toimivallan säätää direktiivejä työntekijöiden terveyden ja turvallisuuden parantamiseksi. Artiklan perusteella säädettiin raskaussuojeludirektiivi 92/85/ETY[22], jossa on säännöksiä raskaana ja äitiysvapaalla olevan työntekijän suojasta. Nykyisen SEUT 153 artiklan 1 kohdan i alakohdan mukaan yhteisö tukee ja täydentää jäsenvaltioiden toimintaa sukupuolten välistä työelämän tasa-arvoa koskevissa asioissa, jotka koskevat heidän mahdollisuuksiaan työmarkkinoilla sekä heidän kohteluaan työssä. Tätä varten Euroopan parlamentti ja neuvosto voivat muun muassa antaa direktiivejä (SEUT 153 artiklan 2 kohdan b alakohta).

Äitiyslomasta erillistä vanhempainvapaata koskeva direktiivi 96/34/EY[23] perustui eurooppalaisten työmarkkinajärjestöjen UNICE:n, CEEP:n ja EAY:n yhdessä laatimaan puitesopimukseen. Tämä direktiivi on kumottu vuonna 2010, jolloin uusi vanhempainvapaata koskeva puitesopimus BUSINESSEUROPE:n, UEAPME:n, CEEP:n ja ETUC:n välillä implementoitiin direktiivillä 2010/18/EU.[24] Naisten aseman kannalta keskeiset osa-aikatyötä koskeva direktiivi 97/81/EY[25] sekä määräaikaista työtä koskeva direktiivi 99/70/EY[26] perustuvat myös työmarkkinajärjestöjen puitesopimuksiin. Toimivalta tällaiseen lainsäätämismenettelyyn luotiin Maastrichtissa vuonna 1991 sosiaalipoliittisella sopimuksella, jonka määräykset sisällytettiin vuonna 1997 Amsterdamin sopimuksella EY:n perustamissopimukseen.[27] Nyttemmin SEUT 154 ja 155 artiklassa määrätään menettelystä, jossa työmarkkinaosapuolet pääsevät mukaan EU-säädösten laatimiseen.

---

20 Ks. KM 2009:4.

21 Euroopan yhtenäisasiakirja, EYVL L 169, 29.6.1987.

22 Neuvoston direktiivi 92/85/ETY, annettu 19 päivänä lokakuuta 1992, toimenpiteistä raskaana olevien ja äskettäin synnyttäneiden tai imettävien työntekijöiden turvallisuuden ja terveyden parantamisen kannustamiseksi työssä. EYVL L 348/1, 28.11.1992.

23 Neuvoston direktiivi 96/34/EY, annettu 3 päivänä kesäkuuta 1996, UNICE:n, CEEP:n ja EAY:n tekemästä vanhempainlomaa koskevasta puitesopimuksesta. EYVL L 145/4, 19.6.1996.

24 EYVL L 68, 18.3.2010.

25 Neuvoston direktiivi 97/81/EY, annettu 15 päivänä joulukuuta 1997, Euroopan teollisuuden ja työnantajain keskusjärjestön (UNICE), julkisten yritysten Euroopan keskuksen (CEEP) ja Euroopan ammatillisen yhteisjärjestön (EAY) tekemästä osa-aikatyötä koskevasta puitesopimuksesta. EYVL L 14, 20.1.1998.

26 Neuvoston direktiivi 1999/70/EY, annettu 28 päivänä kesäkuuta 1999, Euroopan ammatillisen yhteisjärjestön (EAY), Euroopan teollisuuden ja työnantajain keskusjärjestön (UNICE) ja julkisten yritysten Euroopan keskuksen (CEEP) tekemästä määräaikaista työtä koskevasta puitesopimuksesta. EYVL L 175, 10.7.1999.

27 Ellis 2005, 15–17.

2.2 PERUSOIKEUSKIRJA

Lissabonin sopimuksella muutettiin alun perin vuonna 2000 poliittisena julistuksena hyväksytty EU:n perusoikeuskirja[28] oikeudellisesti sitovaksi. SEU 6 artiklan 1 kohdan mukaan perusoikeuskirjalla on sama oikeudellinen arvo kuin perussopimuksilla, eli se kuuluu unionin primäärioikeuteen. Perusoikeuskirjan määräykset eivät kuitenkaan laajenna perussopimuksissa määriteltyä unionin toimivaltaa (6 artiklan 1 kohdan toinen alakohta). Perusoikeuskirjan määräyksiä on tulkittava ”perusoikeuskirjan tulkintaa ja soveltamista koskevien perusoikeuskirjan VII osaston yleisten määräysten mukaisesti ja ottaen asianmukaisesti huomioon perusoikeuskirjassa tarkoitetut selitykset, joissa esitetään näiden määräysten lähteet” (6 artiklan 1 kohdan kolmas alakohta).[29] Samassa artiklassa korostetaan myös Euroopan ihmisoikeussopimuksen merkitystä. Unionilla on nyt oikeusperusta liittyä Euroopan ihmisoikeussopimukseen (6 artiklan 2 kohta). Lisäksi artiklassa todetaan, että Euroopan ihmisoikeussopimuksessa ”taatut ja jäsenvaltioiden yhteisestä valtiosääntöperinteestä johtuvat perusoikeudet ovat yleisinä periaatteina osa unionin oikeutta” (6 artiklan 3 kohta).

Perusoikeuskirjalla on ollut merkitystä jo aiemminkin muun muassa lainsäädäntötyössä, toimintaohjelmia laadittaessa ja oikeussäännösten tulkinnassa.[30] EU-tuomioistuin on vuonna 2006 ratkaisemassaan kumoamiskanneasiassa *Euroopan parlamentti v. Euroopan unionin neuvosto* (C-540/03) käyttänyt perusoikeuskirjaa ensimmäistä kertaa oikeuslähteenä.[31] Lissabonin sopimuksen voimaantulon myötä EU-tuomioistuimen viittaukset perusoikeuskirjaan ovat lisääntyneet perusoikeuskirjan aseman vahvistuttua.[32]

Perusoikeuskirjaan on kirjattu ne perusoikeudet, jotka EU-tuomioistuimen ratkaisukäytännön kautta ovat jo kauan olleet osa EU-oikeutta. Sen tavoitteena olikin perusoikeuksien näkyvyyden lisääminen ja EU:n perusoikeuksien merkityksen vahvistaminen siten, että oikeudet tulisivat paremmin unionin kansa-

---

28 EYVL C 83, 30.3.2010. Alkuperäinen perusoikeuskirja EYVL C 364/1, 18.12.2000.

29 Perusoikeuskirjan selitykset EYVL 2007/C 303/02, 14.12.2007.

30 Ks. Peers – Ward 2004, 365–369. Ensimmäisen kerran perusoikeuskirjaan viitattiin julkisasiamies Alberin ratkaisuehdotuksessa 1.2.2001 tapauksessa C-340/99 *TNT Traco*. Heinäkuun alkuun 2003 mennessä julkisasiamiehet olivat viitanneet perusoikeuskirjaan jo 35 ratkaisuehdotuksessa. Myös mm. tasa-arvodirektiiviä 76/207/ETY uudistettaessa direktiivillä 2002/73/EY viitattiin perusoikeuskirjaan. Direktiivin kolmannessa johdantokappaleessa todetaan, että ”direktiivissä kunnioitetaan perusoikeuksia ja noudatetaan erityisesti Euroopan unionin perusoikeuskirjassa tunnustettuja periaatteita”. Ks. EYVL L 269/15, 5.10.2002. Sukupuolten tasa-arvoa koskevia direktiivejä uudistettiin ja yhdistettiin vuonna 2006 direktiivillä 2006/54/EY, jonka viidennessä johdantokappaleessa viitataan perusoikeuskirjan syrjinnän kieltävään 21 artiklaan ja sukupuolten tasa-arvoa koskevaan 23 artiklaan. Ks. EYVL L 204/23, 26.7.2006. Ks. myös Walkila 2011.

31 Ks. Salminen 2007; Walkila 2011.

32 Ks. Walkila 2011.

laisten ulottuville.[33] Perusoikeuskirja tuo lisäarvoa myös siinä mielessä, että se on kansainvälisesti katsoen hyvin kattava asiakirja, jossa on tunnustettu niin kansalais- ja poliittiset oikeudet kuin taloudelliset, sosiaaliset ja sivistykselliset oikeudet sekä unionin kansalaista koskevat oikeudet, hyvä hallinto ja ympäristönsuojelu.[34]

2.2.1 Tasa-arvo perusoikeuskirjassa

Perusoikeuskirjan III luku koskee tasa-arvoa. Yhdenvertaisuutta koskeva yleissäännös on perusoikeuskirjan 20 artiklassa, jonka mukaan ”kaikki ihmiset ovat yhdenvertaisia lain edessä”. Perusoikeuskirjan selitysten mukaan artikla vastaa yleistä oikeusperiaatetta, joka sisältyy kaikkiin eurooppalaisiin perustuslakeihin ja jonka myös EU- tuomioistuin on tunnustanut EU-oikeuden perusperiaatteeksi.[35] Määräystä täydentää 21 artiklan syrjintäkielto, jonka 1 kohdassa kielletään ”kaikenlainen syrjintä, joka perustuu sukupuoleen, rotuun, ihonväriin tai etniseen taikka yhteiskunnalliseen alkuperään, geneettisiin ominaisuuksiin, kieleen, uskontoon tai vakaumukseen, poliittisiin tai muihin mielipiteisiin, kansalliseen vähemmistöön kuulumiseen, varallisuuteen, syntyperään, vammaisuuteen, ikään tai sukupuoliseen suuntautumiseen tai muuhun sellaiseen seikkaan.” Määräyksen 2 kohdassa kielletään syrjintä myös kansalaisuuden perusteella. Syrjintäperusteiden luettelo on siis kattavampi kuin esimerkiksi SEUT 19 artiklassa, eikä määräyksen materiaalista soveltamisalaa ole rajoitettu esimerkiksi vain työelämään, tavaroiden ja palvelujen saatavuuteen tai sosiaaliturvaan, kuten EU:n syrjinnänvastaisessa sekundäärioikeudessa. Perusoikeuskirjan 21 artikla ei kuitenkaan luo unionille lainsäädännöllistä toimivaltaa kuten SEUT 19 artikla, vaan se kieltää vain itse unionin toimielinten ja elinten harjoittaman syrjinnän niiden käyttäessä perussopimusten mukaista toimivaltaansa, ja jäsenvaltioiden harjoittaman syrjinnän ainoastaan silloin, kun ne soveltavat unionin lainsäädäntöä.[36]

Sukupuolten tasa-arvoa koskee 23 artikla, jonka mukaan ”miesten ja naisten välinen tasa-arvo on varmistettava kaikilla aloilla työelämä ja palkkaus mukaan lukien”. Selitysten mukaan määräys perustuu voimassa olevaan EU-oikeuteen,[37] eikä sekään siis luo mitään uutta, itsenäistä oikeutta. Määräyksen toisessa kohdassa jatketaan, että ”tasa-arvon periaate ei estä pitämästä voimassa tai toteuttamasta toimenpiteitä, jotka tarjoavat erityisetuja aliedustettuna olevalle suku-

---

33 Ks. perusoikeuskirjan johdanto-osa. Ks. perusoikeuskirjan taustasta myös esim. de Búrca 2001; Lindfelt 2007, 101–127; Helander 2001, 92–93.

34 Ojanen 2010, 124–125.

35 Euroopan unionin perusoikeuskirjan selitykset, EYVL 2007/C 303/02, 24.

36 Euroopan unionin perusoikeuskirjan selitykset, EYVL 2007/C 303/02, 24.

37 Euroopan unionin perusoikeuskirjan selitykset, EYVL 2007/C 303/02, 25.

puolelle". Tämä vastaa, tosin lyhyemmässä muodossa, SEUT 157 artiklan 4 kohtaa. Perusoikeuskirjan määräyksessä positiivista erityiskohtelua ei kuitenkaan liitetä tosiasiallisen tasa-arvon toteuttamiseen. Sen sijaan positiivinen erityiskohtelu ilmaistaan vain poikkeuksena tasa-arvon periaatteesta.[38] Perusoikeuskirjan selitysten mukaan määräyksen on kuitenkin tarkoitus vastata SEUT 157 artiklan 4 kohtaa. Näin ollen perusoikeuskirjan määräystä on tulkittava SEUT 157 artiklan valossa.

Sukupuolten tasa-arvon kannalta merkitystä on myös perusoikeuskirjan 33 artiklalla, jonka 2 kohdassa taataan suoja irtisanomiselta äitiyteen liittyvän syyn vuoksi sekä oikeus vanhempainlomaan ja palkalliseen äitiyslomaan lapsen syntymän tai lapseksiottamisen johdosta, sekä 34 artiklalla, jossa taataan suoja muun muassa raskauden ja synnytyksen aikaisiin sosiaaliturvaetuuksiin ja sosiaalipalveluihin. Artiklat perustuvat voimassa olevaan EU-oikeuteen.[39] Selitysten mukaan 33 (2) artikla perustuu myös Euroopan sosiaalisen peruskirjan äitiyssuojelua koskevaan 8 artiklaan ja on saanut vaikutteita myös sen 27 artiklasta, joka koskee perheellisten työntekijöiden oikeutta tasavertaisiin mahdollisuuksiin ja tasavertaiseen kohteluun. Lisäksi selityksissä todetaan, että äitiydellä 33 (2) ja 34 artiklassa tarkoitetaan ajanjaksoa hedelmöittymisestä imettämiseen.[40] Sosiaaliturvaa ja sosiaalipalveluja koskevan 34 artiklan merkitystä vähentää se, että selitysten mukaan viittaus sosiaalipalveluihin koskee vain tapauksia, joissa palveluja on jo otettu käyttöön. Perusoikeuskirja ei velvoita ottamaan tällaisia palveluja käyttöön, jos niitä ei ole olemassa.[41] Nyt nämä oikeudet on nostettu perusoikeuksiksi EU:n primäärioikeuteen.[42]

Ellisin mukaan perusoikeuskirja ei näyttäisi tuovan kovin paljon uutta sukupuolten tasa-arvoa koskevaan oikeuteen.[43] Kuten Cathryn Costello on arvioinut, sukupuolten tasa-arvon kannalta perusoikeuskirjan merkitys on kuitenkin siinä, että se korostaa sukupuolten tasa-arvoa *ihmisoikeutena*, ei niinkään keinona saavuttaa EU:n taloudellisia tavoitteita. Perusoikeuskirjan avulla voi olla myös mahdollista viedä EU:n tasa-arvo-oikeutta lähemmäs tosiasiallista tasa-arvoa, jos esimerkiksi positiivisten toimien hyväksyttävyyttä arvioitaessa otetaan koko perusoikeusjärjestelmä huomioon.[44] Myös Koldinská on todennut EU-tuomioistuimen viimeaikaisen oikeuskäytännön osoittavan, että

---

38 Waddington ja Bell (2011, 1504–1505) toteavat, että artiklojen välillä näyttäisi olevan jännitteitä tältä osin.

39 Ks. raskaussuojeludirektiivi 92/85/ETY ja vanhempainvapaadirektiivi 2010/18/EU.

40 Määritelmä on niin tulkinnanvarainen, että on vaikea kuvitella, miten sitä käytännössä voi edes soveltaa. Milloin voidaan katsoa, ettei äiti enää imetä – silloin kun imetyskertoja on enää kerran viikossa?

41 Euroopan unionin perusoikeuskirjan selitykset, EYVL 2007/C 303/02, 27.

42 Ks. Barbera 2003.

43 Ellis 2010.

44 Costello 2003.

perusoikeuskirjan merkitystä ei tule vähätellä.[45] Tuomioistuin on jo tietyissä tapauksissaan nojautunut perusoikeuskirjan yhdenvertaisuutta koskeviin määräyksiin tasa-arvodirektiivejä soveltaessaan.[46]

2.2.2 Perusoikeuskirjan horisontaaliartiklat

Perusoikeuskirjan tosiasiallista oikeudellista vaikutusta rajoittaa sen seitsemännen pääluvun mukaiset tulkintaa ja soveltamista koskevat yleiset määräykset, ns. horisontaaliartiklat (51–54 artiklat).[47] Perusoikeuskirjan oikeuksia ja vapauksia on SEU 6 artiklan 1 kohdan mukaan tulkittava näiden horisontaaliartiklojen mukaisesti.

Perusoikeuskirjan 51 artikla koskee perusoikeuskirjan soveltamisalaa. Artiklan 1 kohdan mukaan ”perusoikeuskirjan määräykset koskevat unionin toimielimiä, elimiä ja laitoksia toissijaisuusperiaatteen mukaisesti sekä jäsenvaltioita ainoastaan silloin, kun viimeksi mainitut soveltavat unionin oikeutta”. Toisin sanoen perusoikeuskirjan määräykset eivät koske jäsenvaltioita silloin, kun ne soveltavat kansallista oikeutta. Tasa-arvolain soveltamisen kannalta voidaan kuitenkin sanoa, että tasa-arvoa koskevat asiat kuuluvat olennaisesti EU-oikeuden alaan.

Perusoikeuskirjalla ei 51 artiklan 2 kohdan mukaan ”uloteta unionin oikeuden soveltamisalaa unionin toimivaltaa laajemmaksi eikä luoda unionille uutta toimivaltaa tai uusia tehtäviä eikä muuteta perussopimuksissa määriteltyjä toimivaltuuksia ja tehtäviä”. Keskeiset toimivaltamääräykset ovat siis edelleenkin SEUT 19 ja 157 (3) artiklat, joiden perusteella EU voi hyväksyä lainsäädäntöä sukupuolten tasa-arvon ja syrjinnän kiellon alalla. Monen muun perusoikeuden kohdalla perusoikeuden toteuttaminen jää kuitenkin jäsenvaltioiden tehtäväksi, koska unionilla ei ole toimivaltaa läheskään kaikkien perusoikeuskirjassa suojattujen perusoikeuksien suhteen.[48]

Oikeuksien ja periaatteiden ulottuvuutta ja tulkintaa koskeva 52 artikla sisältää seitsemän kohtaa, joista neljä viimeistä lisättiin perusoikeuskirjaan vuonna 2004 perustuslakihankkeen yhteydessä. Artiklan 1 kohta koskee perusoikeuksien rajoitusedellytyksiä. Ensinnäkin perusoikeuskirjan oikeuksia ja vapauksia

---

45 Koldinská 2011, 1603.

46 Ks. esim. ikäsyrjintää koskevat tapaukset *Hennigs* C-297/10 ja *Kücükdeveci* C-555/07. Yhdenvertaisen kohtelun periaatetta sovellettiin vanhempainvapaadirektiiviä tulkittaessa tapauksessa *Chatzi* C-149/10. Tavaroiden ja palvelujen saatavuutta ja tarjontaa koskevaa direktiiviä 2004/113/EY koskevassa tapauksessa *Test Achats* C-236/09 EU-tuomioistuin totesi, että direktiivejä on arvioitava perusoikeuskirjan määräysten kannalta (tuomion 17 kohta).

47 Ks. horisontaaliartikloista esim. Helander 2001; Ojanen 2010, 134–143; Peers 2004; Dashwood ym. 2011, 382–386; Lindfelt 2007, 127–184.

48 Ojanen 2010, 135.

voidaan rajoittaa ainoastaan lailla. Toiseksi, oikeuksien ja vapauksien keskeistä sisältöä on kunnioitettava. Kolmanneksi, rajoitusten tulee olla suhteellisuusperiaatteen mukaisia, eli niiden tulee olla välttämättömiä ja vastata ”tosiasiallisesti unionin tunnustamia yleisen edun mukaisia tavoitteita tai tarvetta suojella muiden henkilöiden oikeuksia ja vapauksia”. Kuten Ojanen toteaa, rajoitusedellytykset vastaavat pitkälti kansallisten perusoikeusjärjestelmien ja kansainvälisten ihmisoikeussopimusten rajoitusedellytyksiä.[49]

Bell on huomauttanut, että 21 artiklan syrjinnän kieltoa tulee tulkita yhdessä 52 artiklan 1 kohdan kanssa. Tällöin erilainen kohtelu on syrjintää vain jos se ei ole suhteellisuusperiaatteen mukaista. Syrjinnän kiellon käsite vastaa tällöin Euroopan ihmisoikeussopimuksen 14 artiklan syrjinnän kieltoa, mutta eroaa EU:n sekundäärilainsäädännön syrjinnän kielloista, sillä näiden mukaisesti vain välillisen syrjinnän kieltoon on liitetty avoimet oikeuttamisperusteet (ikäsyrjintää lukuun ottamatta).[50] Perusoikeuskirjan syrjinnän kieltoa voisi näin ollen kritisoida siitä, että se ei anna yhtä vahvaa suojaa syrjintää vastaan kuin syrjinnän kieltävät direktiivit. Kuten Bell huomauttaa, on kuitenkin tärkeää erottaa perusoikeuskirjan ja direktiivien erilaiset roolit. Sekundäärilainsäädäntö tarjoaa ensinnäkin yksityiskohtaiset säännöt, kuinka toimia käytännön syrjintätilanteissa. Materiaalinen soveltamisala on kapeampi kuin perusoikeuskirjassa, ja syrjintäperusteiden lista on suljettu. Perusoikeuskirjan syrjinnän kielto taas kattaa koko EU-oikeuden alan, ja syrjintäperusteiden lista on avoin. Kuten Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytäntö osoittaa, uusia syrjintäperusteita voi syntyä ajan myötä, eikä erilaisia poikkeuksia voida muotoilla kovin yksityiskohtaisesti etukäteen. Näin ollen oikeuttamisperusteiden lähtökohdaksi omaksuttu joustava malli on välttämätön, jotta tuomioistuimet voivat soveltaa perusoikeuskirjan syrjinnän kieltoa yhteiskunnallisen kehityksen edellyttämällä tavalla.[51]

Perusoikeuskirjan 52 artiklan 2 kohdan mukaan ”perusoikeuskirjassa tunnustettuja oikeuksia, joista on määräyksiä perussopimuksissa, sovelletaan niissä määriteltyjen edellytysten ja rajoitusten mukaisesti”. Tarkoituksena siis oli, että perusoikeuskirja ei muuttaisi perussopimuksissa suojattujen oikeuksien sisältöjä.[52] Ojasen mukaan perussopimuksessa turvattujen oikeuksien rajoitusedellytykset ovat usein samanlaisia kuin EU:n perusoikeuskirjassa tunnustettujen oikeuksien rajoitusedellytykset. Hänen mukaansa keskeisiä ovat rajoitusten hyväksyttävyys-, välttämättömyys- ja oikeasuhtaisuusvaatimukset.[53] Tältä osin on kuitenkin viitattava palkkasyrjinnän kieltoa koskevaan SEUT 157 artiklaan.

---

49 Ojanen 2010, 137. Ks. perusoikeuskirjan rajoitusedellytyksistä myös Lindfelt 2007, 137–143.

50 Ks. Bell 2003, 97–98.

51 Bell 2003, 98.

52 Lindfelt 2007, 142.

53 Ojanen 2010, 138.

EU-tuomioistuimen vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan välitöntä syrjintää ei nimittäin voi oikeuttaa tällaisilla avoimilla oikeuttamisperusteilla (”hyväksyttävyys, välttämättömyys, oikeasuhtaisuus”). Sen sijaan välillisen syrjinnän kiellossa ne muodostavat käsitteen keskeisen elementin. Lisäksi positiivista erityiskohtelua koskevaa perusoikeuskirjan määräystä (23 artiklan 2 kohta) on tulkittava samalla tavalla kuin perussopimuksen vastaavaa artiklaa (SEUT 157 artiklan 4 kohta), mikä todetaan myös perusoikeuskirjan selityksissä.[54]

Lindfelt taas kiinnittää huomiota siihen, että aina ei ole selvää, perustuuko tietty perusoikeuskirjan oikeus johonkin perussopimuksen määräykseen. Esimerkkinä hän mainitsee perusoikeuskirjan 21 artiklan, jonka syrjintäperusteiden lista on pidempi kuin SEUT 19 artiklassa. Hän kysyy, antaako perusoikeuskirjan syrjinnän kielto vahvempaa suojaa kuin SEUT 19 artikla vai asettaako perusoikeuskirjan 52 (2) artikla rajoituksia perusoikeuskirjan 21 artiklan soveltamiselle. Hän tulkitsee tilanteen siten, että sikäli kuin EU on hyväksynyt lainsäädäntöä SEUT 19 artiklan perusteella, tuo lainsäädäntö toimisi perustana 21 artiklan soveltamiselle.[55] Lindfeltin tulkintaa seuraten syrjinnän kieltoon tehtävät poikkeukset ja oikeuttamisperusteet tulisi perustaa aina SEUT 19 artiklan nojalla hyväksyttyyn sekundäärilainsäädäntöön (syrjinnän kieltäviin direktiiveihin), sikäli kuin sitä on olemassa. Perusoikeuskirjan 52 (1) artiklan rajoitusedellytykset taas koskevat niitä 21 artiklassa mainittuja syrjintäperusteita, joista ei ole EU-lainsäädäntöä. On kuitenkin huomattava, että SEUT 19 artikla ei ole itsenäinen oikeus, johon yksilö voisi vedota, vaan se antaa vain EU:lle toimivallan luoda syrjinnänvastaista oikeutta. Siinä mielessä kysymys siitä, kumpi artikla (SEUT 19 artikla vai perusoikeuskirjan 21 artikla) antaa vahvempaa suojaa, ei ole mielekäs.

Perusoikeuskirjan 52 artiklan 3 kohdassa korostetaan jälleen Euroopan ihmisoikeussopimuksen merkitystä. Siinä todetaan, että siltä osin kuin perusoikeuskirjan oikeudet vastaavat ihmisoikeussopimuksessa taattuja oikeuksia, niiden merkitys ja ulottuvuus ovat samat kuin ihmisoikeussopimuksessa. Unioni voi tästä huolimatta myöntää laajempaa suojaa kuin ihmisoikeussopimus. Perusoikeuskirjan selitysten mukaan Euroopan ihmisoikeussopimuksessa turvattuja oikeuksia tulee tulkita Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ja EU-tuomioistuimen oikeuskäytännön valossa.[56] Artiklan 4 kohdassa korostetaan kan-

---

54 Euroopan unionin perusoikeuskirjan selitykset, EYVL 2007/C 303/02, 25.

55 Lindfelt 2007, 143. Vrt. Peers 2004, 169. Peers katsoo, että perusoikeuskirjan 52 (2) artiklan sanamuoto ei salli tällaista tulkintaa.

56 Euroopan unionin perusoikeuskirjan selitykset, EYVL 2007/C 303/02, 33. Ks. myös tapaus *J. McB v L.E.* C-400/10, jossa EUT tulkitsi perusoikeuskirjan 52 artiklan 3 kohtaa ensimmäistä kertaa, ja katsoi, että perusoikeuskirjan yksityis- ja perhe-elämää koskevalle 7 artiklalle on annettava sama merkitys ja ulottuvuus kuin EIS 8 artiklalle, ”sellaisena kuin Euroopan ihmisoikeustuomioistuin on sitä tulkinnut” (tuomion kohta 53). Ks. Peers 2011, 579–580.

sallisten perusoikeuksien merkitystä. Sen mukaan perusoikeuskirjan takaamia oikeuksia on tulkittava jäsenvaltion yhteisen valtiosääntöperinteen mukaisesti.

Perusoikeuskirjan 52 artiklan 5 kohta tuo perusoikeuskirjaan jaottelun oikeuksiin ja periaatteisiin. Sen mukaan ”perusoikeuskirjan periaatteita sisältävät määräykset voidaan panna täytäntöön unionin toimielinten, elinten tai laitosten oman toimivaltansa puitteissa hyväksymillä lainsäätämisjärjestyksessä hyväksyttävillä säädöksillä, täytäntöönpanosäädöksillä sekä säädöksillä, joita jäsenvaltiot antavat unionin lainsäädännön täytäntöönpanemiseksi. Ne voidaan saattaa tuomioistuimen ratkaistaviksi vain sikäli kuin on kyse tällaisten säädösten tulkinnasta tai niiden laillisuuden valvonnasta.” Määräyksen on katsottu olevan tulkinnanvarainen.[57]

Ojanen toteaa, että yhtään oikeutta tai vapautta ei itse perusoikeuskirjassa ole määritelty periaatteeksi. Tällöin EU-tuomioistuimen oikeuskäytännön varaan jää viime kädessä se, mitä nuo periaatteet ovat ja minkälaisia oikeusvaikutuksia ne tuottavat. Ainakaan periaatteiden suora soveltaminen lainkäytössä ei määräyksen mukaan ole mahdollista. Ojasen mukaan jakoa oikeuksiin ja periaatteisiin on arvioitava kriittisesti myös perus- ja ihmisoikeuksien jakamattomuuden näkökulmasta. Moni pelkää Ojasen mukaan sitä, että periaatteet tarkoittavat lähinnä TSS-oikeuksia ja oikeudet KP-oikeuksia, mikä jaottelu olisi ongelmallista paitsi suomalaisen perusoikeusjärjestelmän kannalta, myös alkuperäisen perusoikeuskirjan omaksuman perusratkaisun kannalta, jonka mukaan oikeuksia suojataan yhtäläisesti ilman minkäänlaista etusijajärjestystä.[58]

Perusoikeuskirjan johdannossa todetaan, että EU ”perustuu ihmisarvon, vapauden, yhdenvertaisuuden ja yhteisvastuun *jakamattomiin* ja yleismaailmallisiin arvoihin” (kursiivi tässä). Lausuma perustuu YK:n ihmisoikeuksien julistukseen (1948) sekä Wienin julistukseen ja toimintaohjelmaan (1993), joissa molemmissa korostetaan ihmisoikeuksien jakamattomuutta.[59] Toisaalta perusoikeuskirjan viimeisessä johdantokappaleessa todetaan, että ”unioni tunnustaa jäljempänä esitetyt oikeudet, vapaudet ja periaatteet”, mutta jättää auki kysymyksen, mitä nuo oikeudet, vapaudet ja periaatteet ovat. Erottelu on nähtävissä myös perusoikeuskirjan 51 artiklan 1 kohdassa, jossa todetaan, että unioni ja jäsenvaltiot ”kunnioittavat tämän perusoikeuskirjan mukaisia oikeuksia, noudattavat sen sisältämiä periaatteita ja edistävät niiden soveltamista”. Lindfeltin mukaan nämä perusoikeuskirjaan sisältyvät ristiriitaiset viestit heijastavat TSS- ja KP-oikeuksien jakamattomuudesta ja etenkin TSS-oikeuksien oikeudellisesta luonteesta käytyä keskustelua, johon ei ole saatu lopullista ratkaisua perusoikeuskirjassakaan.[60]

---

57 Ojanen 2010, 141; Lindfelt 2007, 157–174; Koukoulis-Spiliotopoulos 2008; Peers 2004, 173, 175–176.

58 Ojanen 2010, 141–142.

59 Lindfelt 2007, 157.

60 Ks. tarkemmin Lindfelt 2007, 157–174. Ks. myös Fredman 2008b, 92–123; Fredman 2006;

Vaikka perusoikeuskirjassa ei määritellä, mitkä oikeudet ja vapaudet on katsottava periaatteiksi, perusoikeuskirjan selityksissä viitataan ”havainnollisuuden vuoksi” esimerkkeinä perusoikeuskirjassa tunnustetuista periaatteista ikääntyneiden henkilöiden oikeuksia koskevaan 25 artiklaan, vammaisten oikeuksia koskevaan 26 artiklaan ja ympäristönsuojelua koskevaan 37 artiklaan. Perusoikeuskirjan selityksissä todetaan myös, että ”joissakin tapauksissa perusoikeuskirjan artiklalla saattaa olla merkitystä sekä oikeuden että periaatteen ilmentäjinä”. Esimerkkinä selityksissä viitataan – ilman minkäänlaisia perusteluita – sukupuolten tasa-arvoa koskevaan 23 artiklaan sekä 33 ja 34 artikloihin.[61]

Perusoikeuskirjan 52 artiklan 6 kohdan mukaan ”kansalliset lainsäädännöt ja käytännöt on otettava täysin huomioon siten kuin tässä perusoikeuskirjassa määrätään”, ja artiklan 7 kohdan mukaan ”tuomioistuimet ottavat asianmukaisesti huomioon tämän perusoikeuskirjan tulkitsemisen ohjaamiseksi laaditut selitykset”. Selityksillä ei sellaisenaan ole oikeudellista merkitystä, mutta ne toimivat tulkintavälineenä perusoikeuskirjan määräyksiä sovellettaessa.[62] Selitysten merkitystä korostaa sekin, että niiden asema perusoikeuskirjan tulkintalähteenä mainitaan myös SEU 6 artiklan 1 kohdan kolmannessa alakohdassa. Ojasen mukaan selvää on kuitenkin yhtäältä se, että Euroopan ihmisoikeussopimus asettaa vähimmäistason myös perusoikeuskirjassa suojatuille oikeuksille, ja toisaalta se, että EU-tuomioistuin on auktoriteettiasemassa perusoikeuskirjan tulkinnassa ja soveltamisessa.[63]

Suojan tasoa koskevan 53 artiklan mukaan ”perusoikeuskirjan määräyksiä ei saa tulkita siten, että ne rajoittaisivat tai loukkaisivat niitä ihmisoikeuksia ja perusvapauksia, jotka asianomaisella soveltamisalalla tunnustetaan unionin oikeudessa, kansainvälisessä oikeudessa ja niissä kansainvälisissä yleissopimuksissa, joiden osapuolina unioni tai kaikki jäsenvaltiot ovat, ja erityisesti ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojaamiseksi tehdyssä yleissopimuksessa, sekä jäsenvaltioiden valtiosäännöissä.” Monet ovat osoittaneet, kuinka artikla yhdessä muiden horisontaaliartiklojen kanssa tulkittuna mahdollistaa monenlaisia tulkintoja.[64] Ojasen mukaan tätä artiklaa yhdessä kansallisia perusoikeuksia korostavan 52 artiklan 4 kohdan kanssa voidaan tulkita siten, että ”niiden myötä unionin perusoikeusjärjestelmä kiinnittyy entistä vahvemmin jäsenvaltioiden yhteiseen valtiosääntöperinteeseen ja kansainvälisiin ihmisoikeussopimuk-

Maduro 2003.

61 Euroopan unionin perusoikeuskirjan selitykset, EYVL 2007/C 303/02, 35.

62 Euroopan unionin perusoikeuskirjan selitykset, EYVL 2007/C 303/02, 17.

63 Ojanen 2010, 142.

64 Helander 2001, 106–108; Ojanen 2010, 140. Dashwood ym. (2011, 385) esittävät, että 53 artikla on nähty myös uhkana EU-oikeuden etusijaa koskevalle periaatteelle. Ks. myös Peers 2011; Peers 2004; Lindfelt 2007, 174–180.

siin", jotka tulisi ottaa EU-oikeuden tulkinnassa aiempaa tarkemmin huomioon.[65] Tällöin perusoikeuksiin liittyviä kysymyksiä ei enää tarkasteltaisi vain EU-oikeuden näkökulmasta, millä taas on hyvin olennainen merkitys sukupuolten tasa-arvon kannalta. Ojasen mukaan tällainen pluralistinen lähestymistapa auttaisi ratkaisemaan EU-oikeuden ja kansallisen oikeuden väliset normiristiriidat harmonisoivalla tulkinnalla konkreettisissa yksittäistapauksissa.[66] Ojanen jatkaa, että normikokonaisuus voidaan ymmärtää myös siten, että yksittäisessä tapauksessa tuomioistuimen tulisi esittää EU-oikeuden, kansallisen oikeuden ja kansainvälisten ihmisoikeussopimusten kokonaisuuden kannalta sellainen ratkaisu, joka turvaisi mahdollisimman tehokkaasti perusoikeuksien toteutumista.[67] Tälläkin tulkinnalla on sukupuolten tasa-arvon kannalta aivan keskeinen merkitys.

Perusoikeuskirjan viimeinen, 54 artikla koskee oikeuksien väärinkäytön kieltoa. Sen mukaan "perusoikeuskirjan määräysten ei saa tulkita antavan oikeutta ryhtyä sellaiseen toimintaan tai tehdä sellaista tekoa, jonka tarkoituksena on tehdä tyhjäksi jokin tässä perusoikeuskirjassa tunnustettu oikeus tai vapaus tai rajoittaa sitä laajemmalti kuin tässä perusoikeuskirjassa on sallittu". Määräys vastaa Euroopan ihmisoikeussopimuksen 17 artiklaa, ja käytännössä se tarkoittaa esimerkiksi sitä, että rasistisen tai homovastaisen propagandan levittämistä ei voi perustella sananvapautta koskevalla artiklalla.[68]

2.3 SUKUPUOLTEN TASA-ARVO EU-OIKEUDEN YLEISENÄ OIKEUSPERIAATTEENA

EU-oikeudessa perus- ja ihmisoikeuksia suojataan myös osana EU-oikeuden yleisiä oikeusperiaatteita, jotka ovat kirjoittamaton mutta hyvin tärkeä osa EU-oikeutta.[69] Etenkin Euroopan neuvoston ihmisoikeussopimuksen rooli on tärkeä, mikä käy ilmi jo SEU 6 artiklan 3 kohdasta. Euroopan unionista tehdyn sopimuksen johdantokappaleessa viitataan myös vuonna 1961 laadittuun ja vuonna 1996 uudistettuun Euroopan neuvoston sosiaaliseen peruskirjaan ja vuonna 1989 laadittuun työntekijöiden sosiaalisia oikeuksia koskevaan yhteisön peruskirjaan.

Perus- ja ihmisoikeuksien läpimurtoa koskeva tarina on tuttu ja kerrottu sekin moneen otteeseen.[70] Se on syytä toistaa tässäkin lyhyesti, jotta sukupuolten tasa-arvo EU-oikeuden yleisenä oikeusperiaatteena saadaan kontekstiinsa.

---

65 Ojanen 2010, 140.
66 Ojanen 2010, 140.
67 Ojanen 2010, 140–141. Näin myös Helander 2001, 121–122.
68 Ojanen 2010, 143; Lindfelt 2007, 180–181.
69 Ks. Tridimas 2006 ja Ellis 2005, 315–344.
70 Ks. esim. Alston (ed.) 1999; Lindfelt 2007; Ojanen 1998, 97–136; Leino-Sandberg 2005;

Kuten tunnettua, perus- ja ihmisoikeudet eivät alun perin olleet EU:ssa mitenkään korostuneessa asemassa; Rooman sopimuksessa ei ollut niistä mitään mainintaa. Jotkin määräykset tosin olivat perusoikeuksien kaltaisia, kuten kansalaisuuteen perustuvan syrjinnän kieltoa koskeva (nykyinen) SEUT 18 artikla, työntekijöiden liikkumisvapautta koskeva SEUT 45 artikla ja samapalkkaisuutta koskeva SEUT 157 artikla. Jo 1960-luvun alussa ryhdyttiin kuitenkin keskustelemaan perusoikeuksien asemasta EU:ssa. Tuolloin Italian ja Saksan valtiosääntötuomioistuimet katsoivat, että niillä on toimivalta tutkia EU-oikeuden perustuslainmukaisuutta. Saksan valtiosääntötuomioistuin perusteli kantaansa sillä, että perustamissopimuksista puuttui perusoikeusluettelo. Näillä päätöksillä oli keskeinen merkitys EU:n perusoikeusulottuvuuden synnyn kannalta. Perusoikeuksia koskevaa keskustelua lisäsi EU-tuomioistuimen vuonna 1965 antama päätös tapauksessa *Costa v. ENEL* (6/64), jossa tuomioistuin vahvisti EU-oikeuden ehdottoman etusijan kaikkeen kansalliseen oikeuteen nähden näiden ollessa keskenään ristiriidassa. Varsinkin Saksassa ratkaisu sai aikaan huolta sen suhteen, voiko EU-oikeus syrjäyttää myös kansalliset perusoikeudet.[71]

Saksan tuomioistuimet esittivät EU-tuomioistuimelle kolme ennakkoratkaisupyyntöä, joissa oli kyse EU-oikeuden yhteensopivuudesta Saksan perustuslain perusoikeussäännösten kanssa. Perusoikeuksien läpimurtona EU-oikeudessa onkin pidetty näihin pyyntöihin annettuja ennakkoratkaisuja tapauksissa *Stauder* (29/69), *Internationale Handelsgesellschaft* (11/70) ja *Nold* (4/73). Näissä ratkaisuissa tuomioistuin esitti perusoikeuksien aseman EU-oikeudessa seuraavasti: Ne ensinnäkin sisältyvät EU-oikeuden kirjoittamattomiin yleisiin oikeusperiaatteisiin, joiden noudattamista tuomioistuin valvoo. Toiseksi, EU-oikeuden sopusointua perusoikeuksien kanssa arvioidaan EU-oikeuden, ei kansallisten perustuslakien perusoikeussäännösten valossa. Kolmanneksi, valvoessaan perusoikeuksien toteutumista EU-tuomioistuin tukeutuu jäsenvaltioiden yhteiseen valtiosääntöperinteeseen ja kansainvälisiin ihmisoikeussopimuksiin.[72] EU-tuomioistuin onkin viitannut useasti etenkin Euroopan ihmisoikeussopimukseen,[73] ensimmäisen kerran vuonna 1975 tapauksessa *Rutili* (36/75). Myöhemmin EU-tuomioistuin selvensi perusoikeuksien soveltamiseen liittyviä kysymyksiä. Se muun muassa vahvisti, että perusoikeudet sitovat

---

Dashwood ym. 2011, 337–357; Hartley 2010, 141–160; Tridimas 2006, 298–369; Nieminen 2001; Rosas – Armati 2010, 143–162.

71 Ojanen 2010, 119–120. Ks. tarkemmin Kokott 2000 ja Cartabia 2000.

72 Ojanen 2010, 120; Dashwood 2011, 337–339. Saksan valtiosääntötuomioistuin katsoi vasta vuonna 1986 ns. *Solange II* -tapauksessa (BVerfGE 73, 339), että perusoikeussuoja EU:ssa oli saavuttanut tason, joka oli Saksan perusoikeusjärjestelmänkin näkökulmasta hyväksyttävä. Kanta tosin tiukentui jo Maastrichtin sopimusta solmittaessa ja myöhemmin Lissabonin sopimusta solmittaessa. Samanlainen kehitys on nähtävissä myös Italian valtiosääntötuomioistuimessa. (Ojanen 2010, 123.)

73 Ks. esim. tapaus *Johnston* 222/84, tuomion kohta 18; tapaus *ERT* C-260/89, tuomion kohta 41; tapaus *Kremzow* C-299/95, tuomion kohta 14.

paitsi unionin toimielimiä, myös jäsenvaltioita, kun niissä sovelletaan EU-oikeutta.[74]

EU-tuomioistuin oli keskeisimmässä asemassa EU:n perusoikeusulottuvuuden kehittäjänä 1980-luvun lopulle asti. Tosin Euroopan parlamentti, neuvosto ja komissio reagoivat jo EU-tuomioistuimen varhaisiin perusoikeuksia koskeviin ratkaisuihin yhteisellä julistuksella, jossa he totesivat noudattavansa perusoikeuksia yhteisön yleisinä oikeusperiaatteina.[75] Näin he osaltaan hyväksyivät EU-tuomioistuimen ratkaisukäytännön.[76] Perus- ja ihmisoikeuksia ryhdyttiin kuitenkin kehittämään varsinaisesti vasta 1980-luvulla, jolloin niitä alettiin sisällyttää myös perustamissopimuksiin. Ensimmäinen maininta perusoikeuksista oli vuoden 1986 Euroopan yhtenäisasiakirjassa. Kirjan johdanto-osaan sisältyi jäsenvaltioiden sitoumus kunnioittaa perustavanlaatuisia oikeuksia jäsenvaltioiden perustuslakien ja muiden lakien, Euroopan ihmisoikeussopimuksen sekä Euroopan sosiaalisen peruskirjan pohjalta.[77]

Vielä 1990-luvun alussa perusoikeuksien asema EU:ssa ei ollut läheskään selkiytynyt. Koska EU luotiin ennen kaikkea taloudellisten yhteistyön tarpeisiin, on neljän perusvapauden toteuttamisella ollut keskeinen asema EU:n oikeusjärjestyksessä.[78] Kun Maastrichtin sopimus tuli vuonna 1993 voimaan, EU:n toiminnan painopiste ei ollut enää taloudessa, vaan yhteistyötä oli tarkoitus tehdä myös muun muassa sosiaalipolitiikassa. Yhdentymisen luonteen muututtua oli kiinnitettävä aiempaa enemmän huomiota myös perusoikeuksiin. Maastrichtin sopimukseen kirjattiinkin EU-tuomioistuimen ratkaisukäytännössä syntyneen perusoikeusopin periaatteet. Vuoden 1997 Amsterdamin sopimus muutti EY:n ja EU:n perustamissopimuksia juuri perus- ja ihmisoikeuksien osalta, ja tämä kehitys jatkui Lissabonin sopimuksessa.[79] Tuolloin perusoikeuskirja otettiin osaksi EU:n primäärioikeutta. Samalla luotiin oikeusperusta EU:n liittymiselle Euroopan ihmisoikeussopimukseen, ja korostettiin Euroopan ihmisoikeussopimuksen ja kansallisten perusoikeuksien merkitystä EU-oikeuden

---

74 Esim. tapaus *Wachauf* 5/77, jossa tuomioistuin totesi myös, että jäsenvaltioiden tulee tulkita EU-oikeutta perusoikeusmyönteisellä tavalla. Ks. myös esim. tapaus *ERT* C-260/89, jossa tuomioistuin totesi, että jäsenvaltioiden on otettava perusoikeudet huomioon myös rajoittaessaan sisämarkkinavapauksia. Ks. myös tapaus *Carpenter* C-60/00, jota on kritisoitu siitä, että tapauksen yhteys EU-oikeuteen oli hyvin ohut. Tapaus onkin nähty hyvänä esimerkkinä siitä, kuinka EU-tuomioistuimen perus- ja ihmisoikeuksia koskeva oikeuskäytäntö voi laajentaa EU-oikeuden alaa. (Dashwood 2011, 343–349, *Carpenter*-tapauksen osalta ks. s. 347; Ojanen 2010, 121–122.)

75 Joint Declaration of 5 April 1977, EYVL 1977 C 103/1.

76 Dashwood ym. 2011, 343.

77 Ojanen 2010, 121–122; Dashwood ym. 2011, 339–340.

78 Ks. perusoikeuksien suhteesta sisämarkkinavapauksiin esim. Ojanen 2010, 127–131; Dashwood ym. 2011, 349–351.

79 Ojanen 2010, 121–127; Dashwood ym. 2011, 339–343. Perusoikeuksien asemaa on vahvistanut myös unionin perusoikeusviraston perustaminen Wieniin vuonna 2007. Samana vuonna perustettiin myös Euroopan tasa-arvoinstituutti (European Institute for Gender Equality, EIGE), joka sijaitsee Vilnassa. Ks. myös Alston – De Schutter 2005.

yleisinä oikeusperiaatteina (SEU 6 artikla). *EU-oikeudessa perus- ja ihmisoikeuksia turvataan nyt siis sekä perusoikeuskirjassa taattuina oikeuksina että EU-oikeuden yleisinä oikeusperiaatteina*. EU-tuomioistuin on viitannut oikeuskäytännössään näihin molempiin oikeuslähteisiin.[80]

Syrjinnän kiellon merkitys *EU-oikeuden yleisenä oikeusperiaatteena* havainnollistuu hyvin EU-tuomioistuimen ikäsyrjintää koskevassa ratkaisukäytännössä. Ensimmäinen ikäsyrjintää koskeva tapaus oli *Mangold* (C-144/04), joka oli ylipäänsä ensimmäinen työelämän tasa-arvodirektiivin 2000/78/EY soveltamista koskeva tapaus. Kyse oli Saksan työlainsäädännöstä, jonka mukaan työnantajalla oli ilman perusteltua syytä mahdollisuus solmia työsopimus määräaikaisena 52 vuotta täyttäneiden kanssa. EU-tuomioistuin katsoi, että ikään perustuva syrjinnän kielto on EU-oikeuden yleinen oikeusperiaate, jolloin jäsenvaltion tulee jättää soveltamatta kaikki sen kanssa mahdollisesti ristiriidassa olevat kansallisen lain säännökset.[81] Näin työntekijä pystyi vetoamaan ikään perustuvan syrjinnän yleiseen oikeusperiaatteeseen toista yksityistä (työnantajaansa) vastaan, vaikka itse direktiivillä ei olisikaan tällaista välitöntä horisontaalivaikutusta.

Tämän EU-tuomioistuin vahvisti ikäsyrjintää koskevassa tapauksessa *Kücükdeveci* (C-555/07), jossa se totesi, että direktiivillä ei sellaisenaan voida luoda velvoitteita yksityiselle oikeussubjektille eikä siihen näin ollen voida vedota yksityistä henkilöä vastaan.[82] Sen sijaan se katsoi, että ikään perustuvan syrjinnän kielto on EU-oikeuden yleinen oikeusperiaate, joka on konkretisoitu työelämän tasa-arvodirektiivillä 2000/78/EY, ja jonka toteutuminen tulee turvata ”jättämällä tarvittaessa soveltamatta kaikki kyseisen periaatteen kanssa mahdollisesti ristiriidassa olevat kansallisen lainsäädännön säännökset”.[83] Se kiinnitti huomiota myös siihen, että ikään perustuva syrjintä on kielletty perusoikeuskirjan 21 artiklassa.[84] Jotkut ovatkin nostaneet esiin kysymyksen, onko perusoikeuskirjan oikeuksiin mahdollista vedota myös toista yksityistä vastaan, jos niiden katsotaan olevan yleisiä oikeusperiaatteita. Perusoikeuskirjallahan ei sinänsä ole horisontaalivaikutusta, koska se velvoittaa vain unionin toimielimiä ja jäsenvaltioita niiden soveltaessa unionin oikeutta.[85]

EU-tuomioistuimen ikäsyrjintää koskevaa oikeuskäytäntöä on kommentoitu paljon,[86] ja myös ikäsyrjintää koskevia ennakkoratkaisupyyntöjä on tullut useita

---

80 Ks. esim. tapaukset *Kücükdeveci* C-555/07; *Chatzi* C-149/10; *Test-Achats* C-236/09.

81 Tapaus *Mangold* C-144/04, tuomion 75 ja 77 kohdat.

82 Tapaus *Kücükdeveci* C-555/07, tuomion 46 kohta.

83 Tapaus *Kücükdeveci* C-555/07, tuomion 51 kohta.

84 Tapaus *Kücükdeveci* C-555/07, tuomion 22 kohta.

85 Dashwood ym. 2011, 345; Peers 2010, 849.

86 Ks. esim. Schiek 2010; Schiek 2011; Papadopoulos 2011; de Mol 2010; Seifert 2010; Thüsing – Horler 2010; Meenan 2009. Ks. myös Fredman – Spencer (eds) 2003. Suomessa ikäsyrjinnästä on kirjoitettu mm. Nieminen 2006; Walkila 2010; Koskinen 2003.

lyhyen ajan sisällä.[87] Kuten Schiek on esittänyt, osa näistä tapauksista on ollut sellaisia, joissa olisi yhtä hyvin voinut vedota myös sukupuolisyrjinnän kieltoon.[88]

Vaikka tapaukset *Mangold* (C-144/04) ja *Kücükdeveci* (C-555/07) koskivat ikäsyrjintää, oikeuskirjallisuudessa on katsottu, että tapauksissa muotoiltu tulkintasääntö soveltuu myös muita syrjintäperusteita koskevissa tapauksissa. Sukupuolten tasa-arvon yleiseen oikeusperiaatteeseen voisi siten vedota myös yksityinen henkilö toista yksityistä vastaan ja näin syrjäyttää periaatteen kanssa ristiriidassa olevan kansallisen lainsäädännön. Tapaukset ovat siis merkittäviä myös sukupuolisyrjintää koskevan doktriinin kannalta.[89]

Sukupuolten yhdenvertaisen kohtelun periaate on tärkeä EU-oikeuden yleinen oikeusperiaate.[90] Tämän EU-tuomioistuin totesi jo tapauksessa *Defrenne III* (149/77).[91] Tapauksessa *Razzouk ja Beydoun* (75 ja 117/82) tuomioistuin perusti päätöksensä yksinomaan syrjinnän kiellon yleiselle oikeusperiaatteelle. Tapauksessa kyse oli siitä, että leskeneläkettä myönnettiin vain komission edesmenneen työntekijän naispuoliselle, mutta ei miespuoliselle leskelle, minkä EU-tuomioistuin katsoi olevan välitöntä sukupuolisyrjintää. Tapauksesta *Sabbatini* (32/71) lähtien on ollut selvää, että syrjinnän kiellon yleinen oikeusperiaate soveltuu myös välillisen syrjinnän tapauksiin.[92] Tapauksessa EU:n naispuolinen työntekijä menetti ekspatriaattitukensa mennessään naimisiin, sillä hänen aviomiehensä katsottiin olevan perheen pää (*head of the family*). Vain aviomiehen vamman vuoksi vaimon voitiin poikkeuksellisesti katsoa olevan perheen pää, minkä vuoksi tuen menettävät EU:n työntekijät olivat suurimmaksi osaksi naisia. Tämän tuomioistuin katsoi olevan syrjinnän kiellon yleisen oikeusperiaatteen vastaista. EU-tuomioistuin on todennut, että samapalkkaisuus on vain yksi esimerkki tästä yleisestä periaatteesta.[93]

---

87 Ks. esim. tapaukset *Palacios de la Villa* C-411/05, *Bartsch* C-427/06, *Age Concern England* C-388/07, *Hütter* C-88/08, *Wolf* C-229/08, *Petersen* C-341/08, *Bulicke* C-246/09, *Andersen* C-499/08, *Rosenbladt* C-45/09, *Deutsche Lufthansa* C-109/09, *Georgiev* C-250/09 ja C-268/09, *Prigge* C-447/09, *Fuchs* C-159/10 ja C-160/10, *Hennigs* C-297/10 ja C-298/10. Muita (pl. sukupuoli) syrjintäperusteita koskevaa oikeuskäytäntöä on huomattavasti vähemmän. Ks. vammaisuuden osalta *Chacon Navas* C-13/05 ja *Coleman* C-303/06, seksuaalisen suuntautumisen osalta *Maruko* C-267/06 ja *Römer* C-147/08, sekä rodun osalta *Feryn* C-54/07. Moniperusteista syrjintää koski tapaus *Meister* C-415/10.

88 Schiek 2011. Ks. myös Koldinská 2011a, 1618.

89 Koldinská 2011a, 1601–1602, joka viittaa Lenaerts – Gutierez-Fons 2010, 1647. Ks. myös julkisasiamies Kokottin ratkaisuehdotus tapauksessa *Roca Álvarez* C-104/09, erit. kohta 55.

90 Ks. esim. Ellis 2005; Tridimas 2006; Costello – Davies 2006; Barnard 2006; Fredman 2011.

91 Ks. myös esim. tapaus *Marshall* 152/84, tuomion 36 kohta; tapaus *Roberts* 151/84, tuomion 35 kohta; tapaus *Birds Eye Walls Ltd* C-132/92, tuomion 17 kohta; tapaus *Smith* C-408/92, tuomion 25 kohta; tapaus *Seymour-Smith ja Perez* C-167/97, tuomion 75 kohta; tapaus *Deutsche Post* yhdistetyt asiat C-270/97 ja C-271/97, tuomion 57 kohta; tapaus *Rinke* C-25/02, tuomion 25 kohta; tapaus *Allonby* C-256/01, tuomion 65 kohta.

92 Vrt. kuitenkin tapaus *De Angelis* 246/83 ja Ellisin kritiikki (2005, 340 ss.).

93 Ks. esim. tapaus *Rinke* C-25/02.

Barnard on eritellyt kolme eri kontekstia, joissa yhdenvertaisen kohtelun ja syrjinnän kielto esiintyy EU-oikeuden yleisenä oikeusperiaatteena.[94] Ensinnäkin EU-tuomioistuin on nojautunut periaatteeseen arvioidessaan EU:n lainsäädännön pätevyyttä tai EU:n omaan henkilöstöönsä kohdistamia toimia. Tähän kategoriaan kuuluvat mainitsemani tapaukset *Razzouk ja Beydoun* sekä *Sabbatini*. Barnard toteaa, että tässä yhteydessä yhdenvertaisen kohtelun periaate tarkoittaa, että ”samanlaisia tilanteita ei saa kohdella eri tavalla eikä erilaisia tilanteita samalla tavalla, ellei kohtelulle ole hyväksyttäviä perusteita”.[95] Tämä lähestymistapa on kovin muodollinen, korostaen vertailtavuusperiaatetta.[96] Toisaalta EU-tuomioistuin on katsonut, että sukupuolisyrjinnän kiellon yleinen oikeusperiaate kattaa myös välillisen syrjinnän kiellon, jolloin merkitystä ei enää ole sillä, kohdellaanko sukupuolia muodollisesti yhdenvertaisesti, vaan asettaako neutraali säännös tai menettely toisen sukupuolen tosiasiassa eri asemaan ilman hyväksyttävää syytä.[97] Välillisen syrjinnän kiellon tunnustaminen EU-oikeuden yleiseksi oikeusperiaatteeksi ilmentää osaltaan pyrkimystä tosiasialliseen tasa-arvoon.

Toiseksi periaatteeseen on viitattu EU-oikeuden tulkintavälineenä.[98] Tämän lähestymistavan merkitys näkyy hyvin tapauksessa *P v. S* (C-13/94), jossa oli kyse sukupuolensa miehestä naiseksi muuttaneen henkilön irtisanomisesta. Tapauksen keskeinen kysymys oli, voidaanko tasa-arvodirektiivin 76/207/ETY käsitteellä *sukupuoli* viitata myös *sukupuolen muuttamiseen*, eli ulottuuko sukupuolisyrjinnän kielto myös transsukupuolisiin henkilöihin. EU-tuomioistuin totesi, että tasa-arvodirektiivi on vain ilmaus yhdenvertaisuusperiaatteesta, joka on EU-oikeuden yleinen oikeusperiaate.[99] Lisäksi se totesi sukupuolisyrjinnän kiellon olevan perustavaa laatua oleva ihmisoikeus, jonka toteutumista EU-tuomioistuin valvoo.[100] Tämän vuoksi tasa-arvodirektiivin soveltamisalaa ei voida rajoittaa vain sellaiseen syrjintään, joka perustuu henkilön sukupuoleen, vaan se on ulotettava myös syrjintään, joka perustuu siihen, että henkilö on muuttanut sukupuoltaan. Tällainen syrjintä perustuu olennaisesti henkilön sukupuoleen.[101] EU-tuomioistuin totesi, että ”[t]o tolerate such discrimination would be tantamount, as regards such a person, to a failure to respect the dignity and

---

94 Ks. Barnard 2006, 315.

95 Barnard 2006, 315–317.

96 Ks. esim. *D ja Ruotsin kuningaskunta v. Euroopan unionin neuvosto* C-122/99 ja C-125/99. Tapaus koski Ruotsissa parisuhteensa rekisteröinyttä EU:n virkamiestä, jolta oli evätty eräs EU:n perhepoliittinen etuus (household allowance), koska etuus koski vain avioliitossa eläviä EU:n virkamiehiä. EUT katsoi, että samaa sukupuolta oleva, suhteensa rekisteröinyt pari ei ole vertailukelpoisessa tilanteessa naimisissa olevan naisen ja miehen kanssa.

97 Ks. esim. tapaus *Sabbatini* 32/71 ja *Rinke* C-25/02.

98 Ks. Barnard 2006, 317–319.

99 Tapaus *P v. S* C-13/94, tuomion 17 kohta.

100 Tapaus *P v. S* C-13/94, tuomion 18 kohta.

101 Tapaus *P v. S* C-13/94, tuomion 20 ja 21 kohdat.

freedom to which he or she is entitled, and which the Court has a duty to safeguard".[102] Tapaus ilmentää hyvin tosiasiallista tasa-arvoa, etenkin sen *ihmisarvoa* korostavaa lähestymistapaa.

Toisessa transsukupuolisten oikeuksia koskevassa tapauksessa *KB* (C-117/01) kyse oli leskeneläkkeen epäämisestä. Leskeneläkkeen myöntämisen edellytyksenä oli se, että pariskunta on naimisissa. KB (nainen) eli kuitenkin yhdessä miehen kanssa, joka oli syntynyt naiseksi, mutta muuttanut sukupuoltaan. Englannin lainsäädännön mukaan he eivät voineet avioitua, koska syntymätodistusta ei voinut muuttaa vastaamaan henkilön uutta sukupuolta. Näin ollen ei leskeneläkettäkään myönnetty. Tällä kertaa EU-tuomioistuin katsoi, että kyse ei voinut olla sukupuolisyrjinnästä, "koska sillä seikalla, onko hakijana mies vai nainen, ei ole mitään merkitystä jälkeen jääneen eläkkeen myöntämisen kannalta."[103] Ilmeisesti tuomioistuin oli komission kanssa samaa mieltä siitä, että tapauksessa epäedullisella kohtelulla oli vain etäinen yhteys sukupuolenvaihdokseen, toisin kuin tapauksessa *P v. S* (C-13/94), jossa P:n irtisanominen johtui välittömästi sukupuolenvaihdoksesta.[104] Tuomioistuin katsoi joka tapauksessa, että kyse oli epäedullisesta kohtelusta siltä osin, kun sukupuoltaan muuttanut henkilö ei voinut avioitua, eikä näin ollen täyttää leskeneläkkeen myöntämisen ehtoja. Se nojautui Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tapaukseen *Christine Goodwin v. Yhdistynyt kuningaskunta* (11.7.2002), jossa EIT oli katsonut Englannin lainsäädännön olevan tältä osin ihmisoikeussopimuksen vastainen. Tällöin lainsäädäntö on EU-tuomioistuimen mukaan lähtökohtaisesti myös vastoin EU:n samapalkka-artiklaa.

EU-tuomioistuin jätti kuitenkin kansallisen tuomioistuimen tehtäväksi arvioida sitä, voidaanko tässä tapauksessa artiklaan vedota.[105] Tapausta on kritisoitu siitä, että siinä takerruttiin liiaksi vertailuelementtiin. Bell toteaa, että ilman vertailuakin oli selvää, että KB oli kokenut haittaa, ja että haitalla ja sukupuolen muuttamisella oli syy-yhteys.[106] Koska EU-tuomioistuin tapauksessa *P v. S* (C-13/94) ulotti sukupuolisyrjinnän kiellon käsitteen myös transsukupuolisiin, tuntuukin oudolta, että syrjintäolettamaa ei syntynyt vain sillä perusteella, että "miehiä ja naisia kohdeltiin samalla tavalla". Samaan argumenttiin olisi voitu vedota myös tapauksessa *P v. S* (C-13/94) – kaiketi työnantaja olisi kohdellut yhtä huonosti kaikkia transsukupuolisia uudesta ja vanhasta sukupuolesta riippumatta. Ylipäänsä syrjintä transsukupuolisuuden perusteella on hyvä esimerkki siitä, että vertailuelementti ei sovellu kaikkiin syrjintätilanteisiin. Verrokin valinta on useimmiten hyvin sattumanvaraista.

---

102 Tapaus *P v. S* C-13/94, tuomion 22 kohta.
103 Tapaus *KB* C-117/01, tuomion 29 kohta.
104 Ks. tapaus *KB* C-117/01, tuomion 22 ja 23 kohdat.
105 Tapaus *KB* C-117/01, tuomion 30–35 kohdat.
106 Bell 2004, 226.

Kolmanneksi yhdenvertaisuusperiaatteeseen on mahdollista nojautua myös arvioitaessa jäsenvaltioiden menettelyä, kun ne soveltavat EU-oikeutta.[107] Tästä hyvä esimerkki ovat ikäsyrjintää koskevat tapaukset *Mangold* (C-144/04) ja *Kücükdeveci (*C-555/07), joiden perusteella voidaan sanoa, että jäsenvaltioiden on noudatettava EU:n yleisiin oikeusperiaatteisiin kuuluvia yhdenvertaisuuden ja syrjinnän kiellon periaatteita aina silloin kun kyse on EU-oikeuden alaan kuuluvasta asiasta.

Mielenkiintoinen esimerkki yhdenvertaisen kohtelun periaatteen soveltamisesta oli tapaus *Chatzi* (C-149/10), jossa kyse oli vanhempainvapaadirektiivin 96/34/EY soveltamisesta. Kyse oli siitä, oikeuttiko kaksosten syntymä kahteen eri vanhempainvapaaseen. Tapaus oli merkittävä siitäkin syystä, että se oli ensimmäisiä tapauksia, joissa EU-tuomioistuin viittasi EU:n perusoikeuskirjaan. Se totesi, että vanhempainvapaadirektiivillä luotu oikeus vanhempainvapaaseen on perusoikeuskirjan 33 artiklan mukaisesti perustavaa laatua oleva oikeus, jota tulkittaessa tulee ottaa huomioon myös yhdenvertaisen kohtelun periaate, joka kuuluu unionin oikeuden yleisiin oikeusperiaatteisiin ja jonka perustavanlaatuinen luonne on vahvistettu perusoikeuskirjan 20 artiklalla.[108] Tuomioistuin jatkoi, että *yhdenvertaisen kohtelun periaate edellyttää, että toisiinsa rinnastettavia tilanteita ei kohdella eri tavalla ja että erilaisia tilanteita ei kohdella samalla tavalla, ellei tällaista kohtelua voida objektiivisesti perustella*.[109] Tältä osin tuomioistuin totesi, että kaksosten vanhemmat ovat erityisessä tilanteessa, jota ei voi verrata sellaisten vanhempien tilanteeseen, joiden lapset syntyvät eri vuosina.[110] Niinpä kaksosten vanhemmat olivat oikeutettuja vain yhteen vanhempainvapaaseen kaksosten syntymän perusteella.

---

107 Ks. Barnard 2006, 319–320.

108 Tapaus *Chatzi* C-149/10, tuomion 63 kohta. Ks. myös vanhempainvapaadirektiivin tulkintaa koskevat tapaukset *Gómez-Limón* C-537/07 ja *Meerts* C-116/08. Nämä tapaukset koskivat kaikki aiempaa vanhempainvapaadirektiiviä 96/34/EY.

109 Tapaus *Chatzi* C-149/10, tuomion 64 kohta.

110 Tapaus *Chatzi* C-149/10, tuomion 68 kohta.

3 Sukupuolten välinen tasa-arvo sekundäärisessä EU-oikeudessa

Sukupuolten tasa-arvoa koskevia direktiivejä on hyväksytty EU:ssa jo 1970-luvulla, jolloin säädettiin kolme tärkeää direktiiviä, perustamissopimuksen 119 artiklaa täydentävä *samapalkkaisuusdirektiivi* 75/117/ETY[111], *tasa-arvodirektiivi* 76/207/ETY[112] (uudistettu direktiivillä 2002/73/EY[113]) ja *sosiaaliturvadirektiivi* 79/7/ETY[114]. Myöhemmin 1980-luvulla laadittiin *ammatillisia sosiaaliturvajärjestelmiä koskeva direktiivi* 86/378/ETY[115] (uudistettu direktiivillä 96/97/EY[116]) ja *itsenäisiä ammatinharjoittajia koskeva direktiivi* 86/613/ETY[117] (uudistettu direktiivillä 2010/41/EU[118]). Seuraavalla vuosikymmenellä syntyivät vielä direktiivit *raskaussuojelusta* 92/85/EY[119] ja *vanhempainvapaasta*

---

111 Neuvoston direktiivi 75/117/ETY, annettu 10 päivänä helmikuuta 1975, miesten ja naisten samapalkkaisuuden periaatteen soveltamista koskevan jäsenvaltioiden lainsäädännön lähentämisestä, EYVL L 45, 19.2.1975, s. 19.

112 Neuvoston direktiivi 76/207/ETY, annettu 9 päivänä helmikuuta 1976, miesten ja naisten tasa-arvoisen kohtelun periaatteen toteuttamisesta mahdollisuuksissa työhön, ammatilliseen koulutukseen ja uralla etenemiseen sekä työoloissa, EYVL L 39, 14.2.1976, s. 40.

113 Direktiiviä uudistettiin vastaamaan EU-tuomioistuimen ratkaisukäytäntöä ja uusia rotusyrjinnän ja työelämän syrjinnän kieltäviä direktiivejä. Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2002/73/EY, annettu 23 päivänä syyskuuta 2002, miesten ja naisten tasa-arvoisen kohtelun periaatteen toteuttamisesta mahdollisuuksista työhön, ammatilliseen koulutukseen ja uralla etenemiseen sekä työoloissa annetun direktiivin 76/207/ETY muuttamisesta, EYVL L 269, 5.10.2002, s. 15.

114 Neuvoston direktiivi 79/7/ETY, annettu 19 päivänä joulukuuta 1978, miesten ja naisten tasa-arvoisen kohtelun periaatteen asteittaisesta toteuttamisesta sosiaaliturvaa koskevissa kysymyksissä, EYVL L 6, 10.1.1979, s. 24.

115 Neuvoston direktiivi 86/378/ETY, annettu 24 päivänä heinäkuuta 1986, miesten ja naisten tasa-arvoisen kohtelun periaatteen toteuttamisesta ammatillisissa sosiaaliturvajärjestelmissä, EYVL L 225, 12.8.1986, s. 40.

116 Neuvoston direktiivi 96/97/EY, annettu 20 päivänä joulukuuta 1996, miesten ja naisten tasa-arvoisen kohtelun periaatteen toteuttamisesta ammatillisissa sosiaaliturvajärjestelmissä annetun direktiivin 86/378/ETY muuttamisesta, EYVL L 46, 17.2.1997, s. 20.

117 Neuvoston direktiivi 86/613/ETY, annettu 11 päivänä joulukuuta 1986, miesten ja naisten tasa-arvoisen kohtelun periaatteen soveltamisesta itsenäisiin ammatinharjoittajiin, maatalousalalla toimivat ammatinharjoittajat mukaan lukien, ja itsenäisinä ammatinharjoittajina toimivien naisten suojeluun raskauden ja synnytyksen perusteella, EYVL L 359, 19.12.1986, s. 56.

118 Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2010/41/EU, annettu 7 päivänä heinäkuuta 2010.

119 Neuvoston direktiivi 92/85/ETY, annettu 19 päivänä lokakuuta 1992, toimenpiteistä raskaana olevien ja äskettäin synnyttäneiden tai imettävien työntekijöiden turvallisuuden ja terveyden parantamisen kannustamiseksi työssä, EYVL L 348, 28.11.1992, s. 1.

96/34/EY[120] (uudistettu direktiivillä 2010/18/EU[121]). *Todistustaakkadirektiivissä* 97/80/EY[122] määriteltiin ensimmäisen kerran välillinen syrjintä, kun taas välittömän syrjinnän käsitemääritelmä saatiin lainsäädäntöön vasta vuonna 2002, kun tasa-arvodirektiiviä 76/207/ETY uudistettiin direktiivillä 2002/73/EY.

Uudella vuosituhannella laadittiin myös *tavaroiden ja palvelujen saatavuutta ja tarjontaa koskeva direktiivi* 2004/113/EY[123], joka laajensi sukupuolten tasa-arvon soveltamisalaa työelämän ulkopuolelle.[124] Palveluiden tasa-arvodirektiiviä on kuitenkin kritisoitu siitä, että sen soveltamisala jäi kovin suppeaksi.[125] Toisin kuin rotusyrjintädirektiivi, se ei kata esimerkiksi koulutusta, sosiaaliturvaa eikä terveydenhuoltoa. Lisäksi direktiivin 5 artiklaan sisältyi merkittävä vakuutusyhtiöitä koskeva poikkeus, jonka mukaan sukupuolta voi käyttää vakuutussopimuksissa ns. laskennallisena vakuutusmatemaattisena tekijänä. Tämä tarkoitti, että vakuutusmaksut voivat olla naisille ja miehille erilaisia sillä perusteella, että vakuutukseen sisältyvä riski on naisilla ja miehillä erilainen. Vuonna 2011 EU-tuomioistuin kuitenkin katsoi tapauksessa *Test-Achats* (C-236/09), että säännös on vastoin palvelujen tasa-arvodirektiivillä tavoiteltavaa miesten ja naisten tasa-arvoisen kohtelun päämäärää, eikä se ole yhteensopiva perusoikeuskirjan 21 ja 23 artiklan kanssa. EU-tuomioistuin katsoikin, että säännöstä on pidettävä pätemättömänä siirtymäajan päätyttyä 21.12.2012 lukien.[126]

Osa sukupuolten tasa-arvoa koskevista direktiiveistä on yhdistetty ja samalla uudistettu ns. *tasa-arvodirektiivin uudelleenlaadituksi toisinnoksi* 2006/54/EY[127], josta käytän jatkossa lyhyttä termiä tasa-arvodirektiivi 2006/54/EY. Yhtenäistämisen ulkopuolelle jäivät kuitenkin sosiaaliturvadirektiivi, itsenäisiä

---

120 Neuvoston direktiivi 96/34/EY, annettu 3 päivänä kesäkuuta 1996, UNICE:n, CEEP:n ja EAY:n tekemästä vanhempainlomaa koskevasta puitesopimuksesta, EYVL L 145, 19.6.1996, s. 4.

121 Neuvoston direktiivi 2010/18/EU, annettu 8 päivänä maaliskuuta 2010, BUSINESSEUROPE:n, UEAPME:n, CEEP:n ja EAY:n tekemän vanhempainvapaata koskevan tarkistetun puitesopimuksen täytäntöönpanosta ja direktiivin 96/34/EY kumoamisesta, EYVL L 68, 18.3.2010, s. 13.

122 Neuvoston direktiivi 97/80/EY, annettu 15 päivänä joulukuuta 1997, todistustaakasta sukupuoleen perustuvissa syrjintätapauksissa, EYVL L 14, 21.1.1998, s. 6.

123 Neuvoston direktiivi 2004/113/EY, annettu 13 päivänä joulukuuta 2004, miesten ja naisten yhdenvertaisen kohtelun periaatteen täytäntöönpanosta tavaroiden ja palvelujen saatavuuden ja tarjonnan alalla. EYVL 373/37, 21.12.2004.

124 Ks. direktiivien lainsäädäntöprosessin taustoista ja eri vaiheista *van der Vleuten* 2007.

125 Nummijärvi – Romanov 2008, 71.

126 Tapaus *Test Achats* C-236/09, tuomion 32–34 kohdat. Ks. Koldinská 2011a, 1632–1637; Tobler 2011.

127 Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2006/54/EY, annettu 5 päivänä heinäkuuta 2006, miesten ja naisten yhtäläisten mahdollisuuksien ja yhdenvertaisen kohtelun periaatteen täytäntöönpanosta työhön ja ammattiin liittyvissä asioissa (uudelleenlaadittu toisinto). EYVL L 204/23, 26.7.2006.

ammatinharjoittajia koskeva direktiivi, palveluiden tasa-arvodirektiivi sekä raskaussuojelu- ja vanhempainvapaadirektiivit.[128]

Tasa-arvodirektiivin 2006/54/EY tarkoituksena on ”taata miesten ja naisten yhtäläisten mahdollisuuksien ja yhdenvertaisen kohtelun periaatteen täytäntöönpano työhön ja ammattiin liittyvissä asioissa” (1 artikla ensimmäinen kohta). Tätä tarkoitusta varten direktiivissä on säännöksiä, ”joilla pyritään panemaan yhdenvertaisen kohtelun periaate täytäntöön seuraavilla aloilla: a) mahdollisuudet työhön, myös uralla etenemiseen, ja ammatilliseen koulutukseen; b) työehdot, mukaan lukien palkka; c) ammatilliset sosiaaliturvajärjestelmät” (1 artiklan toinen kohta). Lisäksi direktiivissä on säännöksiä, ”joilla pyritään takaamaan, että täytäntöönpanoa tehostetaan ottamalla käyttöön asianmukaiset menettelyt” (1 artiklan kolmas kohta). Direktiivin 2 artiklassa määritellään muun muassa välitön ja välillinen syrjintä. Raskaussyrjintää koskevia normeja on myös raskaussuojeludirektiivissä, jossa kielletään muun muassa irtisanominen raskauden alkamisen ja äitiysvapaan päättymisen välisenä aikana (10 artikla), ja säädetään äitiysvapaan aikaisen palkan tai korvauksen määräytymisestä (11 artikla).

Vanhempainvapaadirektiivissä taas edellytetään työntekijöiden suojelemista epäedullisemmalta kohtelulta tai irtisanomiselta vanhempainvapaan hakemisen tai pitämisen vuoksi (puitesopimuksen 5 lausekkeen 4 kohta). Kuten aiemmin jo toin esiin, tapauksessa *Chatzi* (C-149/10) EU-tuomioistuin katsoi, että vanhempainvapaadirektiivillä ei anneta lapselle yksilöllistä oikeutta vanhempainvapaaseen. Tällä perusteella kaksosten syntymä ei oikeuttanut kahteen eri vanhempainvapaaseen. EU-tuomioistuin totesi, että tällaisen perheen erityistarpeet on kuitenkin otettava lainsäädännössä huomioon.

Sosiaaliturvadirektiivissä taas kielletään välitön ja välillinen syrjintä lakisääteisissä järjestelmissä, jotka antavat turvaa sairauden, työkyvyttömyyden, vanhuuden, työtapaturmien ja ammattitautien ja työttömyyden varalta (3 ja 4 artiklat). Direktiivi sisältää poikkeuksia muun muassa eläkeiän määrittelyn osalta (7 artikla). Poikkeuksen perusteella lakisääteinen eläkeikä voi siis olla erilainen naisilla ja miehillä. Saman artiklan mukaan lapsia kasvattaneille henkilöille voidaan myöntää vanhuuseläkejärjestelmään kuuluvia etuuksia. Tällaisia eläkkeeseen vaikuttavia etuuksia voidaan myöntää jaksoilta, jolloin työnteko on ollut keskeytyneenä lasten kasvattamisen vuoksi. Oikeutta ei sidota millään lailla sukupuoleen. Tämä on ristiriidassa EIT:n ratkaiseman *Andrle*-tapauksen kanssa, jossa oikeus eläke-etuuteen evättiin lapsensa kasvattaneelta mieheltä. Kol-

[128] Tätä ovat kritisoineet mm. Noreen Burrows ja Muriel Robison (2007, 194 ss), sillä etenkin raskaussuojeludirektiivin suhde samapalkkaisuutta koskevaan 141 artiklaan ja samapalkkaisuusdirektiiviin 75/117/ETY on ollut ongelmallinen.

dinská onkin katsonut, että jos *Andrle*-tapausta olisi arvioitu EU-tuomioistuimessa, menettely olisi katsottu sosiaaliturvadirektiivin 79/7 vastaiseksi.[129]

Ammatillisia sosiaaliturvajärjestelmiä koskevan direktiivin mukaan naisten ja miesten erilaiset eläkeiät katsotaan syrjinnäksi työhön liittyvissä eläkejärjestelmissä (6 artikla). Etuudet, jotka myönnetään työhön liittyvien eläkejärjestelmien perusteella, katsotaan palkaksi, ja ne kuuluvat siis samapalkka-artiklan (SEUT 157 artikla) soveltamisalaan.[130] Esimerkiksi Suomea koskevassa tapauksessa *Niemi* (C-351/00) EU-tuomioistuin katsoi valtion eläkelain nojalla maksetun eläkkeen kuuluvan samapalkka-artiklan eikä sosiaaliturvadirektiivin 79/7 soveltamisalaan. Kyse oli sukupuolisyrjinnästä, kun sotilasviroissa eläkeikä määräytyi sukupuolen perusteella.

129 Koldinská 2011b. Ks. *Andrle v. Tšekki* (17.2.2011).
130 Ks. esim. tapaus *Barber* C-262/88, tuomion 28 kohta.

4 Sukupuolten välinen tasa-arvo EU-tuomioistuimen ratkaisukäytännössä

Euroopan unionin tuomioistuimeen kuuluvat unionin tuomioistuin, joka vastaa aikaisempaa Euroopan yhteisöjen tuomioistuinta, sekä unionin yleinen tuomioistuin, joka vastaa aiempaa Euroopan yhteisöjen ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuinta, sekä erityistuomioistuimia kuten virkamiestuomioistuin.[131] EU-tuomioistuimella viittaan vain unionin tuomioistuimeen eli aiempaan EY-tuomioistuimeen.

EU-tuomioistuimen oikeuskäytännöllä on ollut suuri merkitys EU-oikeuden kehittymiselle. Moni EU-oikeuden keskeinen periaate, kuten etusija, välitön oikeusvaikutus ja tulkintavaikutus, on syntynyt nimenomaan tuomioistuinkäytännön kautta ilman kirjoitetun EU-oikeuden tukea.[132]

Ennakkoratkaisumenettelyn kautta EU-tuomioistuimen ratkaisukäytännöllä on ollut ja tulee varmasti myös jatkossa olemaan erittäin tärkeä rooli EU:n tasa-arvo-oikeuden kehittäjänä.[133] EU-tuomioistuimen oikeuskäytännössä sukupuolten tasa-arvosta on tullut EU-oikeuden yleinen oikeusperiaate. Myös esimerkiksi samapalkka-artiklan välitön horisontaalivaikutus perustuu tuomioistuimen varhaisiin sukupuolten tasa-arvoa koskeviin ratkaisuihin. Lisäksi monien käsitteiden sisältö muotoutuu vasta EU-tuomioistuimessa, koska ne ovat joko jääneet määrittelemättä lainsäädännössä, tai ne on määritelty vain epämääräisesti. Tällöin tuomioistuimen käsissä on se kuinka tehokas esimerkiksi syrjintäsuoja on.[134]

Välillisen syrjinnän käsitteen merkitys EU-oikeudessa perustuu alun perin yksinomaan EU-tuomioistuimen ratkaisuihin.[135] Samoin EU-tuomioistuimen ratkaisut raskaussyrjintää koskevissa tapauksissa ovat olleet merkittäviä, sillä tuomioistuin on laajentanut välittömän syrjinnän käsitteen koskemaan myös

---

131 Ks. Ojanen 2010, 24.

132 Ojanen 2010, 46.

133 SEUT 267 artiklan (ent. EY-sopimuksen 234 artikla) mukaisen ennakkoratkaisumenettelyn mukaisesti kansallisilla tuomioistuimilla on mahdollisuus saada EU-tuomioistuimelta EU-oikeuden tulkinta-apua. Ks. ennakkoratkaisujen sitovuudesta esim. Ojanen 2010, 170–172. Ojanen toteaa, että ratifioimalla perustamissopimukset ja tunnustamalla EU-tuomioistuimen toimivallan jäsenvaltiot ovat hyväksyneet sen, että EU-tuomioistuimella on toimivalta päättää EU-oikeuden tulkinnasta. Oikeuskäytännön sivuuttaminen voi olla myös peruste valtion vahingonkorvausvastuun syntymiselle, jäsenvaltiota vastaan nostettavalle rikkomusmenettelylle tai hakemukselle kansallisen tuomioistuinpäätöksen purkamiseksi.

134 Ellis 2005, 18–19. Ks. EU-tuomioistuimen syrjintää koskevasta oikeuskäytännöstä esim. Kilpatrick 2010 ja Koldiská 2011a.

135 Tobler 2005, 141. Ks. esim. tapaukset *Jenkins* (96/80) ja *Bilka* (170/84).

raskautta.[136] Tämä vaikutti osaltaan siihen, että Suomessakin raskaussyrjintä alettiin ymmärtää sukupuolisyrjintänä.

136 Ks. esim. tapaukset *Dekker* 177/88 ja *Tele Danmark* C-109/00.

5 Sukupuolten välinen tasa-arvo ja ns. pehmeä sääntely

EU:n eri toimielimet ovat luoneet paljon oikeudellisesti ei-sitovia, ns. soft law -asiakirjoja tasa-arvon edistämiseksi.[137] Tällaista pehmeää sääntelyä ovat muun muassa erilaiset suositukset, lausunnot, käytännesäännöstöt ja ohjeet, päätöslauselmat, suuntaviivat, puitestrategiat sekä toimintaohjelmat. Pehmeää sääntelyä on laadittu etenkin sellaisilla aloilla, joilla ei kansallisista eroista johtuen ole päästy yksimielisyyteen (esimerkiksi työllisyys), tai aloilla, joilla EU:n lainsäädäntövalta on vähäinen (esimerkiksi sosiaalipolitiikka).[138]

Komission ja neuvoston tasa-arvo-ohjelmat ovat osa EU:n pehmeää sääntelyä. Esimerkiksi *Naisten ja miesten tasa-arvostrategiassa vuosiksi 2010–2015*[139] esitetään viisi keskeistä painopistealuetta sukupuolten välisen tasa-arvon edistämiseksi: naisten ja miesten tasavertainen taloudellinen riippumattomuus; sama palkka samasta tai samanarvoisesta työstä; tasa-arvo päätöksenteossa; ihmisarvo, koskemattomuus ja sukupuoleen perustuvan väkivallan lopettaminen sekä sukupuolten tasa-arvo ulkoisissa toimissa. Horisontaalisiksi kysymyksiksi strategiassa määritellään syrjimättömien sukupuoliroolien edistäminen kaikilla elämän osa-alueilla, sukupuolisyrjintää koskevan lainsäädännön seuranta, valvonta, säännöllinen arviointi ja päivittäminen sekä yhteistyön lisääminen sukupuolten tasa-arvon alalla toimivien eri elinten ja sidosryhmien kanssa.

SEUT 288.5 artiklan mukaan suositukset ja lausunnot eivät ole oikeudellisesti sitovia. Niillä voi kuitenkin olla oikeudellista vaikutusta esimerkiksi direktiivien tulkinnassa, jolloin ne vaikuttavat välillisesti EU-säädösten sisällön määräytymiseen. EU-tuomioistuin on todennut, että kansallisilla tuomioistuimilla on velvollisuus ottaa huomioon myös EU:n soft law -instrumentit kansallista oikeutta tulkitessaan.[140] Tämä voi tarkoittaa esimerkiksi sitä, että syrjinnän kieltoja tulkitessa tulee ottaa huomioon tasa-arvostrategiassa määritellyt tavoitteet, kuten jäykkien sukupuoliroolien purkaminen.

Pehmeää sääntelyä on myös *sukupuolinäkökulman valtavirtaistaminen*, johon EU on sitoutunut toisaalta myös perussopimustasolla.[141] Epäselväksi onkin

---

137 Ks. yleisesti mm. Senden 2004. Ks. myös Kantola – Nousiainen 2012.

138 Kantola – Nousiainen 2012.

139 KOM(2010) 491 lopullinen. Komission tiedonanto Euroopan parlamentille, neuvostolle, Euroopan talous- ja sosiaalikomitealle ja alueiden komitealle. Naisten ja miesten tasa-arvostrategia vuosiksi 2010–2015. SEK(2010)1079. SEK(2010)1080.

140 Ks. tapaukset *Grimaldi* 322/88 ja *Altair Chimica* C-207/01.

141 Kantola – Nousiainen 2012.

jäänyt, mihin valtavirtaistamisvaatimus oikeastaan juridisesti velvoittaa. Monet tutkijat ovat katsoneet, että sukupuolinäkökulman valtavirtaistaminen on epäonnistunut EU:n tasa-arvopolitiikan välineenä. Kyse on vain ”pehmeästä valtavirtaistamisesta” ilman sitovaa, selkeää lainsäädäntöä ja seuraamusjärjestelmää.[142] Samanlaista kritiikkiä on esitetty *avoimen koordinaation menetelmästä*, joka on keskeinen pehmeän sääntelyn väline EU:ssa. Menetelmä perustuu siihen, että EU asettaa jäsenvaltioille yhteiset tavoitteet, joiden saavuttamiseksi käytettävistä keinoista jäsenvaltiot voivat itse päättää siirtäen hyviä käytäntöjä toinen toisilleen. Vaikka esimerkiksi lasten päivähoitoa koskevat kysymykset ovat nousseet poliittiselle agendalle menetelmän kautta, rakenteellisia muutoksia sukupuolten tasa-arvon suhteen menetelmällä ei ole kuitenkaan saavutettu.[143]

142 Kantola – Nousiainen 2012, jossa viitataan mm. Hafner-Burton – Pollack 2009.

143 Kantola – Nousiainen 2012. Kantola ja Nousiainen viittaavat lisäksi naisiin kohdistuvan väkivallan torjumiseksi käynnistettyihin Daphne-ohjelmiin, joiden kautta annetaan eri organisaatioille rahoitusta valistuskampanjoita, tukiohjelmia tms. varten. Pysyviä vaikutuksia kansallisiin rikosoikeudellisiin järjestelmiin tai uhrien tukipalveluihin näillekään ohjelmilla ei ole saavutettu.

6 EU-oikeuden ja kansallisen oikeuden välinen suhde – EU-oikeuden valtionsisäiset vaikutustavat

Käyn luvun lopuksi lyhyesti läpi EU-oikeuden vaikutustavat kansallisessa tuomioistuimessa.[144] Kuten Tuomas Ojanen on esittänyt,[145] EU-oikeuden ja kansallisen oikeuden välistä suhdetta koskevat seuraavat periaatteet: ensinnäkin EU-oikeuden *etusija* kansalliseen oikeuteen nähden ristiriitatilanteessa, toiseksi EU-oikeuden *välitön oikeusvaikutus*, kolmanneksi EU-oikeuden *tulkintavaikutus* ja neljänneksi EU-oikeuden vaatimukset kansallisen prosessi- ja sanktionormiston soveltamiselle EU-oikeutta sovellettaessa jäsenvaltion vahingonkorvausvastuun periaate mukaan lukien. Näillä periaatteilla on ollut keskeinen asema eurooppalaista konstitutionalismia koskevassa keskustelussa, jota on viime vuosina käyty etenkin unionin perussopimusjärjestelmän uudistamisen yhteydessä. Eurooppalaisella konstitutionalismilla viitataan kehitykseen, jossa EU-oikeuteen on kehittynyt perustuslaillisuuteen liittyviä aineksia.[146]

EU-oikeuden ja kansallisen oikeuden välistä suhdetta määrittävät periaatteet ovat kehittyneet EU-tuomioistuimen ratkaisukäytännössä jo 1960-luvulta lähtien.[147] Vuonna 1963 EU-tuomioistuin vahvisti ensimmäisen kerran EU-oikeuden välittömän oikeusvaikutuksen tapauksessa *Van Gend & Loos* (26/62). Kaksi vuotta myöhemmin, vuonna 1965, EU-tuomioistuin vahvisti EU-oikeuden ehdottoman etusijan kansalliseen oikeuteen nähden tapauksessa *Costa v ENEL* (6/64). Tulkintavaikutuksen läpimurtona on pidetty tapauksia *von Colson ja Kamann* (14/83) ja *Harz* (79/83) vuodelta 1984. Jäsenvaltion vahingonkorvausvastuun periaatteen osalta ratkaiseva tapaus oli *Francovich* (C-6/90 ja C-9/90) vuodelta 1990.[148] Kuten Prechal huomauttaa, nämä periaatteet tunne-

144 Aiheesta on Suomessa kirjoittanut etenkin Tuomas Ojanen. Ks. esim. Ojanen 2010; Ojanen 2005; Ojanen 1999; Ojanen 1998. Ks. myös mm. Dashwood ym. 2011; Hartley 2010; Shaw 2002.

145 Ojanen 2010, 58.

146 Ojanen 2010, 13. Ks. eurooppalaisesta konstitutionalismista mm. Weiler 1999; Weiler – Wind 2003; Barnard (ed.) 2007; Walker – Shaw – Tierney (eds) 2011; Birkinshaw – Varney 2010; Nieminen 2004; Jääskinen 2008; Rosas – Armati 2010; Nieminen 2010.

147 Ks. näistä läpimurtotapauksista tarkemmin Maduro – Azoulai (eds) 2010. Ks. myös Ojanen 2010, 53–113; De Witte 1999; Hartley 2010, 209–258; Dashwood ym. 2011, 235–286.

148 Ks. myös tapaukset *Brasserie du Pêcheur ja Factortame* (C-46/93 ja C-48/93) sekä *Köbler* (C-224/01).

taan jo laajalti, mutta niiden sisällöistä ja rajoista käydään jatkuvaa keskustelua niin tuomioistuimissa kuin oikeuskirjallisuudessakin.[149]

6.1 VÄLITÖN OIKEUSVAIKUTUS

Välitön oikeusvaikutus tarkoittaa, että yksityiset voivat kansallisessa tuomioistuimessa vedota suoraan EU-oikeuteen jäsenvaltioita (vertikaalinen välitön oikeusvaikutus) tai toisia yksityisiä (horisontaalinen välitön oikeusvaikutus) vastaan. Toisaalta se tarkoittaa myös kansallisen tuomioistuimen velvollisuutta suojata yksilöiden EU-oikeuteen perustuvia oikeuksia jättämällä ristiriitaiset kansalliset säännökset soveltamatta, jolloin EU-oikeus tulee suoraan ja itsenäisesti sovellettavaksi oikeusnormina.[150] Prechal tiivistää välittömän oikeusvaikutuksen ytimen *velvollisuudeksi soveltaa EU-oikeutta* (”an obligation to apply”).[151]

Välitön oikeusvaikutus voi liittyä kaikkiin EU-säädöksiin, kunhan ne täyttävät tietyt kriteerit. Säännöksen on oltava ensinnäkin *selvä ja yksiselitteinen*; toiseksi sen tulee olla *ehdoton*, eli sen soveltamiselle ja täytäntöönpanolle ei ole asetettu erityisiä ehtoja tai edellytyksiä; kolmanneksi direktiivin *täytäntöönpanon määräaika on kulunut umpeen*, eikä jäsenvaltio ole saattanut direktiiviä osaksi kansallista oikeusjärjestystä säädetyssä määräajassa tai jäsenvaltio on implementoinut direktiivin virheellisesti. Direktiivi voi saada välittömän oikeusvaikutuksen myös sellaisessa tilanteessa, jossa direktiivi on pantu täytäntöön asianmukaisesti, mutta säännöksiä ei käytännössä sovelleta direktiivin tarkoittamalla tavalla.[152]

Direktiivillä ei ole kuitenkaan lainkaan horisontaalista välitöntä oikeusvaikutusta, eli *direktiiviin ei voi vedota yksityisten välisessä oikeussuhteessa*.[153] Yleisillä oikeusperiaatteilla taas voi olla horisontaalinenkin välitön oikeusvaikutus, kuten aiemmin olen tuonut esiin syrjinnän kiellon osalta. Niinpä ikään perustuvan syrjinnän kiellon periaate on tuottanut välittömän oikeusvaikutuksen myös yksityisten välisessä oikeussuhteessa. Horisontaalinen välitön oikeusvaikutus on myös samapalkka-artiklalla (SEUT 157 artikla), minkä EU-tuomioistuin totesi jo 1970-luvulla *Defrenne II* -tapauksessa. Niinpä työntekijät

149 Prechal 2007, 37. Ks. myös esim. Dashwood ym. 2011, 278–284.
150 Ojanen 2010, 64–67.
151 Prechal 2007, 38.
152 Ojanen 2010, 72–74. Ks. asia C-62/00 *Marks & Spencer*, 27 kohta.
153 Tämän on EU-tuomioistuin vahvistanut ensimmäisen kerran tapauksessa *Marshall* 152/84 vuonna 1986. Ks. myös esim. tapaukset *Faccini Dori* C-91/92; *Wells* C-201/02; *Niselli* C-457/02, tuomion 29 kohta; *Collino ja Chiappero* C-343/98, tuomion 20 kohta. Ks. myös esim. sukupuolisyrjintää koskevat tapaukset *Parviainen* C-471/08, julkisasiamies Mengozzin ratkaisuehdotuksen kohdat 34–36, ja *Meerts* C-116/08, julkiasiamies Kokottin ratkaisuehdotuksen kohta 59.

voivat vedota määräykseen myös yksityisiä työnantajia sekä eläkekassoja ja -säätiöitä vastaan.[154] Direktiivien horisontaalisen välittömän oikeusvaikutuksen kieltoa on kritisoitu siitä, että se voi johtaa ongelmiin ihmisten yhdenvertaisuuden ja oikeusturvan kannalta. Esimerkiksi valtioon palvelussuhteessa oleva henkilö voi esittää suoraan direktiiveihin perustuvia oikeusvaateita, kun taas yksityisen sektorin työntekijältä vastaava mahdollisuus puuttuu.[155]

Kuten Ojanen tuo esiin, välittömän oikeusvaikutuksen kriteerit ovat tulkinnanvaraisia ja jättävät harkintavaltaa tuomioistuimelle. Ojanen toteaa, että EU-oikeus hahmotetaan suhteessa ratkaistavana olevaan tapaukseen, joten yhdessä ratkaisutilanteessa välittömään oikeusvaikutukseen kykenemätön EU-oikeuden säännös tai määräys voi toisessa ratkaisutilanteessa tuottaa välittömän oikeusvaikutuksen yhdessä muiden EU-oikeuden määräysten kanssa. Arviointi on siis kontekstisidonnaista.[156]

6.2 ETUSIJA

Prechalin määritelmän mukaan etusija tarkoittaa velvollisuutta jättää kansallinen lainsäädäntö soveltamatta tilanteessa, jossa EU-oikeus ja kansallinen oikeus ovat ristiriidassa (”an obligation to disapply”).[157] Ojanen toteaakin etusijaperiaatteen olevan EU-oikeusjärjestyksen ”perustuslaillisen” normiaineksen ytimessä. Etusijaperiaatteella on kytköksensä EU:n ja sen jäsenvaltioiden välisen suhteen perimmäisiin kysymyksiin, kuten toimivallanjakoa ja jäsenvaltioiden suvereniteettia koskeviin kysymyksiin.[158] Välittömän oikeusvaikutuksen taas on sanottu olevan vain yksi mekanismi toteuttaa ristiriitatilanteessa EU-oikeuden etusija kansalliseen oikeuteen nähden.[159] Ojasen mukaan EU-oikeuden nykytilassa etusijaperiaatteen soveltaminen määräytyy seuraavasti:[160]

– Etusija liittyy välittömään oikeusvaikutukseen, mutta ulottuu kaikkeen EU-oikeuteen.
– EU-oikeuden etusija on toissijainen keino taata EU-oikeuden tehokkuus, sillä ensisijainen keino normijännitteen purkamiselle on tulkita kansallista oikeutta EU-oikeuden kanssa yhteensopivalla tavalla.

154 Ks. tapaus *Barber* 262/88.
155 Ojanen 2010, 70.
156 Ojanen 2010, 74.
157 Prechal 2007, 38.
158 Ojanen 2010, 62.
159 Ojanen 2010, 62–63, viittaa Shaw 2000, 427–428. Ks. myös Prechal 2007, 51–56.
160 Ojanen 2010, 62–63.

– EU-oikeudella on etusija kaikkeen kansalliseen oikeuteen nähden säädöshierarkisesta asemasta tai ajallisesta voimaantuloajankohdasta riippumatta.[161]
– Periaatteen toteuttaminen on kaikkien kansallisten tuomioistuinten velvollisuus.
– Oikeusvaikutuksena on kansallisen säännöksen soveltamiskelvottomuus yksittäisessä ratkaisutilanteessa, ei kansallisen oikeussäännöksen kumoutuminen tai mitätöityminen.

Dashwood ym. toteavat, että etusijaperiaatteen ja välittömän oikeusvaikutuksen välisestä suhteesta on oikeuskirjallisuudessa erilaisia käsityksiä.[162] Heidän mukaansa oikeuskirjallisuudessa on havaittavissa kaksi eri näkemystä. Toiset katsovat, että etusijaperiaate tuottaa oikeusvaikutuksia riippumatta siitä, täyttyvätkö välittömän oikeusvaikutuksen kriteerit. Toiset taas katsovat, että välittömän oikeusvaikutuksen kriteerit toimivat välttämättömänä edellytyksenä myös etusijaperiaatteen soveltamiselle. Dashwood ym. toteavat, että jälkimmäinen näkemys vastaa paremmin EU-tuomioistuimen nykyistä oikeuskäytäntöä. Näin ollen kansallisten säännösten soveltamatta jättäminen ja etusijan antaminen EU-oikeudelle edellyttää, että EU-oikeus täyttää välittömän oikeusvaikutuksen kriteerit.[163]

6.3 TULKINTAVAIKUTUS

Tulkintavaikutuksessa (”an obligation to interpret”[164]) EU-oikeuden vaikutus ilmenee välillisesti, kansallisen oikeuden tulkinnan kautta. Tämän vuoksi puhutaan myös välillisestä oikeusvaikutuksesta (indirect effect).[165] Yksittäisessä ratkaisutilanteessa EU-oikeuden tulkintavaikutus on ensisijainen keino ratkaista EU-oikeuden ja kansallisen oikeuden välinen ristiriita. Vasta jos jännitettä ei voi purkaa tulkintateitse, kansallisella lainsoveltajalla on velvollisuus antaa etusija EU-oikeudelle ristiriitaiseen kansalliseen oikeussäännökseen nähden.[166] Kansallisen oikeuden tulkintaan voi vaikuttaa paitsi oikeudellisesti sitova EU-oikeus, myös ns. soft law. Tulkintavaikutusta eivät koske samanlaiset kriteerit kuin välitöntä oikeusvaikutusta, eli myös ehdolliset tai epätäsmälliset säännök-

161 Tuomas Mylly huomauttaa (2011, 814), että kansallinen oikeus ei väisty silloin, kun välittömän oikeusvaikutuksen edellytykset eivät täyty, esimerkiksi direktiivien osalta yksityisten välisessä suhteessa, jossa välitöntä oikeusvaikutusta ei ole.
162 Dashwood ym. 2011, 278–284.
163 Dashwood ym. 2011, 284. Ks. myös Prechal 2007, 51–56.
164 Prechal 2007, 38.
165 Ojanen 2010, 66.
166 Ojanen 2010, 63 ja 78–83.

set voivat tuottaa tulkintavaikutuksen. Lisäksi direktiiveillä on horisontaalista välillistä oikeusvaikutusta, eli niiden tulkintavaikutus ulottuu myös yksityisten välisiin suhteisiin.[167]

Ojanen tuo esiin, että tulkintavaikutuksella on myös rajansa.[168] Esimerkiksi kansallisen säännöksen selvä ja yksiselitteinen sanamuoto voi asettaa tällaisen rajan. Toisaalta jos kansallisen säännöksen tarkoituksena on ollut implementoida EU-oikeudellinen velvoite, tuomioistuimen velvollisuutena on olettaa, että säädöksen antamisella on tarkoitettu täyttää kaikki nämä velvoitteet. EU-oikeuden yleisillä oikeusperiaatteilla, kuten syrjinnän kiellolla, on suuri merkitys tulkintavaikutusta rajoittavana tekijänä.[169]

Myös Prechal toteaa, että ihmisoikeudet asettavat rajat tulkintavaikutukselle. Prechal pitää tässä yhteydessä merkittävänä EU-tuomioistuimen tapausta *Pupino* (C-105/03). Kyse oli lastentarhanopettajasta, jota syytettiin alle viisivuotiaiden päiväkotilasten pahoinpitelystä. Rikosprosessissa syyttäjä oli pyytänyt, että lasten todistelu voitaisiin nauhoittaa muualla, jotta lasten ei tarvitsisi tulla paikalle itse oikeudenkäyntiin. Ongelmana oli se, että tällaisen menettelyn salliva kansallinen lainsäädäntö ei kattanut tapauksen kaltaista rikosta. Tuomari esitti ennakkoratkaisupyynnön EU-tuomioistuimelle ja kysyi, oliko kansallinen säännös vastoin neuvoston puitepäätöstä 2001/220/YOS[170], joka koskee uhrin asemaa rikosoikeudenkäyntimenettelyissä. EU-tuomioistuin katsoi, että puitepäätöstä tulee tulkita kunnioittaen perus- ja ihmisoikeuksia, joista tässä tapauksessa oli erityistä merkitystä oikeudenmukaista oikeudenkäyntiä koskevalla EIS 6 artiklalla. Kansallisen tuomioistuimen on siis varmistuttava siitä, että todisteiden kuuleminen erityisten menettelyjen mukaisesti ei tee oikeudenkäyntiä kokonaisuutena arvioituna epäoikeudenmukaiseksi EIS 6 artiklassa ja EIT:n oikeuskäytännössä tarkoitetulla tavalla.[171] Prechal toteaakin, että niin etusijaperiaatetta, välitöntä oikeusvaikutusta kuin tulkintavaikutusta sovellettaessa on otettava huomioon myös ihmisoikeusvelvoitteet.[172]

---

167 Ojanen 2010, 79–80.

168 Ojanen 2010, 80–81.

169 Ojanen 2010, 82. Ks. tapaus *Angelidaki ym.* C-378/07–C-380/07, jossa esitettyjä kannanottoja tuomion 197–202 kohdissa voidaan Ojasen mukaan pitää yhteenvetona tulkintavaikutuksesta ja sen rajoista etenkin direktiivien osalta.

170 EYVL 2001 L 82/1.

171 Tapaus *Pupino* C-105/03, tuomion 59–60 kohdat.

172 Prechal 2007, 50. Ks. myös tapaus *Kadi* C-402/05 ja *P* C-415/05 ja tapauksia koskevat kommentit esim. de Búrca 2010 ja Gordon 2010.

V

VÄLITTÖMÄN JA VÄLILLISEN SYRJINNÄN KIELTO TASA-ARVOLAISSA

1 Johdanto

Vuonna 1987 Suomessa tuli voimaan laki naisten ja miesten välisestä tasa-arvosta (tasa-arvolaki 609/1986). Tasa-arvolaissa on kolmenlaisia säännöksiä: syrjintäkieltoja, tasa-arvon edistämistä koskevia säännöksiä sekä lain valvontaa ja seuraamuksia koskevia säännöksiä. Tasa-arvolain tavoitteeksi määritellään lain 1 §:n mukaan sukupuoleen perustuvan *syrjinnän estäminen* ja naisten ja miesten välisen *tasa-arvon edistäminen* sekä ”tässä tarkoituksessa parantaa naisten asemaa erityisesti työelämässä”.

Välillisen ja välittömän syrjinnän kiellot sisältyivät lakiin, vaikka välillisen syrjinnän käsitettä ei mainittu lain sanamuodossa, eikä esitöissäkään ennen kuin vuoden 1992 lainmuutoksen yhteydessä.[1] Ennen vuoden 2005 kokonaisuudistusta tasa-arvolain 7 §:ssä kiellettiin syrjintä välittömästi ja välillisesti sukupuolen perusteella, mutta säännös ei sisältänyt käsitteiden määrittelyjä. Lain muutoksella vuonna 2005 lakiin sisällytettiin määritelmät, jotka ovat nyt mahdollisimman pitkälle yhdenmukaiset EU-oikeudessa omaksuttujen määritelmien kanssa. Uudistuksessa on kuitenkin pyritty säilyttämään joitain suomalaiseen syrjinnänvastaiseen oikeuteen kuuluvia piirteitä.[2] Viitekehys on siis siirtynyt CEDAW-sopimuksen ihmisoikeuskontekstista EU-oikeuteen. Syrjinnän kieltojen keskeinen sisältö määrittyykin nykyään pitkälti EU-tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaisesti.

Tasa-arvolain 7 §:ssä on ns. syrjinnän yleiskielto, jota täydentävät 8 §:n työelämäsyrjinnän erityiskielto, työnantajan vastatoimien kieltoa koskeva 8 a §, syrjinnän oppilaitoksissa kieltävä 8 b §, syrjinnän etujärjestöissä kieltävä 8 c §, häirintää koskeva 8 d § ja tavaroiden ja palvelujen saatavuutta ja tarjontaa koskeva syrjinnän kielto 8 e §.[3] Tässä ja seuraavassa luvussa keskityn lähinnä vain työelämän syrjinnän kieltävään 8 §:ään, enkä siihenkään seikkaperäisesti.[4] Pääasiallinen tavoitteeni on nostaa esiin syrjinnän konstruoimisen kaksivaiheisuus ja joitain tähän liittyviä ongelmakohtia.

---

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

2 KM 2002:9, 76.

3 Tasa-arvolain 8 ja 8 a–8 e §:n rikkomiseen liittyy myös mahdollisuus vaatia tasa-arvolain 11 §:n mukaista hyvitystä. Lain 12 §:n mukaisesti hyvitystä on vaadittava kanteella, joka on pantava vireille käräjäoikeudessa, jonka tuomiopiirissä työnantajan tai muun syrjinnän kieltoa rikkoneen yleinen oikeuspaikka on. Kanne hyvityksen suorittamisesta on nostettava kahden vuoden kuluessa syrjinnän kiellon rikkomisesta, työhönottotilanteissa vuoden kuluessa.

4 Tältä osin viittaan varsin yksityiskohtaisen kuvan antavaan suomalaiseen oikeuskirjallisuuteen, kuten Ahtela ym. 2006; Nieminen, Kimmo 2005; Nummijärvi 2004.

Tasa-arvolain 7 § kuuluu seuraavasti.

Välitön ja välillinen syrjintä sukupuolen perusteella on kielletty.

Välittömällä syrjinnällä tarkoitetaan tässä laissa:
1) naisten ja miesten asettamista eri asemaan sukupuolen perusteella; tai
2) eri asemaan asettamista raskaudesta tai synnytyksestä johtuvasta syystä.

Välillisellä syrjinnällä tarkoitetaan tässä laissa:
1) eri asemaan asettamista sukupuoleen nähden neutraalilta vaikuttavan säännöksen, perusteen tai käytännön nojalla, jos menettelyn vaikutuksesta henkilöt voivat tosiasiallisesti joutua epäedulliseen asemaan sukupuolen perusteella; tai
2) eri asemaan asettamista vanhemmuuden tai perheenhuoltovelvollisuuden perusteella.

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

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

Seksuaalisella häirinnällä tarkoitetaan tässä laissa sanallista, sanatonta tai fyysistä, luonteeltaan seksuaalista ei-toivottua käytöstä, jolla tarkoituksellisesti tai tosiasiallisesti loukataan henkilön henkistä tai fyysistä koskemattomuutta erityisesti luomalla uhkaava, vihamielinen, halventava, nöyryyttävä tai ahdistava ilmapiiri.

Sukupuoleen perustuvalla häirinnällä tarkoitetaan tässä laissa henkilön sukupuoleen liittyvää ei-toivottua käytöstä, joka ei ole luonteeltaan seksuaalista ja jolla tarkoituksellisesti tai tosiasiallisesti loukataan tämän henkistä tai fyysistä koskemattomuutta ja jolla luodaan uhkaava, vihamielinen, halventava, nöyryyttävä tai ahdistava ilmapiiri.

Myös häirintä määritellään tasa-arvolaissa syrjinnäksi EU-lainsäädännön mukaisesti. Tässä tutkimuksessa en kuitenkaan käsittele häirintää tarkemmin.

Jaetun todistustaakan periaate, josta on muodostunut yleinen oikeusperiaate syrjintäasioissa, tarkoittaa sitä, että kantajan esitettyä näyttöä ilmeisestä syrjinnästä siirtyy vastaajalle todistustaakka siitä, ettei hänen menettelynsä tosiasiassa ole syrjivää.[5] Tasa-arvolain 9 a §:ssä ilmaistaan todistustaakan jaon yleisperiaate, ja se kuuluu seuraavasti.

Jos joku, joka katsoo joutuneensa tässä laissa tarkoitetun syrjinnän kohteeksi, esittää tässä laissa tarkoitettua asiaa tuomioistuimessa tai toimivaltaisessa

5 HE 195/2004, 38.

> viranomaisessa käsiteltäessä tosiseikkoja, joiden perusteella voidaan olettaa, että kyseessä on syrjintä sukupuolen perusteella, vastaajan on osoitettava, ettei sukupuolen välistä tasa-arvoa ole loukattu, vaan että menettely on johtunut muusta, hyväksyttävästä seikasta kuin sukupuolesta.

Vastaava säännös on tasa-arvodirektiivin 2006/54/EY 19 artiklan 1 kohdassa.[6]

Periaatetta sovelletaan riita-asioissa, kun tuomioistuin tai muu toimivaltainen viranomainen tutkii, onko syrjinnän kieltoa rikottu. Kantajan on ensin esitettävä tosiseikkoja, joiden perusteella voidaan olettaa, että kyseessä on tasa-arvolaissa tarkoitettu syrjintä. Jos tuomioistuin katsoo syrjintäolettaman muodostuneen, on vastaajan sen kumoamiseksi osoitettava, ettei sukupuolten välistä tasa-arvoa ole loukattu vaan että menettely johtuu muusta, hyväksyttävästä seikasta kuin sukupuolesta.[7] Jaetun todistustaakan periaatteen mukaisesti kantajan on siis ensin esitettävä näyttöä syrjintäolettaman synnyttämiseksi, minkä jälkeen vastaajalla on mahdollisuus kumota syrjintäolettama.[8]

Jaetun todistustaakan periaate ilmentää niitä elementtejä, joista syrjintä käsitteenä muodostuu. Periaatteella viitataan siis kaksivaiheiseen menettelyyn: syrjintäolettaman luomiseen ja sen kumoamiseen. Syrjintäolettaman luomiseksi kantajan tulee osoittaa joutuneensa eri asemaan sekä syrjintäperusteen olemassaolo. Jos vastaajan esittämän vastanäytön jälkeen kantajan näyttökynnys ylittyy, muodostuu syrjintäolettama. Tämän jälkeen siirrytään toiseen vaiheeseen, jossa vastaaja voi vielä kumota syrjintäolettaman. Vastaaja voi tasa-arvolain 9 a §:n mukaisesti ensinnäkin osoittaa, että eri asemaan asettaminen on johtunut muusta, hyväksyttävästä seikasta kuin sukupuolesta. Vastaaja voi toisin sanoen kumota syy-yhteyden eri aseman ja syrjintäperusteen välillä. Vastaaja voi vedota myös tasa-arvolaissa säädettyihin poikkeuksiin (9 §) tai työhönottoa koskevaan oikeuttamisperusteeseen (8 § 1 momentin 1 kohta). Kantaja voi vastanäytöllään pyrkiä kumoamaan vastaajan esittämän näytön. Kyse on syrjinnästä, jos vastaajan näyttökynnys ei ylity.[9] Syrjintä tulisi konstruoida askel askeleelta näiden vaiheiden kautta.[10] Myös tasa-arvolautakunta on korostanut lausunnoissaan syrjinnän konstruoimisen kaksivaiheisuutta.[11] Seuraavaksi tarkastelen, mitä nämä vaiheet konkreettisesti pitävät sisällään.

---

6 Ks. myös artiklan tulkintaa koskevat tapaukset *Kelly* C-104/10 ja *Meister* C-415/10.

7 HE 195/2004, 39.

8 Selvyyden vuoksi todettakoon, että kantajan ja vastaajan tulee jo syrjintäjutun valmistelussa tuoda esiin ne seikat ja nimetä ne todisteet, joihin he aikovat vedota syrjintäolettaman luomiseksi tai sen kumoamiseksi. Myös syrjintäjuttuja koskee oikeudenkäymiskaaren 6 luvun 9 §:ssä säädetty prekluusiota koskeva pääsääntö.

9 Ahtela ym. 2006, 44–48. Ks. todistustaakan jakautumisesta HE 195/2004, 37–40.

10 Tätä korostavat mm. Fredman 2011; Schiek – Waddington – Bell 2007; Ahtela ym. 2006; Gerards 2005; Ellis 2005; Prechal 2004; Loenen 1999.

11 Ks. esim. tasa-arvolautakunnan lausunto N:o L 2/08, lausunto N:o L 3/08, lausunto N:o L 2/09 ja lausunto N:o L 1/10.

2 Välitön syrjintä

2.1 SYRJINTÄOLETTAMAN LUOMINEN

2.1.1 Syrjintäperusteena sukupuoli, raskaus tai synnytykseen liittyvä syy

Ydinkysymys jokaisessa välittömän syrjinnän tapauksessa on: Miksi henkilöä kohdeltiin huonommin?[12] Johtuiko se sukupuolesta vai esimerkiksi siitä, että henkilön työsuoritus oli huonompi kuin odotettiin? Välittömässä syrjinnässä eri asemaan asettamisen perusteena on sukupuoli, raskaus tai synnytyksestä johtuva syy. Työnantaja esimerkiksi jättää uusimatta työntekijän määräaikaisen työsuhteen sillä perusteella, että tämä on raskaana. Tämä ei kuitenkaan tarkoita sitä, että välitönkään syrjintä olisi aina tietoista, tahallista syrjintää. Tasa-arvolaki ei koskaan ole edellyttänyt syrjivältä teolta tahallisuutta.[13] Kuten Ellis on todennut, syrjinnän elementti ei ole syrjijän ilkeä motiivi, joka tosin helpottaa näytön esittämistä oikeudessa. Toiminnan perusteena voi siis olla sukupuoli, vaikka tekijä ei tätä olisikaan ottanut huomioon. Olennaista on vain se, olisiko henkilöä kohdeltu eri tavalla, jos hän olisi ollut eri sukupuolta (ns. *but for* -testi).[14] Tähän logiikkaan perustuen EU-tuomioistuin on määritellyt myös raskauteen perustuvan syrjinnän kielletyksi välittömäksi sukupuolisyrjinnäksi ja myöhemmin laajentanut välittömän syrjinnän doktriinin koskemaan myös syrjintää äitiysloman perusteella.[15] Raskaussyrjintää koskevassa klassikkotapauksessa *Dekker* (177/88) vuodelta 1990 EU-tuomioistuin nimenomaan totesi, työnantajan vastuun syntyminen ei edellytä tuottamuksellisuutta. Tämä olisi vastoin syrjinnän kiellon tehokkuusperiaatetta.[16]

Kuten olen aiemmin tuonut esiin, EU-tuomioistuin on oikeuskäytännössään ulottanut sukupuolisyrjinnän kiellon koskemaan myös syrjintää, joka perustuu sukupuolen korjaukseen.[17] Tasa-arvolakia vuonna 2005 uudistettaessa työelämä- ja tasa-arvovaliokunta katsoi mietinnössään, että tasa-arvolakia tulee tulkita tältä osin yhdenmukaisesti EU-tuomioistuimen oikeuskäytännön kanssa.[18]

---

12 Bell 2007, 205.
13 HE 90/1994, 17.
14 Ellis 1994, 566. Ks. myös esim. Ellis 2005, 104; Bell 2007, 185, 227; Barnard 2006, 321; Nummijärvi 2004, 248.
15 Ks. mm. tapaukset C-177/88 *Dekker* [1990] ECR 3941 ja C-136/95 *Thibault* [1998] ECR I-2011.
16 Tapaus 177/88 *Dekker* [1990] ECR 3941, tuomion kohta 24.
17 Ks. tapaus *P v. S* (C-13/94).
18 Ks. TyVM 3/2005, 10.

Tasa-arvolaissa ei ole ollut erikseen sukupuolivähemmistöjä koskevaa erityissäännöstä, vaikka työelämä- ja tasa-arvovaliokunta piti mietinnössään tärkeänä, että syrjintäsuoja näkyisi myös lakitekstissä, joko tasa-arvolaissa tai yhdenvertaisuuslaissa. Asia on kuitenkin ollut valmistelussa sosiaali- ja terveysministeriössä, ja hallituksen esitys on tarkoitus antaa syksyllä 2013. Tasa-arvolakia laajennettaisiin siten, että se kattaisi myös sukupuoli-identiteettiin ja sukupuolen ilmaisuun perustuvan syrjinnän. Lakia täydennettäisiin myös velvollisuudella edistää sukupuolivähemmistöön kuuluvien tasa-arvoa.[19]

2.1.2 Eri asema

Syrjinnän kiellon keskeinen elementti on eri asemaan asettaminen. Tasa-arvolain esitöiden mukaan eri asemaan asettamisella tarkoitetaan ”lähinnä sitä, että tiettyjä etuja tai oikeuksia myönnetään taikka tiettyjä velvollisuuksia, rajoituksia tai rasitteita asetetaan vain miehille tai naisille”.[20] Vielä alkuperäisen tasa-arvolain esitöissä todettiin, että menettelyn tulee vaikuttaa jollakin tapaa naisten tai miesten oloihin, eikä esimerkiksi toista sukupuolta loukkaavan mielipiteen ilmaiseminen olisi vielä syrjintää, koska sillä ei muuteta kenenkään asemaa.[21] Nyttemmin, kun myös häirintä on määritelty syrjinnäksi, tätä tulkintasääntöä tulisi kuitenkin arvioida toisin.

Tasa-arvodirektiivin 54/2006 välittömän syrjinnän määritelmästä (2 artiklan 1 kohdan a alakohta) voidaan myös päätellä, että eri asema viittaa jollakin tapaa huonompaan asemaan. Välitön syrjintä määritellään tilanteeksi, jossa ”henkilöä kohdellaan sukupuolen perusteella *epäsuotuisammin* kuin jotakuta muuta kohdellaan, on kohdeltu tai kohdeltaisiin vertailukelpoisessa tilanteessa” (kursiivi tässä). Määritelmä mahdollistaa hypoteettisen verrokin (”kohdeltaisiin”) ja vertailun aiempaan tilanteeseen (”on kohdeltu”).[22] Käytettäessä hypoteettista verrokkia keskitytään yleensä sen arvioimiseen, minkälaista kohtelu normaalitilanteessa olisi. Näin toimitaan esimerkiksi sellaisissa tilanteissa, joissa verrokkia ei ole. Lisäksi tilanteessa, jossa vertailtavien henkilöiden ei voida erilaisuutensa vuoksi katsoa olevan vertailukelpoisia, heidän kohtelunsa voi silti toimia

---

19 Ks. hallituksen esitysluonnos laiksi naisten ja miesten välisestä tasa-arvosta annetun lain muuttamisesta 28.6.2012.

20 HE 57/1985, 15–16. Yhdenvertaisuuslain esitöiden mukaan välittömällä syrjinnällä tarkoitetaan ”sellaista kohtelua, joka aiheuttaa yksilölle haittaa, kuten esimerkiksi saamatta jääneitä etuisuuksia, taloudellista tappiota, valinnanmahdollisuuksien vähenemistä, tai vastaavaa verrattuna siihen, miten jotakuta muuta kohdellaan vertailukelpoisessa tilanteessa”. (HE 44/2003, 42.)

21 HE 57/1985, 16.

22 Tasa-arvolaki on mahdollistanut hypoteettisen verrokin ja vertailun aiempaan tilanteeseen jo aiemminkin, minkä vuoksi niitä ei katsottu tarpeeksi sisällyttää syrjinnän määritelmiin tasa-arvolain kokonaisuudistuksessa vuonna 2005. (KM 2002:9, 77.)

näyttönä siitä, miten hypoteettista verrokkia kohdeltaisiin samanlaisessa tilanteessa.[23] Esimerkiksi jos voidaan osoittaa, että naisen tekemä työ on 90-prosenttisesti samanarvoista kuin miehen työ, mutta palkka vain 70 prosenttia miehen palkasta, syntyy palkkasyrjintäolettama, vaikka kyse ei olekaan täysin samanarvoisten töiden vertaamisesta.[24] Mahdollisuus hypoteettiseen verrokkiin helpottaa syrjintäolettaman luomista myös sellaisilla työpaikoilla, joilla työskentelee pääosin vain naisia tai miehiä.[25] Vertailu aiempaan tilanteeseen taas mahdollistaa vertailun esimerkiksi työntekijän edeltäjään.

Tasa-arvodirektiivin syrjinnän määritelmä korostaa myös vertailukelpoisen tilanteen vaatimusta. EU-tuomioistuin on todennut useassa ratkaisussaan, että ”tilanteiden vertailukelpoisuutta on tutkittava erityisesti erilaisen kohtelun vahvistavan sääntelyn tavoitteeseen nähden”.[26] Esimerkiksi tapauksessa *Kleist* (C-356/09) kyse oli irtisanomista koskevan lainsäädännön syrjivyydestä, kun työnantajalla oli mahdollisuus irtisanoa eläkeiän saavuttaneet työntekijät nuorempien työntekijöiden työllistymismahdollisuuksien edistämiseksi. Kyse oli sukupuoleen perustuvasta välittömästä syrjinnästä, kun naisten eläkeikä oli viisi vuotta alhaisempi kuin miehillä. EU-tuomioistuin katsoi, että naispuolisille työntekijöille myönnetyllä edulla (mahdollisuus saada vanhuuseläkettä viisi vuotta nuorempina kuin miespuoliset työntekijät), ei ole välitöntä yhteyttä erilaiseen kohteluun johtavan sääntelyn tavoitteeseen (ts. niiden ehtojen vahvistamiseen, joiden täyttyessä työntekijät voivat menettää työnsä). EU-tuomioistuin katsoikin, että miehet ja naiset ovat samanlaisessa tilanteessa työsuhteen lakkauttamisehtojen suhteen, eikä naisten alhaisempi eläkeikä asiaa muuksi muuta.[27]

Myös tasa-arvolain kokonaisuudistusta koskevassa hallituksen esityksessä todetaan vertailun edellytyksenä olevan, että henkilöt ovat vertailukelpoisessa tilanteessa.[28] Vertailukelpoisen tilanteen vaatimusta ei kuitenkaan sisällytetty itse lakitekstiin. Tasa-arvolain uudistamistoimikunta perusteli tätä mietinnössään sillä, että kyseessä voitiin katsoa olevan yleinen oikeusperiaate.[29]

Vertailukelpoisen tilanteen vaatimus vaikuttaa oikeudenmukaiselta periaatteelta, onhan samanlaisessa tilanteessa olevia ihmisiä kohdeltava samalla tavalla. Periaatteen soveltaminen ei kuitenkaan ole täysin ongelmatonta. Itse asiassa se on yksi syrjinnän kiellon käsitteen hankalimpia elementtejä. Periaate sitoo

---

23 Bell 2007, 218–222.
24 Burrows – Robison 2007, 199.
25 Barnard 2006, 346.
26 Tapaus *Kleist* C-356/09, 34 kohta. Ks. myös tapaukset *Hlozek* C-19/02, 46 kohta; *Arcelor Atlantique* (C-127/07), 26 kohta; *Test Achats* C-236/09, 29 kohta. Ks. Costello – Davies 2006, 1580–1582; Koldinská 2011a, 1608–1610.
27 Ks. tapaus *Kleist* C-356/09, 35–37 kohdat.
28 HE 195/2004, 28.
29 KM 2002:9, 77.

välittömän syrjinnän määritelmän muodollisen yhdenvertaisuuden käsitteeseen, jolloin sen soveltamiseen liittyy samoja ongelmia, jotka on liitetty vaatimukseen samanlaisten samanlaisesta kohtelusta. Se on ensinnäkin itsessään tyhjä periaate, eikä kerro vielä mitään siitä, milloin ihmiset ovat samanlaisessa tilanteessa. Tällöin ”oikean” verrokin valitseminen perustuu vain valitsijan näkemykseen siitä, keiden henkilöiden tilanteita on pidettävä samanlaisina. Monet ovatkin katsoneet periaatteen voivan johtaa jopa mielivaltaisiin ja täysin arvosidonnaisiin päätöksiin.[30]

Esimerkiksi tapauksessa *Gewerkschaftsbund* (C-220/02) asepalvelustaan suorittavalle työntekijälle maksettiin suurempi irtisanomiskorvaus kuin hoitovapaalle jäävälle työntekijälle. Kyse ei EU-tuomioistuimen mukaan ollut syrjinnästä, koska yhtäältä hoitovapaalle ja toisaalta asepalvelukseen siirtyvät eivät ole vertailukelpoisessa tilanteessa, onhan hoitovapaan tapauksessa kyse ”työntekijän ja hänen perheensä edusta” ja asepalveluksen tapauksessa ”kansallisen yhteisön edusta”. Tapaus osoittaa hyvin sen, miten arvosidonnaisesta periaatteesta vertailukelpoisen tilanteen vaatimuksessa on kyse. Tässä tapauksessa olisi tarvittu hieman naisnäkökulmaa ja (naisten) yksityisen ja (miesten) julkisen sfäärin erottelun ja arvottamisen kyseenalaistamista.

Palaan vielä vanhempainvapaata koskevaan *Chatzi*-tapaukseen (C-149/10), jossa EU-tuomioistuin sovelsi yhdenvertaisen kohtelun periaatetta. Kuten EU-tuomioistuin ratkaisussaan totesi, periaate edellyttää, että ”toisiinsa rinnastettavia tilanteita ei kohdella eri tavalla ja että erilaisia tilanteita ei kohdella samalla tavalla, ellei tällaista kohtelua voida objektiivisesti perustella”.[31] Tapauksessahan oli kyse siitä, oikeuttaako kaksosten syntymä vanhemmat kahteen eri vanhempainvapaaseen.

Komissio oli esittänyt, että kaksosten vanhemmat ovat rinnasteisessa tilanteessa sellaisten vanhempien kanssa, joille on syntynyt lapset hyvin pienellä ikäerolla. Heille kaikille on komission mukaan yhteistä se, että lapsia on hoidettava samaan aikaan. Kaksosten vanhempien pitäisi näin ollen saada erillinen vanhempainvapaa kummastakin lapsesta.[32] EU-tuomioistuin kuitenkin katsoi, että komission esittämä vertailuperuste tuo selvästi esiin sen, kuinka vaikeaa on rajata se henkilöryhmä, joihin kaksosten vanhempia voidaan verrata. Vertailuperuste nimittäin perustuu tekijään, jota on vaikea määritellä määrällisesti, eli ”pieneen ikäeroon”.[33] Tuomioistuin jatkaa, että ”vaikka yhtäältä tuskin voidaan kieltää, etteikö kaksosten hoitaminen vaatisi suurempia ponnistuksia kuin yhden lapsen hoitaminen, minkä vuoksi sitä ei voida verrata yhden lapsen hoitamiseen, ei toisaalta voida olla ottamatta huomioon, että sillä, että kaksoset kas-

30 Bell 2007, 205; Prechal 2004; Gerards 2005; McColgan 2006.
31 Tapaus *Chatzi* C-149/10, tuomion 64 kohta.
32 Tapaus *Chatzi* C-149/10, tuomion 65 kohta.
33 Tapaus *Chatzi* C-149/10, tuomion 66 kohta.

vavat ja kehittyvät rinnakkain, on synergiavaikutuksia ja että tämän johdosta kaksosten hoitamisen edellyttämää työmäärää ei voida välttämättä verrata työmäärään, jonka kahden eri-ikäisen lapsen hoitaminen vaatii."[34] Tällä perusteella tuomioistuin katsoi, että kaksosten vanhemmat ovat "erityisessä tilanteessa",[35] jolle ei löydy verrokkia, eikä yhdenvertaisen kohtelun periaatetta voida soveltaa. Tapaus ilmentää hyvin, kuinka yhdenvertaisuusperiaate on itsessään tyhjä periaate, joka ei kerro mitään siitä, milloin ihmiset ovat samanlaisessa tilanteessa. Tämä jättää tuomioistuimille laajan harkintavallan, ja syrjinnän kiellon tehokkuus riippuu yksittäisten tuomareiden omista arvostuksista. Mahtoiko *Chatzi*-tapauksen tuomareilla itsellään olla kokemusta kaksosten hoitamisen "synergiaeduista"?

Kuten monet tutkijat ovat tuoneet esiin, ratkaisun kannalta relevantiksi katsottu ero kahden ihmisen välillä voi perustua myös ennakkoluuloille ja stereotypioille.[36] Esimerkiksi naisten yötyön kielto perusteltiin aiemmin yksinkertaisella toteamuksella, että naiset ja miehet ovat tässä suhteessa siinä määrin erilaisia, ettei heitä voi vertailla keskenään.[37] Kuuluisin esimerkki stereotypioille perustuvasta ratkaisusta lienee Etelä-Afrikan valtiosääntötuomioistuimen ratkaisema tapaus *Hugo*[38]. Tapaus koski presidentti Nelson Mandelan armahduspäätöstä, jonka mukaisesti muun muassa alle 12-vuotiaiden lasten äidit vapautettiin vankeusrangaistuksesta, elleivät he olleet kärsimässä tuomiota väkivaltarikoksesta. John Hugo, joka oli poikansa yksinhuoltaja, katsoi että kyse oli sukupuolisyrjinnästä, koska armahduspäätös ei koskenut lainkaan isiä. Mandela perusteli päätöstään lapsen edulla ja äitien erityisellä roolilla ("*a special role*") lasten pääasiallisina hoitajina. Erimielisen tuomarikokoonpanon enemmistö katsoi, että kyse ei ollut syrjinnästä, vaikka päätös sinänsä perustuikin sukupuolirooleja koskeville stereotypioille.[39]

Äitiyteen liittyviä stereotyyppisiä käsityksiä löytää lähempääkin kuin Etelä-Afrikasta. Tapauksessa *Komissio v. Italia* (163/82) EU-tuomioistuin ei katsonut syrjiväksi Italian lainsäädäntöä, jonka mukaisesti alle kuusivuotiaan adoptioäidin, mutta ei isän, oli mahdollista jäädä perhevapaalle. Äidin ja lapsen erityistä suhdetta ("*a special relationship*") EU-tuomioistuin korosti myös tapauksessa *Hofmann* (184/83), jossa perhevapaalla olevalle isälle ei tarvinnut maksaa etuutta, joka olisi maksettu äidille, jos tämä olisi pitänyt tuon perhevapaan.[40]

---

34 Tapaus *Chatzi* C-149/10, tuomion 67 kohta.

35 Tuomion 68 kohta.

36 Ks. esim. McColgan 2006, 671–672; Bell 2007, 229–233; Cook – Cusack 2010.

37 Gerards 2005, 61.

38 Etelä-Afrikan valtiosääntötuomioistuimen tuomio asiassa *Etelä-Afrikan tasavallan presidentti v. Hugo* 1997 (4) SA 1 (CC).

39 Ks. tarkemmin tuomiosta ja siitä käydystä keskustelusta Cook – Cusack 2010.

40 Saksan lainsäädännössä oli tuolloin kaksi äitiyslomakautta, joista ensimmäinen kesti kahdeksan viikkoa ja oli pakollinen äideille, toinen oli vapaaehtoinen ja kesti siihen asti kunnes lapsi on kuuden kuukauden ikäinen. Tapauksessa äiti oli palannut pakollisen vapaan jälkeen töihin,

Kuten McGlynn toteaa, ”äidin ja lapsen erityiseen suhteeseen” EU-tuomioistuin on viitannut oikeuskäytännössään toistuvasti.[41] McGlynn esittääkin, että tällaisin stereotypioin EU-tuomioistuin on luonut ”äitiyden ideologian”, joka rajoittaa EU:n tasa-arvo-oikeuden mahdollisuuksia parantaa naisten asemaa.[42] Kuten olen esittänyt, CEDAW-sopimuksen keskeinen tavoite on juuri tällaisten stereotypioiden purkaminen. Feministisessä oikeuskirjallisuudessa stereotypioiden purkamiseen ja sitä kautta vallitsevien syrjivien rakenteiden muuttamiseen pyrkivä lähestymistapa tasa-arvoon onkin ollut viime aikoina keskeinen.[43]

Tässä yhteydessä on kuitenkin mainittava EU-tuomioistuimen tapaus *Roca Alvarez* (C-104/09), jossa oli kyse lainsäädännöstä, jonka mukaisesti alle yhdeksänkuisen vauvan äidille voitiin myöntää päivittäinen ns. imetysvapaa. Kyseinen vapaa voitiin myöntää myös isälle, jos molemmat vanhemmat työskentelivät. Tapauksen äiti ei ollut kuitenkaan palkattu työntekijä vaan työskenteli itsenäisesti. Tämän vuoksi isälle ei myönnetty vapaata. Tuomiossaan EU-tuomioistuin katsoi, että pienten lasten isien ja äitien tilanteet ovat vertailukelpoisia, kun kyse on tarpeesta lyhentää päivittäistä työaikaa lapsesta huolehtimista varten. Tuomioistuimen mukaan lapsen ruokinnasta ja hänen hoitamisestaan voi vastata yhtä hyvin isä kuin äiti.[44] Tällä kertaa EU-tuomioistuin ei siis perustanut päätöstään äidin ja lapsen välisen erityissuhteen suojelulle. Sen sijaan se pyrki murtamaan stereotyyppisiä hoivaan liittyviä sukupuolirooleja.

Vertailukelpoisen tilanteen vaatimuksen toinen ongelma on se, että valitusta verrokista tulee normi, johon muiden kohtelua verrataan. Tällöin kyse ei ole syrjinnästä niin kauan kuin muita kohdellaan samalla tavalla kuin tuota normia.[45] Kuten monet ovat kritisoineet, tuo normi on tyypillisesti ”*a white, male, able-bodied person*”.[46] Tämä havainnollistuu hyvin tapauksessa *Helmig* (C-399/92), jossa osa-aikaisille työntekijöille ei maksettu ylityölisiä ennen kuin he olivat ylittäneet kokoaikaisten työntekijöiden säännönmukaisen työajan. Osa-aikaiset joutuivat siis työskentelemään useamman ylityötunnin kuin kokoaikaiset saadakseen ylityölisää. EU-tuomioistuin katsoi, että kyse ei ollut syrjinnästä, sillä kohtelu oli muodollisesti samanlaista: kaikkien työntekijöiden, jotka olivat työskennelleet tietyn tuntimäärän, kokonaispalkka oli sama. Tapausta on

---

ja isä oli hoitanut lasta puolivuotiaaksi. Isä ei kuitenkaan saanut vain äideille varattua äitiysrahaa tuolta kaudelta.

41 Ks. esim. C-421/92 *Habermann-Beltermann*, tuomion kohta 21; C-32/93 *Webb*, tuomion kohta 20; C-394/96 *Brown*, tuomion kohta 17; C-136/95 *Thibault*, tuomion kohta 25; C-411/96 *Boyle*, tuomion kohta 41.

42 McGlynn 2000.

43 Ks. mm. Fredman 2011; Holtmaat 2011; Cook – Cusack 2010; Timmer 2011.

44 Tapaus *Roca Alvarez* C-104/09, tuomion 24 ja 31 kohdat.

45 Bell 2007, 205.

46 Bell 2007, 206, viittaa Fredman 2002, 98. Ks. myös Fredman 2011, 10–12; MacKinnon 1987, 34.

kritisoitu paljon muun muassa siksi, että normiksi asetettiin kokopäivätyötä tekevät (miehet), joihin osa-aikatyötä tekevien (naisten) kohtelua verrattiin.[47]

Vertailuelementin korostuminen johtaa ongelmiin myös moniperusteisessa syrjinnässä. Kysymykset oikeasta verrokista ja vertailtavuudesta voivat olla ongelmallisia jo yhdenkin syrjintäperusteen tapauksissa, eikä tilanne muutu ainakaan yksinkertaisemmaksi, jos syrjintä perustuu monen eri perusteen yhdistelmään.[48] Ongelmallista periaatteen soveltaminen on luonnollisesti myös raskaussyrjintätapauksissa, joissa vertailukelpoisessa tilanteessa olevan verrokin löytäminen on hankalaa, tai pikemminkin mahdotonta. Lisäksi monet ovat kritisoineet erityisesti EU-tuomioistuinta siitä, että se on käyttänyt vertailtavuusperiaatetta oikeuttamisperusteiden korvikkeena, jolloin tuomioistuimen ei ole tarvinnut siirtyä lainkaan arvioimaan menettelyn hyväksyttävyyttä. Edes syrjintäolettamaa ei ole syntynyt, koska tilanteiden ei ole katsottu olevan vertailukelpoisia.[49]

Vertailukelpoisen tilanteen vaatimukseen liittyvien ongelmien vuoksi monet ovat katsoneet, että vertailun tekemisen tulisi olla vain yksi keino luoda syrjintäolettama.[50] Joissain tapauksissa on vertailukelpoisen tilanteen vaatimuksen sijaan tarkasteltava pikemminkin sitä, onko erilaisesta kohtelusta aiheutunut jollekin ryhmälle tai yksilölle haittaa. Vertailtavuustestin (*comparability test*) vaihtoehtona onkin esitetty ns. haittatestiä (*disadvantage test*).[51] Kuten Gerards tuo esiin, haittatestissäkin säilyy vertailuelementti, sillä haitan osoittamiseksi on osoitettava ”a disadvantage *compared to* another case, group or person”. Haittatestiin sisältyvässä vertailuelementissä huomio ei kuitenkaan kiinnity tilanteiden, ryhmien tai yksilöiden vertailtavuuteen ja vertailukelpoisen tilanteen vaatimukseen vaan erilaiseen kohteluun ja sen aiheuttamaan haittaan.[52] Olennainen kysymys ei siis ole se, ovatko naiset ja miehet samanlaisia vai erilaisia

---

47 Ks. esim. Wentholt 1999, 62–64. Sittemmin EU-tuomioistuin onkin korjannut kantaansa. Ks. tapaukset *Elsner-Lakeberg* (C-285/02) ja *Voss* (C-300/06).

48 Ks. esim. Anttila 2010b ja 2010c; Gerards 2007, 171, 178–179; Hannett 2003.

49 Näin esim. Costello – Davies 2006, 1580; Burri – Prechal 2008, 218; Koldiská 2011, 1610. Koldinská viittaa myös julkisasiamies Sharpstonin ratkaisuehdotukseen asiassa *Lindorfer* (C-227/04), jossa tämä toteaa, että käytännössä voi olla vaikea erottaa, milloin kyse on vertailtavuuden arvioinnista ja milloin sen arvioinnista, onko samanlaisessa tilanteessa olevien henkilöiden erilaiselle kohtelulle olemassa hyväksyttäviä perusteita (ks. erit. ratkaisuehdotuksen kohta 23).

50 Ks. esim. European Commission 2009.

51 Ks. Gerards 2005, 76–79; Bell 2004; McColgan 2006; Cook 1994b; Mahoney 1994. Mahoney on Kanadan korkeimman oikeuden oikeuskäytäntöä esitellessään todennut, että se on oikeuskäytännössään määritellyt syrjinnän nimenomaan haittana, ei samanlaisuutena tai erilaisuutena. Jos joku haittaa kärsivän ryhmän jäsen osoittaa, että lainsäädäntö tai jokin käytäntö pahentaa tätä haittaa, silloin lainsäädäntö tai käytäntö on syrjivä. Verrokkia ei tarvita syrjinnän toteamiseksi vaan olennaista on naisten kokema haitta tai epäedullinen asema *naisena*, ei verrattuna mieheen. Naisten kokemaan haittaan perustuva syrjinnän käsite edellyttääkin naisten todellisen aseman ja rakenteellisen epätasa-arvoisuuden huomioon ottamista. Ks. myös Vizkelety 1999; Frostell – Scheinin 2001, 336–337.

52 Gerards 2005, 77, alav. 248.

– toisin sanoen vertailukelpoisessa tilanteessa. Kyse on siitä, mitä ikäviä seurauksia näillä biologisilla tai sosiaalisilla, todellisilla tai kuvitelluilla sukupuolieroilla on ja miten näihin ikäviin seurauksiin voidaan tarttua.[53] Jos vielä kerran palaan edellä kritisoimaani *Chatzi*-tapaukseen (C-149/10), EU-tuomioistuin tavallaan otti kaksosten vanhemmille aiheutuvan haitan huomioon toteamalla, että heidän erityinen tilanteensa ja erityistarpeensa tulee ottaa lainsäädännössä huomioon.[54]

Esimerkiksi *Helmig*-tapauksessa keskittyminen haittaan olisi tarkoittanut sitä, että syrjintäolettama olisi syntynyt jo sen vuoksi, että osa-aikaisille työntekijöille ei maksettu ylityökorvausta ennen kuin heidän tekemänsä ylityötuntien määrä ylitti myös kokoaikatyötä tekevien säännöllisen työajan. Tällaisen lähestymistavan EU-tuomioistuin omaksuikin tapauksissa *Elsner-Lakeberg* (C-285/02) ja *Voss* (C-300/06), jotka koskivat osa-aikaisille maksettavaa ylityökorvausta. Lähestymistapa korostaa syrjinnänvastaisen oikeuden korjaavaan oikeudenmukaisuuskäsitykseen kiinnittyvää luonnetta: jos syrjintä on aiheuttanut haittaa tai vahinkoa, se tulee korvata, jos vahingolla ja kielletyllä syrjintäperusteella on syy-yhteys. Lähestymistapa vastaa myös Fredmanin ajatusta tosiasiallisen tasa-arvon resursseja tasaavasta ulottuvuudesta, jossa syrjinnänvastaisen oikeuden tavoitteeksi nähdään statukseen perustuvan haitan oikaiseminen. Tämä ei kuitenkaan tarkoita sitä, etteikö vertailtavuusperiaatteellakin olisi merkitystä tietyntyyppisissä syrjintätilanteissa. Syrjintätilanteet ovat erilaisia, ja myös vertailun tekeminen vaihtelee tilanteesta toiseen. Esimerkiksi palkkasyrjintätapauksissa saman ja samanarvoisen työn käsite on keskeinen, ja tällöin vertailulla on tärkeä rooli syrjinnän elementtinä.

Toinen vaihtoehto vertailtavuustestille on esimerkiksi raskaussyrjintätapauksissa omaksuttu ns. *but for* -testi, jossa syrjintäolettaman luomiseksi kantajan tulee osoittaa, että jostakin menettelystä tms. on aiheutunut hänelle haittaa, jota ei olisi aiheutunut, jos hän ei olisi ollut raskaana (”*but for*”). Olennaista on siis sen osoittaminen, onko haitan ja kielletyn syrjintäperusteen välillä syy-yhteyttä.[55] Tämä lähestymistapa on omaksuttu myös tasa-arvolain esitöissä, joissa lainsäätäjä on asettanut lähtökohdat vertailun tekemiseksi. Hallituksen esityksessä todetaan, että jos kyse on eri asemaan asettamisesta sukupuolen tai raskauden ja synnytyksestä johtuvan syyn perusteella (7 § 2 momentti), on syrjityksi tulleen kohtelua verrattava sellaisen henkilön saamaan kohteluun, jolta tämä ominaisuus puuttuu. Hallituksen esityksen mukaan kantajan olisi tällöin osoitettava, että hän on joutunut eri asemaan verrattuna toista sukupuolta olevaan verrokkiin tai verrattuna tilanteeseen, jossa syrjintäperusteeksi epäiltyä

53 Ks. Radačić 2012, 22.
54 Erit. tuomion kohta 68.
55 Ks. esim. Gerards 2005, 75–76.

sukupuoleen liittyvää syytä (kuten raskaus) ei olisi ollut.[56] Vertailu voidaan siis tehdä myös henkilön itsensä kanssa, mikä onkin looginen lähestymistapa erityisesti raskaussyrjintätapauksissa.[57] Tällöin vertailukohtana on tilanne, jossa raskaaksi tullut työntekijä olisi ollut ilman raskautta. Voidaan siis sanoa, että esimerkiksi raskautensa vuoksi irtisanottu työntekijä on joutunut raskautensa vuoksi eri asemaan kuin missä hän itse olisi ollut, jos ei olisi tullut raskaaksi. Tällaisen lähestymistavan voidaan sanoa jo vakiintuneen nimenomaan raskaussyrjintätapauksissa. Sen on omaksunut tietyin poikkeuksin EU-tuomioistuin vuoden 1990 *Dekker*-tapauksesta alkaen sekä muun muassa Suomen tasa-arvolautakunta ja tasa-arvovaltuutettu lausunnoissaan.[58]

Kuten Honeyball tuo esiin, vertailuelementin ymmärtäminen siten, että se voi tarkoittaa myös itseensä vertaamista (”*self-comparison*”), mahdollistaa irtaantumisen miehisestä standardista, josta feministijuristit ovat syrjinnänvastaista oikeutta jo pitkään kritisoineet.[59] Tällöin ei syrjinnän toteamiseksi tarvitse tehdä vertailua naisen ja miehen, edes hypoteettisen sellaisen, välillä. Vertailun tekeminen omaan hypoteettiseen tilanteeseensa ilman esimerkiksi raskautta auttaakin identifioimaan syrjintäperusteen kaikista parhaiten. Tällöin syrjinnän konstruktioon kuuluva vertailuelementti toimii Honeyballin sanoin ”puhtaimmassa muodossaan”.[60] Kuten Nummijärvi toteaa, välittömän syrjinnän tapauksissa loppujen lopuksi ratkaisevaa on, johtuuko epäedullinen kohtelu sukupuolesta. Tällöin hänen mukaansa ”riippunee asiayhteydestä, edellyttääkö tällaisen päätelmän tekeminen hypoteettista vertailuhenkilöä, fiktiivistä lainmukaisesti kohdeltua toista työntekijää, syrjivästä tekijästä (syrjintäperusteesta) puhdistettua ’hypoteettista skenaariota’ tai jotain muuta”.[61]

2.2 SYRJINTÄOLETTAMAN KUMOAMINEN

Välittömän syrjintäolettaman muodostuttua vastaajan tulee tasa-arvolain 9 a §:n mukaisesti osoittaa, ettei syrjinnän kieltoa ole rikottu näyttämällä toteen, että menettely on perustunut muuhun, hyväksyttävään seikkaan kuin sukupuoleen. Välittömän syrjinnän kohdalla tämä tarkoittaa syy-yhteyden kumoamista, eli sen osoittamista, että sukupuolen ja epäedullisen aseman välillä ei ole syy-yhteyttä (”työnhakijaa ei syrjäytetty siksi, että hän oli raskaana vaan koska hän ei ollut sopiva tehtävään”). Kuten Ellis huomauttaa, tällöin ei ole kyse syrjintä-

56 HE 195/2004, 39.
57 Ks. myös Honeyball 2000.
58 Ks. esim. tasa-arvolautakunnan lausunto N:o L 1/02 ja tasa-arvovaltuutetun lausunto Dnro 7/55/03. Ks. myös KHO 1999:70.
59 Honeyball 2000.
60 Honeyball 2000, 49.
61 Nummijärvi 2004, 278.

olettaman kumoamisesta oikeuttamisperusteiden avulla vaan osoittamalla kausaliteetin eli syy-yhteyden puuttuminen.[62] EU-oikeuden kontekstissa välitöntä syrjintää ei nimittäin voi oikeuttaa, toisin kuin perus- ja ihmisoikeuskontekstissa. Vastaaja voi kumota syrjintäolettaman vain osoittamalla, että sukupuolen ja eri aseman välillä ei ole syy-yhteyttä. Tämä ero on tärkeä syrjinnän käsitteen ymmärtämiseksi ja hahmottamiseksi. Jos syy-yhteys on olemassa, välitön syrjintä voidaan EU-oikeuden kontekstissa oikeuttaa vain laissa mainituin poikkeuksin.[63] Hyväksyttävyysvaatimus tarkoittaa sitä, että mikä tahansa peruste ei käy hyväksyttäväksi syyksi. Esimerkiksi virkanimitysten poliittiset perusteet eivät ole hyväksyttäviä, eikä eri asemaan asettaminen jollakin muulla kielletyllä syrjintäperusteella. Taloudellisten resurssien niukkuus ja työehtosopimusten noudattaminen eivät myöskään ole hyväksyttäviä syitä, jotka kumoaisivat syy-yhteyden sukupuolen ja eri aseman välillä.[64]

On tärkeää huomata, että EU-oikeudessa välittömän syrjinnän käsitteeseen kuuluvat nimenomaan lainsäädännössä määritellyt poikkeukset (*exceptions*) eivätkä oikeuttamisperusteet (*justifications*). Poikkeukset Bell määrittelee seuraavasti: ”Exceptions are specific circumstances identified in law where acts that would otherwise be unlawful direct discrimination will not so be treated. The perpetrator is not free to propose any legitimate aim for their actions; the law has already identified the conditions within which exceptions can be permitted.” Oikeuttamisperusteita hän taas luonnehtii seuraavasti: ”Justifications can be defined as the open-ended possibility for a perpetrator of direct discrimination to propose a good reason why their actions should not be treated as unlawful. The perpetrator will normally be required to identify the legitimate aim pursued and the necessary nexus between the aim and the measures actually adopted”.[65] Käsitteiden ero ei tosin aina ole selvä – monet tutkijat ovat viitanneet esimerkiksi työelämädirektiivin 2000/78/EY sisältämään ikäsyrjintään liittyvään poikkeukseen, joka jo lähestyy oikeuttamisperusteen määritelmää, sillä se sisältää vaatimuksen hyväksyttävästä päämäärästä ja suhteellisuusperiaatteesta.[66]

---

62 Ellis 1998, 124. Ks. myös esim. Bell 2007.

63 Välittömän syrjinnän oikeuttamismahdollisuudesta myös EU-oikeudessa on käyty paljon keskustelua, ks. esim. Ellis 1998, 134 ss; Bowers – Moran 2002; Gill – Monaghan 2003; Bowers ym. 2003; Prechal 2004. Tasa-arvolain esitöissä lähdetään siitä, että oikeuttamismahdollisuus liittyy vain välilliseen syrjintään, ks. KM 2002:9.

64 Ahtela ym. 2006, 46.

65 Bell 2007, 270. Näin myös Szyszczak 1996, 58. Szyszczak toteaa, että välittömän syrjinnän kontekstissa termin *justification* käyttäminen on harhaanjohtavaa, sillä oikeuttamisperusteet liittyvät vain välilliseen syrjintään. Välittömän syrjinnän käsitteeseen kuuluvat taas poikkeukset, *derogations*, joita tulee tulkita tiukasti ja suhteellisuusperiaatteen mukaisesti, kuten EU-tuomioistuin tapauksessa *Johnston* (222/84) muotoili. Ks. myös Hervey 1993.

66 Ks. esim. Tobler 2005.

Tasa-arvolain 9 §:ssä on säädetty menettelystä, jota ei ole pidettävä syrjintänä. Säännös sisältää siis välittömään sukupuolisyrjintään liittyvät poikkeukset. Säännös kuuluu seuraavasti.

> Tässä laissa tarkoitettuna sukupuoleen perustuvana syrjintänä ei ole pidettävä:
>
> 1) naisten erityistä suojelua raskauden tai synnytyksen vuoksi;
>
> 2) asevelvollisuuden säätämistä ainoastaan miehille;
>
> 3) vain joko naisten tai miesten hyväksymistä muun yhdistyksen kuin varsinaisen työmarkkinajärjestön jäseniksi, jos tämä perustuu yhdistyksen säännöissä olevaan nimenomaiseen määräykseen; jos yhdistys on muu ammatillista edunvalvontaa harjoittava järjestö, edellytetään lisäksi, että järjestö pyrkii tämän lain tarkoituksen toteuttamiseen; eikä
>
> 4) väliaikaisia, suunnitelmaan perustuvia erityistoimia tosiasiallisen tasa-arvon edistämiseksi, joilla pyritään tämän lain tarkoituksen toteuttamiseen.

Tämän 9 § lisäksi työhönottosyrjintää koskeva 8 § 1 momentin 1 kohta sisältää oman syrjintäolettaman kumoamissääntönsä, jonka mukaisesti työnantajan menettelyä ei ole pidettävä syrjintänä, jos ansioituneemman henkilön syrjäyttämiseen on työn tai tehtävän laadusta johtuva painava ja hyväksyttävä syy. EU-oikeudessa puhutaan tässä yhteydessä ns. GOR-poikkeuksista (*genuine occupational requirements*).

Aiemmin tasa-arvodirektiivin 2002/73/EY mukaiseen välittömän syrjinnän kieltoon liittyvät sallitut poikkeukset sisältyivät kaikki direktiivin 2 artiklaan. Tasa-arvodirektiivin uudelleenlaaditussa toisinnossa eli tasa-arvodirektiivissä 2006/54/EY poikkeukset on ripoteltu eri puolille direktiiviä, mikä ei ainakaan helpota välittömän syrjinnän kiellon soveltamista. Positiivista erityiskohtelua koskee direktiivin 3 artikla, GOR-poikkeuksia 14 artiklan 2 kohta, ja naisten suojelua erityisesti raskauden ja äitiyden perusteella 28 artiklan 1 kohta.

2.2.1 Naisten erityinen suojelu raskauden ja synnytyksen vuoksi

Syrjintänä ei siis ole pidettävä naisten erityistä suojelua raskauden ja synnytyksen vuoksi (tasa-arvolain 9 § 1 momentin 1 kohta ja tasa-arvodirektiivin 28 artiklan 1 kohta). Tasa-arvodirektiivissä todetaan, että direktiivillä ei rajoiteta vanhempainvapaadirektiivin tai raskaussuojeludirektiivin 92/85/ETY soveltamista (28 artiklan 2 kohta). Toisaalta raskaussuojeludirektiivin johdantokappaleessa todetaan, että raskaana olevien tai äskettäin synnyttäneiden suojeleminen ei saa johtaa naisten epäsuotuisaan kohteluun työmarkkinoilla eikä vaikuttaa

haitallisesti miesten ja naisten tasa-arvoista kohtelua koskevien direktiivien soveltamiseen. Käytännössä näiden tavoitteiden yhteensovittaminen voi johtaa ristiriitaan, etenkin palkkakysymyksissä.[67] Tapauksessa *Mahlburg* (C-207/98) EU-tuomioistuin kuitenkin totesi, että raskaana olevan suojelusäännös ei saa johtaa siihen, että raskaana olevaa kohdellaan epäsuotuisammin työhönotossa. Työnantaja ei voi näin ollen kieltäytyä ottamasta työhön raskaana olevaa hakijaa siitä syystä, ettei hän voi sijoittaa hakijaa alusta alkaen työsopimuksen mukaiseen työhön raskaana olevien naisten suojelusäännösten vuoksi.[68]

EU-tuomioistuin on erottanut kaksi ulottuvuutta naisten suojelua koskevassa säännöksessä. Säännös suojelee ensinnäkin naisten ”biologista tilaa” raskauden ja äitiysvapaan aikana, toiseksi myös äidin ja lapsen välistä ”erityistä suhdetta”.[69] Säännöksellä on siis tarkoitus suojata paitsi raskaana olevan ja juuri synnyttäneen äidin terveyttä, myös äidin ja lapsen välistä sosiaalista yhteyttä. Tätä EU-tuomioistuimen tulkintaa on kritisoitu siitä, että se vain lisää stereotyyppisiä käsityksiä äidin roolista lapsen ensisijaisena vanhempana.[70]

2.2.2 Positiivinen erityiskohtelu

Positiivista erityiskohtelua koskevassa tasa-arvodirektiivin 3 artiklassa todetaan, että ”[j]äsenvaltiot voivat pitää voimassa tai toteuttaa perustamissopimuksen [157 artiklan 4 kohdassa] tarkoitettuja toimenpiteitä miesten ja naisten välisen täyden tosiasiallisen tasa-arvon varmistamiseksi työelämässä”. SEUT 157 artiklan 4 kohdan mukaan ”[j]otta miesten ja naisten välinen täysi tosiasiallinen tasa-arvo toteutuisi työelämässä, tasa-arvoisen kohtelun periaate ei estä jäsenvaltioita pitämästä voimassa tai toteuttamasta sellaisia erityisetuja tarjoavia toimenpiteitä, joiden tarkoituksena on helpottaa aliedustettuna olevan sukupuolen ammatillisen toiminnan harjoittamista taikka ehkäistä tai hyvittää ammattiuraan liittyviä haittoja”. Lisäksi perusoikeuskirjan 23 artiklassa todetaan, että ”tasa-arvon periaate ei estä pitämästä voimassa tai toteuttamasta toimenpiteitä, jotka tarjoavat erityisetuja aliedustettuna olevalle sukupuolelle”. Kuten edellisessä luvussa toin esiin, perussoikeuskirjan määritelmä näyttäisi liittävän positiiviset toimet yhdenvertaisuusperiaatteen poikkeukseksi, eikä niinkään toi-

---

67 Tätä tarkastelen tarkemmin raskaussyrjintää koskevassa kappaleessa. Ks. myös Burrows – Robison 2007, 194–195.

68 Tapaus *Mahlburg* C-207/98, tuomion 27 kohta.

69 Bell 2007, 297.

70 Ks. esim. tapaus *Hofmann* 184/83*,* 25 kohta; *Johnston* 222/84, 44 kohta; *Komissio v. Ranska* 312/86, 13 kohta; *Kreil* 285/98, 30 kohta; *Griesmar* 366/99, 43–44 kohdat. Kritiikistä ks. esim. Bell 2007, 305 ja McGlynn 2000.

menpiteiksi ”täyden tosiasiallisen tasa-arvon varmistamiseksi”, kuten SEUT 157 artiklan 4 kohta.[71] Näitä määräyksiä on kuitenkin tulkittava yhteneväisesti.

Myös tasa-arvolaissa sallitaan väliaikaiset, suunnitelmaan perustuvat erityistoimet tosiasiallisen tasa-arvon edistämiseksi (9 § 1 momentin 4 kohta).[72] Alkuperäisessä muodossaan (vuoden 1987 tasa-arvolain mukaisesti) syrjintänä ei pidetty ”suunnitelmaan perustuvaa menettelyä, jolla pyritään tämän lain tarkoituksen toteuttamiseen käytännössä”. Tasa-arvolain kokonaisuudistuksessa vuonna 2005 sanamuotoa tarkennettiin käsitteillä *väliaikainen* ja *erityistoimi.* Muutos katsottiin lähinnä terminologiseksi ja lakia selkeyttäväksi, sillä CEDAW-sopimuksen sisältämä väliaikaisuuden vaatimus oli tasa-arvolain positiivisia erityistoimia koskevan valmistelun lähtökohtana jo lakia säädettäessä vuonna 1986.[73]

Lain esitöiden mukaan säännöksen tarkoituksena on mahdollistaa se, että erityisesti työelämässä sekä koulutuksessa voidaan *suosia* heikommassa asemassa olevaa sukupuolta syrjinnän kieltoa rikkomatta. Suosinta olisi sallittua vain, jos sillä pyritään tasa-arvolain tarkoituksen toteuttamiseen käytännössä. Säännöksen todetaan täydentävän tasa-arvon edistämisvelvoitteita, joista säädetään nykyään tasa-arvolain 4–6 b §:ssä. Kun yhtäläisten mahdollisuuksien ja tasa-arvoisen kohtelun päämäärät on saavutettu, on suosivasta menettelystä luovuttava, tai se voi muuttua syrjinnäksi. Suosivan menettelyn tulee perustua suunnitelmaan, jolla pyritään estämään mielivaltaisia suosivia päätöksiä. Suunnitelmalle ei kuitenkaan ole erityisiä laatimista tai muotoa koskevia vaatimuksia, vaan se voi perustua myös vakiintuneeseen ja johdonmukaiseen käytäntöön.[74] Kuten tasa-arvolakia myöhemmin muutettaessa todettiin, suunnitelma antaa valintatilanteissa mahdollisuuden suosia aliedustettua sukupuolta olevia henkilöitä ja tekee siten mahdolliseksi sellaiset toimenpiteet ja menettelyt, jotka yksittäisinä voisivat olla tasa-arvolaissa kiellettyä syrjintää.[75] Kyse on lyhyesti sanottuna aliedustetun sukupuolen asettamisesta *etusijalle* koulutuksessa ja työelämässä, etenkin valintatilanteissa.[76] Tasa-arvolain positiivista erityiskohtelua koskeva säännös ilmaistaan selkeästi poikkeuksena syrjinnän kiellosta.[77]

---

71 Ks. myös Waddington – Bell 2011.

72 Ks. esim. Ahtela 2004.

73 KM 2002:9, 99–100; HE 195/2004, 37.

74 HE 57/1985, 21.

75 HE 90/1994; KM 2002:9, 99–100; HE 195/2004, 37.

76 Ahtela ym. 2006, 259.

77 Ks. myös PeVL 25/1994, joka koski (nykyisin tasa-arvolain 4 a §:n) kiintiösäännöksestä annettua tasa-arvolain muutosesitystä. Valiokunnan enemmistö totesi, että kiintiösäännöksestä poikkeaminen olisi mahdollista, jos se ”johtaisi yksilöön kohdistuvaan syrjintään tai ristiriitaan jonkin perus- tai ihmisoikeuden kanssa”. Eriävässä mielipiteessään Paavo Nikula toteaa huomautuksen olevan tarpeeton, sillä ”tasa-arvo on yksilön perusoikeus, joten sen toteuttaminen niillä keinoilla, joita lakiesityksessä ja aloitteissa ehdotetaan, ei voi merkitä yksilökohtaista syrjintää taikka perus- tai ihmisoikeuden loukkausta”.

Tätä kuvastaa jo sen sijoittaminen osaksi säännöstä, joka koskee syrjinnän kiellosta tehtäviä poikkeuksia.

Kuten tasa-arvolain kokonaisuudistuksessa tuotiin esiin, EU-oikeus asettaa rajoituksia positiivisen erityiskohtelun käytölle.[78] Etenkin EU-tuomioistuimen oikeuskäytännöllä on ollut suuri merkitys tässä suhteessa. Positiivisesta erityiskohtelusta (*positive action*) osana EU:n tasa-arvo-oikeutta on myös kirjoitettu paljon.[79]

EU-tuomioistuimen kuuluisassa ja paljon kritisoidussa tapauksessa *Kalanke* (C-450/93) kyse oli Bremenin osavaltion lainsäädännöstä, jonka mukaan virkanimityksissä oli annettava etusija naiselle, jos tämä oli yhtä ansioitunut kuin mieshakija, ja jos naiset olivat aliedustettuina kyseisellä alalla. Eckhard Kalanke katsoi, että kyse oli syrjinnästä, kun hänet oli tämän lainsäädännön nojalla syrjäytetty Bremenin kaupungin puutarhaosaston johtajaa valittaessa. Julkisasiamies Tesauro katsoi ratkaisuehdotuksessaan, että Bremenin lainsäädäntö ilmentää lopputulosten tasa-arvoa, ei EU-oikeuden mukaista yhtäläisten mahdollisuuksien takaamista. EU-tuomioistuin katsoikin, että ”lainsäädäntö, jonka mukaan työpaikkaan nimitettäessä tai ylennettäessä taataan naisille täydellinen ja ehdoton etusija, on pidemmälle menevä toimenpide kuin yhtäläisten mahdollisuuksien edistäminen ja se ylittää näin ollen direktiivin [3 artiklassa] olevan poikkeuksen rajat”.[80] Ratkaisua kritisoitiin muun muassa siitä, että siinä nojauduttiin vain muodolliseen yhdenvertaisuusperiaatteeseen eikä huomioitu mitenkään naisten ja miesten erilaista asemaa työelämässä.[81]

Tapauksessa *Marschall* (C-409/95) kyse oli samantapaisesta saksalaisesta lainsäädännöstä kuin *Kalanke*-tapauksessa, mutta siihen sisältyi lisäehto, jonka mukaan naisille tulee antaa etusija vain, ”jollei toiselle hakijalle ole annettava etusijaa hänen henkilöönsä liittyvistä syistä”. Hellmut Marschall katsoi, että kyse oli syrjinnästä, koska hänet oli syrjäytetty opettajan virkaa täytettäessä. Julkisasiamies Jacobs katsoi ratkaisuehdotuksessaan, että lainsäädäntöön sisältyvä lisäehto ei muuta säännöksen syrjivää luonnetta, sillä EU-oikeus ei salli tällaisia lopputulosten tasa-arvoon tähtääviä toimia, jotka ylittävät yhtäläisten mahdollisuuksien edistämisen.[82]

EU-tuomioistuin taas katsoi ratkaisussaan, että saksalainen lainsäädäntö ei ollut EU-oikeuden vastainen sisältäessään lisäehdon, jonka mukaisesti naisille annettava etusija ei ollut ehdoton. Se myös totesi, että naisten asemaa työelä-

78 HE 195/2004, 37; KM 2002:9, 99.

79 Ks. esim. Waddington – Bell, 2011; Ellis 2005, 297–313; McCrudden 1986; De Schutter 2007; O’Cinnéide 2006; Barnard 2006, 417–430; Fredman 2011, 232–278; Barnard 1998; Schiek 1998. Kotimaisesta oikeuskirjallisuudesta ks. erit. Ahtela 2004; Ahtela ym. 2006, 257–273; Nieminen 2006c.

80 Tapaus *Kalanke* C-450/93, tuomion 22 kohta.

81 Ks. esim. Prechal 1996; Szyszczak 1996b; Schiek 1996.

82 Tapaus *Marschall* C-409/95, ratkaisuehdotuksen 32 kohta.

mässä vaikeuttavat ennakkoasenteet ja stereotypiat sekä työnantajien pelko siitä, että ”naiset esimerkiksi keskeyttävät useammin työuransa, että he eivät järjestele työaikaansa koti- ja perhesyistä yhtä joustavasti tai että he ovat useammin poissa raskauden, synnytyksen tai imettämisen vuoksi”.[83] Tuomioistuin jatkoi, että tämän vuoksi se, että kaksi hakijaa ovat yhtä ansioituneita, ei vielä takaa sitä, että heillä olisi yhtäläiset mahdollisuudet.[84] Ehdottoman etusijan antaminen naisille ylittää kuitenkin positiivisen erityiskohtelun rajat, sillä kyse on poikkeuksesta, joka tehdään yksilön oikeuteen eli syrjinnän kieltoon.[85] EU-tuomioistuin liikahti siis varovaisesti kohti tosiasiallista tasa-arvoa tunnistaessaan naisten ja miesten erilaisista elämäntilanteista johtuvat erot heidän asemassaan työelämässä. Kyse oli kuitenkin edelleen poikkeuksesta syrjinnän kieltoon.

Kun Amsterdamin sopimuksella (1997) EY:n perustamissopimuksen samapalkka-artiklaan lisättiin positiivisen erityiskohtelun mahdollistava määräys (nyk. SEUT 157 artiklan 4 kohta), se näytti sanamuotonsa mukaan ilmentävän muutakin kuin vain poikkeusta muodolliseen yhdenvertaisuuteen, sillä siinä puhutaan ”täyden tosiasiallisen tasa-arvon varmistamisesta” eikä niinkään ”yhtäläisten mahdollisuuksien takaamisesta”.[86] Kuten Barnard toteaa, nähtäväksi jää, aletaanko SEUT 157 (4) artiklaa, perusoikeuskirjan 23 artiklaa ja tasa-arvodirektiivin 3 artiklaa tulkita poikkeuksiksi yhdenvertaisuusperiaatteesta, jolloin niitä tulee tulkita suppeasti ja suhteellisuusperiaatteen mukaisesti, vai aletaanko niitä tulkita olennaisena osana yhdenvertaisuusperiaatetta (tosiasiallista tasa-arvoa).[87] Asiaan ei ole saatu varsinaista selvyyttä Amsterdamin sopimuksen voimaantulon jälkeisestä oikeuskäytännöstä.

Tapauksessa *Badeck* (C-158/97) EU-tuomioistuin ei katsonut EU-oikeuden vastaiseksi saksalaista lainsäädäntöä, jonka mukaisesti muun muassa julkishallinnossa naishakijat asetettiin etusijalle ja kaikki pätevyysvaatimukset täyttävät naiset kutsuttiin työhaastatteluun. Edellytykseksi EU-tuomioistuin asetti edelleen, että etusija ei saa olla automaattinen ja ehdoton, ja että hakemuksia on arvioitava objektiivisesti ottaen huomioon kaikkien hakijoiden henkilöön liittyvät seikat.[88]

Tapauksessa *Abrahamsson* (C-407/98) arvioitiin Ruotsin korkeakouluasetuksen EU-oikeuden mukaisuutta. Asetus salli positiivisen erityiskohtelun virkojen täytössä, jopa niin, että etusija voitiin antaa myös hakijalle, joka ei ollut yhtä ansioitunut kuin muut, vastakkaista sukupuolta olevat hakijat. EU-tuomioistuin kiinnitti huomiota ensinnäkin siihen, että asetuksessa annettiin etusija au-

---

83 Tapaus *Marschall* C-409/95, tuomion 29 kohta.
84 Tapaus *Marschall* C-409/95, tuomion 30 kohta.
85 Tapaus *Marschall* C-409/95, tuomion 32 kohta.
86 Ks. myös Ahtela 2004, 100–101.
87 Barnard 2006, 424–425.
88 Tapaus *Badeck* C-158/97, tuomion 23 kohta.

tomaattisesti.[89] Se totesi, että SEUT 157 (4) artiklan määräyksestä ei voi päätellä, että siinä sallittaisiin tällainen valintamenettely, joka on ”joka tapauksessa suhteeton tavoiteltuun päämäärään nähden”.[90] Se kuitenkin katsoi, että myös silloin, kun hakijat ovat *lähes* tasaveroisia, etusijan antaminen on mahdollista, ”kunhan hakemuksia arvioidaan objektiivisesti siten, että kaikkien hakijoiden henkilöön liittyvät erityiset seikat otetaan huomioon.”[91]

Tapauksessa *Lommers* (C-476/99) EU-tuomioistuin täsmensi, että määritettäessä mihin tahansa yksilön perusoikeuteen, kuten naisten ja miesten tasa-arvoiseen kohteluun, tehtävän poikkeuksen laajuutta, on noudatettava suhteellisuusperiaatetta. Poikkeuksella ei saa ylittää sitä, mikä on asianmukaista ja välttämätöntä tavoitellun päämäärän saavuttamiseksi. Tasa-arvoisen kohtelun periaate ja tavoiteltu päämäärä on kaikin mahdollisin tavoin sovitettava yhteen.[92] Kyse oli Alankomaiden maatalousministeriön päätöksestä hylätä H. Lommersin pyyntö saada lapselleen päivähoitopaikka ministeriön tukemasta päiväkodista, koska paikat oli varattu lähtökohtaisesti vain ministeriön naispuolisten virkamiesten lapsille. EU-tuomioistuin katsoi, että menettely ei ollut suhteellisuusperiaatteen vastaista.[93] Se kiinnitti huomiota muun muassa siihen, että päivähoitopaikkojen varaaminen vain naisille paransi naisten yhtäläisiä mahdollisuuksia, koska naiset luopuvat miehiä helpommin urastaan hoitaakseen lasta.[94]

Tapauksessa *Briheche* (C-319/03) kyse oli Ranskan lainsäädännöstä, jonka mukaan julkishallinnon palvelukseen ottamista koskevat ikärajat olivat alhaisemmat leskeksi jääneille naisille kuin leskeksi jääneille miehille. EU-tuomioistuin toisti aiemmassa oikeuskäytännössään muotoilemansa tulkintasäännöt, joiden mukaisesti etusija ei saa olla automaattinen eikä ehdoton, ja että poikkeuksen laajuutta määriteltäessä on noudatettava suhteellisuusperiaatetta.[95] Se kuitenkin jatkoi, että positiivista erityiskohtelua koskevan säännöksen tavoitteena on tosiasiallinen tasa-arvo, ei muodollinen yhdenvertaisuus, koska sillä pyritään poistamaan ”työelämässä mahdollisesti esiintyvää tosiasiallista epätasa-arvoa ja siten ehkäisemään tai hyvittämään [SEUT 157 artiklan 4 kohdan] mukaisesti asianomaisten henkilöiden ammattiuraan liittyviä haittoja”.[96] Koska etusija oli ehdoton, lainsäädäntö katsottiin kuitenkin tasa-arvodirektiivin vastaiseksi. EU-tuomioistuin tarkasteli tämän jälkeen erikseen, onko lainsäädäntö

---

89 Tapaus *Abrahamsson* C-407/98, tuomion 52 kohta.
90 Tapaus *Abrahamsson* C-407/98, tuomion 55 kohta.
91 Tapaus *Abrahamsson* C-407/98, tuomion 62 kohta.
92 Tapaus *Lommers* C-476/99, tuomion 39 kohta.
93 Ks. tarkemmin tuomion 43–48 kohdat.
94 Tapaus *Lommers* C-476/99, tuomion 37 kohta.
95 Tapaus *Briheche* C-319/03, tuomion 23 ja 24 kohdat.
96 Tapaus *Briheche* C-319/03, tuomion 25 kohta. Ks. myös julkisasiamies Maduron ratkaisuehdotus, jossa pohditaan positiivisen erityiskohtelun taustalla olevaa käsitystä yhdenvertaisuudesta.

kuitenkin sallittu SEUT 157 artiklan 4 kohdan nojalla. Tältä osin se totesi, että tämäkään artikla ei salli suhteellisuusperiaatteen vastaisia toimia.[97]

Tasa-arvodirektiivin 1 artiklan mukaan direktiivin tarkoituksena on ”taata miesten ja naisten *yhtäläisten mahdollisuuksien* ja *yhdenvertaisen kohtelun periaatteen* täytäntöönpano työhön ja ammattiin liittyvissä asioissa” (kursiivi tässä). Kuten julkisasiamies Maduro totesi tapauksen *Briheche* ratkaisuehdotuksessaan, EU-tuomioistuin on joutunut etsimään tasapainoa yhtäältä positiivisen erityiskohtelun ja toisaalta yhtäläisten mahdollisuuksien ja yhdenvertaisen kohtelun periaatteen välillä. EU-oikeudessa yhtäläiset mahdollisuudet ovat etusijalla tulosten tasa-arvoon nähden, sillä EU-tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan se, että työvoimassa saavutetaan tasa-arvoisempi naisten ja miesten edustus, ei oikeuta poikkeamaan kunkin yksilön oikeudesta olla joutumatta syrjityksi.[98] Positiivisen erityiskohtelun rajat voidaankin tiivistää seuraavasti.[99] Ensinnäkin on osoitettava, että naiset ovat tietyllä alalla aliedustettuina.[100] Tällöin positiivisen erityiskohtelun tarkoituksena on poistaa kyseisellä alalla vallitsevat eriarvoisuudet. Toiseksi, yhtäläisten mahdollisuuksien ja yhdenvertaisen kohtelun periaate ilmenee vaatimuksena, että etusija ei saa olla automaattinen eikä ehdoton. Kolmanneksi, positiivisen erityiskohtelun tulee täyttää suhteellisuusperiaatteen vaatimukset. Soveltuvuusvaatimus edellyttää sen arvioimista, millä todennäköisyydellä toteutetulla toimella voidaan korjata konkreettinen tilanne. Positiivisista erityistoimista koituvan hyödyn tulee olla tasapainossa muille yksilöille aiheutuvien haittojen kanssa. Kuten Maduro toteaa, ”nämä vaatimuksen näyttävät tarpeellisilta sen välttämiseksi, ettei yksilöiden välinen tasa-arvo jää ryhmien välistä tosiasiallista tasa-arvoa koskevien kysymysten taustalle”.[101]

Kuten Maduro tuo esiin, SEUT 157 artiklan 4 kohdan mukaan positiivisen erityiskohtelun tavoitteena on ensinnäkin toteuttaa aliedustettuna olevan sukupuolen mahdollisuuksien tasa-arvoa *helpottamalla* heidän ammatillisen toiminnan harjoittamistaan. Toiseksi, sen tavoitteena on *ehkäistä* ammattiuraan liittyviä haittoja, ja kolmanneksi *hyvittää* näitä haittoja. Kuten Maduro huomauttaa, eriarvoisuuden vähentämiseen pyrkivät toimenpiteet ovat luonteeltaan erilaisia kuin eriarvoisuuksien hyvittämiseen pyrkivät toimenpiteet. Maduron mukaan on mah-

---

97 Tapaus *Briheche* C-319/03, tuomion 29–31 kohdat.

98 Tapaus *Briheche* C-319/03, ratkaisuehdotuksen 42 kohta.

99 Tapaus *Briheche* C-319/03, ratkaisuehdotuksen 31–33 kohdat.

100 Ahtela ym. (2006, 265–266) huomauttavat, ettei ole selvää, miten aliedustuksen vaatimusta tulisi tulkita. Kuten he toteavat, EU-tuomioistuimen oikeuskäytännössä on hyväksytty positiivinen erityiskohtelu silloinkin, kun aliedustetun sukupuolen osuus on alle puolet (*Marschall* C-409/95). Ahtelan ym. tulkinnan mukaan Suomen perustuslain puitteissa positiivisen erityiskohtelun käyttöala ei olisi näin suuri, vaan se olisi mahdollista vain, jos taustalla on ollut avointa tai piiloista syrjintää. Kuten Roseberry toteaa (1999, 250), EU-oikeudessa ei kuitenkaan edellytetä sen osoittamista, että aliedustuksen taustalla olisi syrjintää. CEDAW-komiteakin lähtee siitä, että väliaikaisten erityistoimien käyttö ei riipu siitä, onko aiemmasta syrjinnästä näyttöä vai ei.

101 Tapaus *Briheche* C-319/03, ratkaisuehdotuksen 41 kohta.

dollista, että perustamissopimuksen viittauksella hyvittämiseen olisi tarkoitettu antaa jäsenvaltioille laajempaa harkintavaltaa toteuttaa positiivista erityiskohtelua. Tällöin voitaisiin antaa etusija ryhmien välisen tasa-arvon saavuttamiselle eikä niinkään yksilön oikeudelle olla joutumatta syrjityksi. Huomioon voitaisiin ottaa myös se, että muodollisesti yhdenvertainen kohtelu voi pahentaa rakenteellista syrjintää. Tällöin lähtökohtana on se, että positiivinen erityiskohtelu, jolla hyvitetään tiettyjen ryhmien aliedustus, on ainoa keino saavuttaa todelliset yhtäläiset mahdollisuudet. Tämä lähestymistapa sopisikin hyvin EU-oikeuden käsitykseen tasa-arvosta mahdollisuuksien tasa-arvona.[102]

[102] Tapaus *Briheche* C-319/03, ratkaisuehdotuksen 50 kohta.

3 Välillinen syrjintä

Varhaisia elementtejä välillisen syrjinnän käsitteestä on nähtävissä jo eräissä 1900-luvun alun kansainvälisissä sopimuksissa. Esimerkiksi vuoden 1919 sopimuksessa Puolan vähemmistöjen suojelemisesta todetaan, että Puolan vähemmistöt ”shall enjoy the same treatment and security in law and *in fact* as the other Polish nationals” (kursiivi tässä). Merkkejä välillisen syrjinnän käsitteestä on nähtävissä myös pysyvän kansainvälisen tuomioistuimen varhaisessa vähemmistöjen oikeuksia koskevassa oikeuskäytännössä.[103] USA:ssa tuomioistuinten ratkaisukäytännössä on jo 1930-luvulta lähtien havaittavissa merkkejä välillisen syrjinnän (*disparate impact*) käsitteestä.[104] *Disparate impact* -doktriinin varsinaisena läpimurtona pidetään kuitenkin vuoden 1971 tapausta *Griggs v. Duke Power Company*.[105] Tapauksessa kyse oli yhtiön menettelystä, jossa se edellytti tiettyihin työtehtäviin pyrkiviltä työntekijöiltään ylioppilastodistusta ja kirjallisen kokeen suorittamista. Monet afroamerikkalaiset työntekijät eivät kuitenkaan täyttäneet näitä vaatimuksia. Tuomioistuin totesikin, että ”[Civil Rights Act] proscribes not only overt discrimination but also practices that are fair in form, but discriminatory in operation”.[106]

Välillisen syrjinnän doktriini siirtyi USA:sta ensin Isoon-Britanniaan ja sitä kautta EU-tuomioistuimen kansalaisuus- ja sukupuolisyrjintätapauksiin, vaikka itse perustamissopimuksessa ei välillisen syrjinnän kieltoa ollutkaan. Kansallisuutta koskevissa asioissa kehitys alkoi jo vuonna 1974 tapauksessa *Sotgiu* (152/73), ja sukupuolisyrjintäasioissa vuonna 1981 tapauksessa *Jenkins* (96/80), jossa kyse oli osa-aikaisten ja kokoaikaisten työtekijöiden erilaisesta kohtelusta. Tapauksessa työnantaja oli maksanut osa-aikaisille työntekijöille pienempää tuntipalkkaa kuin samaa työtä tekeville kokoaikaisille. Julkisasiamies viittasi kantajan tavoin angloamerikkalaisiin välillisen syrjinnän käsitteisiin (USA:ssa *adverse impact*, Englannissa *indirect discrimination*) sekä siihen, että välillisen syrjinnän käsitettä oli käytetty jo kansalaisuussyrjinnän tapauksissa myös EU-tuomioistuimessa. EU-tuomioistuin sovelsi ratkaisussaan välillisen syrjinnän konstruktiota. Se ei kuitenkaan viitannut aiempaan oikeuskäytäntöön, edes aiempaan kansalaisuussyrjintää koskevaan käytäntöönsä, eikä se käyttänyt itse välillisen syrjinnän käsitettä.[107]

---

103 Tobler 2005, 89–90.

104 Ibid. Ks. mm. tapaukset *Wilson v. Lane*, 307 U.S. 268 (1939) ja *Oyama v. California* 332 U.S. 633 (1948).

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

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

107 Ks. tarkemmin tapauksesta ja sen kritiikistä Tobler 2005, 141–146.

Tapaus *Jenkins* (96/80) jätti siis paljon kysymyksiä, joihin EU-tuomioistuin antoi viimein joitakin vastauksia vuonna 1986 tapauksessa *Bilka* (170/84). Tapauksessa oli myös kyse osa-aikaisten ja kokoaikaisten työntekijöiden välisestä samapalkkaisuudesta, yrityksen lisäeläkejärjestelmään liittymisen erilaisista kriteereistä. Vaikka tuomioistuin ei edelleenkään luonut yleistä määritelmää välilliselle syrjinnälle, se loi tuomiossaan kuitenkin välillisen syrjinnän oikeuttamista koskevan ns. Bilka-testin, jota on myöhemmin käytetty yleisesti työelämän välillisistä syrjintää koskevissa tapauksissa.[108] Etenkin osa-aikaisesti työskentelevien naisten asema onkin parantunut välillisen syrjinnän kiellon kautta, millä on huomattava merkitys niissä maissa, joissa osa-aikatyö on naisten pääasiallinen keino yhdistää työ ja perhe-elämä.[109]

Sacha Prechalin mukaan monien maiden oikeusjärjestyksissä välillisen syrjinnän käsite oli tuntematon vielä 1980-luvulla, jolloin EU-tuomioistuin otti käsitteen käyttöön. Vain Isossa-Britanniassa käsite oli tuttu Yhdysvaltojen kautta. Prechal väittää, että käsitettä ei edelleenkään tunneta edes EU-juristien piirissä. Käsitteen soveltaminen ja välillisen syrjinnän havaitseminen tuottaa siis edelleen ongelmia niin juristeille kuin maallikoillekin. Käsite on uusi myös useimmille uusille jäsenmaille. Saattaakin viedä vuosia, ennen kuin käsite omaksutaan näiden maiden oikeuskäytäntöön.[110] Tasa-arvon toteutumisen kannalta käsitteellä on kuitenkin paljon potentiaalia. Sen avulla on mahdollista puuttua yhteiskunnan syrjiviin rakenteisiin, sellaisiin käytäntöihin ja menettelytapoihin, jotka vaikuttavat täysin sukupuolineutraaleilta, mutta jotka tosiasiassa aiheuttavat eriarvoisuutta sukupuolten välillä. Välillisen syrjinnän käsite mahdollistaa ensi katsomalta neutraalien sääntöjen ja käytäntöjen lähemmän tarkastelun ja voi edellyttää niiden muuttamista tai poistamista, jos niillä on toiselle sukupuolelle haitallisia vaikutuksia. Välillisen syrjinnän käsitteen onkin sanottu olevan vallankumouksellinen oikeudellinen käsite.[111]

3.1 SYRJINTÄOLETTAMAN LUOMINEN

3.1.1 Syrjintäperusteena vanhemmuus tai perheenhuoltovelvollisuus

Suomen tasa-arvolaissa vanhemmuus ja perheenhuoltovelvollisuus on lain 7 § 3 momentin 2 kohdan mukaisesti itsenäinen kielletty syrjintäperuste.[112] Jo

---

108 Ks. Tobler 2005, 146–150.
109 Ks. esim. Wentholt 1999, 62–64 ja Loenen 1999, 99.
110 Prechal 2004, 535–537. Ks. myös Burri – Prechal 2008.
111 Sjerps 1999, 237 ja Loenen 1999.
112 Saloheimo (1998, 618) on käyttänyt käsitettä absoluuttinen syrjintäsuoja. Ks. myös Nummijärvi 2004, 325–343; KM 2002:9, 75.

vuonna 1986 alkuperäistä tasa-arvolakia säädettäessä toinen lakivaliokunta korosti mietinnössään, että oikeus äitiyteen ja isyyteen kuuluu ihmisen luovuttamattomiin oikeuksiin eikä saa muodostaa syrjinnän perustetta.[113] Vaikka tuolloin ehdotettiin, että ajatus tulisi ottaa lakitekstiin, katsottiin kuitenkin riittäväksi, että esitöissä todetaan vanhemmuuteen perustuva syrjintä kielletyksi.[114] Tämä ei kuitenkaan taannut riittävää suojaa, vaan vielä vuonna 1992 korkein oikeus katsoi, että työsopimuksen purkaminen raskauden perusteella ei ole sukupuolisyrjintää. Lakia uudistettiin vuonna 1992, ja syrjintäkiellot niin raskauden ja synnytyksen kuin vanhemmuuden ja perheenhuoltovelvollisuuden perusteella sisällytettiin lakitekstiin. Syrjintä raskauden ja synnytyksen perusteella määriteltiin välittömäksi syrjinnäksi, kun taas syrjintä vanhemmuuden, perheenhuoltovelvollisuuden ja muun välillisesti sukupuoleen liittyvän syyn johdosta välilliseksi syrjinnäksi.

Vuoden 1992 esitöissä todettiin, että myös isyyteen ja näihin liittyvien oikeuksien käyttöön perustuva kaikenlainen syrjintä on kiellettyä. Jo vuoden 1987 tasa-arvolain esitöissä todettiin, että menettely, jossa synnytysiän ohittanut naispuolinen työnhakija syrjäyttää synnytysiässä olevan työnhakijan, saattaa olla kiellettyä syrjintää. Vuonna 1992 tasa-arvolain esitöissä todettiin, että ”yhtä hyvin sellaisen miehen, joka todennäköisesti ei tulisi jäämään isyys- tai vanhempainlomalle, ja tällaista oikeutta todennäköisesti käyttävän miehen eri asemaan asettaminen voi olla sukupuolisyrjintää.” [115] Esitöiden perusteella syrjintäolettaman synnyttäminen ei siis edellytä vastakkaista sukupuolta olevaa vertailukohdetta.

Vuoden 2005 tasa-arvolain uudistukseen asti itsenäisen syrjintäperusteen muodosti vanhemmuuden ja perheenhuoltovelvollisuuden lisäksi ”muu sukupuoleen liittyvä syy”. Tasa-arvolain uudistamista valmistellut toimikunta oli jättämässä tämän lisäsuojan lakitekstiin, ja se sisältyi myös hallituksen esitykseen. Jostain syystä työelämä- ja tasa-arvovaltiokunta tiputti kohdan pois lain 7 §:stä. Välillisen syrjinnän itsenäisenä syrjintäperusteena on siis vain vanhemmuus ja perheenhuoltovelvollisuus. Valiokunta perusteli tätä vain lyhyesti: ”Saamansa selvityksen perusteella valiokunta ehdottaa välillisen syrjinnän määritelmää täsmennettäväksi siten, että siitä poistetaan eri asemaan asettaminen muun sukupuoleen liittyvän syyn perusteella.”[116] Nähdäkseni tämä kuitenkin heikentää suomalaista välillisen syrjinnän doktriinia, sillä sukupuoleen liittyvä syy voi olla jokin muukin kuin vanhemmuus ja perheenhuoltovelvollisuus.

Mikä merkitys sitten on sillä, että vanhemmuus ja perheenhuoltovelvollisuus ovat itsenäisiä syrjintäperusteita? Suurin merkitys näkyy syrjintäolettaman luo-

---

113 II LaVM 4/1986.
114 HE 63/1992.
115 HE 63/1992. Samoin vuoden 1994 esitöissä, ks. HE 90/1994, 17.
116 TyVM 3/2005, 7 §:n perustelut.

misessa. Syrjintäolettama luodaan eri tavalla riippuen siitä, onko kyse 7 § 3 momentin 1 vai 2 kohdan mukaisesta välillisestä syrjinnästä. Vertailupiirit muodostetaan olennaisesti eri tavalla. Tasa-arvolain esitöissä todetaan, että 7 § 3 momentin 2 kohdan mukaisen välillisen, sukupuoleen liittyvään syyhyn (eli vanhemmuus ja perheenhuoltovelvollisuus) perustuvan syrjinnän osalta kantajan tulisi osoittaa, että hän on joutunut eri asemaan verrattuna verrokkiin, joka eroaa kantajasta sukupuoleen liittyvän syyn osalta tai verrattuna tilanteeseen, jossa syrjintäperusteeksi epäiltyä sukupuoleen liittyvää syytä ei olisi ollut.[117] Verrokkihenkilön ei näin ollen tarvitse olla eri sukupuolta vaan sellainen nainen tai mies, jolla ei ole perheenhuoltovelvollisuutta. Myös itsevertailu on mahdollista.

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

Jos vanhemmuuteen perustuvat syrjintätilanteet konstruoitaisiin sukupuolivaikutusten arvioinnin (arviointi perustuu tällöin sille, kuinka tietty menettely vaikuttaa naisiin ja miehiin) kautta, perhevapaalla oleva isä ei saisi suojaa lainkaan. Jos siis mies omaksuu naisille tyypillisen elämäntyylin ja kohtaa tälle elämäntyylille tyypillisesti kohdistuvaa epäedullista kohtelua, ei hän voisi vedota sukupuolisyrjintään, ellei kyse olisi itsenäisestä syrjintäperusteesta. Pelkkä lopputuloslähtöinen välillisen syrjinnän konstruktio lujittaisi vallitsevia käsityksiä sukupuolirooleista ja sukupuolen mukaan jakautuvista tehtävistä, sillä lastenhoitoa koskevat tasa-arvo-ongelmat liitettäisiin vain naissukupuolelle tyypillisiksi. EU:ssa tasa-arvodirektiivin 2006/54/EY 16 artikla suojaa myös isiä heidän käyttäessään isyysvapaata, samoin kuin vanhempainvapaadirektiivi 2010/18/EU heidän käyttäessään vanhempainvapaata.

---

117 HE 195/2004, s. 39.

Sjerps on kiinnittänyt huomiota siihen, kuinka osa-aikaisten työntekijöiden syrjintäkielto on muuttunut välillisestä sukupuolisyrjinnästä itsenäiseksi syrjintäperusteeksi.[118] Osa-aikaisten epäedullinen asema on oikeuskäytännössä konstruoitu sukupuolisyrjinnäksi, sillä suurin osa osa-aikaisista on ollut naisia. Nyt myös osa-aikaisesti työskenteleviä miehiä suojataan syrjinnältä osa-aikadirektiivin 97/81/EY[119] liitteenä olevan puitesopimuksen 4 lausekkeen perusteella. Vanhemmuussyrjinnässsä on kyse samankaltaisesta tilanteesta, jossa suoja syrjintää vastaan halutaan ulottaa molempiin sukupuoliin.

3.1.2 Neutraali peruste johtaa tosiasiassa epäedulliseen asemaan

Tasa-arvolain 7 § 3 momentin 1 kohdan mukaan välillisellä syrjinnällä tarkoitetaan eri asemaan asettamista sukupuoleen nähden neutraalilta vaikuttavan säännöksen, perusteen tai käytännön nojalla, jos menettelyn vaikutuksesta henkilöt voivat tosiasiallisesti joutua epäedulliseen asemaan sukupuolen perusteella. Tällainen epäedullinen vaikutus ei kuitenkaan ole syrjintää, jos sillä pyritään hyväksyttävään tavoitteeseen ja valittuja keinoja on pidettävä aiheellisina ja tarpeellisina tähän tavoitteeseen nähden (7 § 4 momentti). Tämä on EU-oikeudessa ainoa välillisen syrjinnän muoto. Vertailu tehdään tässä välillisen syrjinnän muodossa eri tavalla kuin 7 § 3 momentin 2 kohdan mukaisessa välillisessä syrjinnässä. Nyt eri asemaan asettamisen peruste on sukupuolineutraali. Kantajan tuleekin osoittaa tilastoin tai muilla tavoin, että sukupuolineutraali menettely on asettanut tai on omiaan asettamaan hänet tosiasiallisesti epäedulliseen asemaan sukupuolen perusteella.[120] Syrjintäolettaman luomisesta ei ole juurikaan suomalaista oikeuskäytäntöä, minkä vuoksi onkin tarkasteltava EU-tuomioistuimen välillistä syrjintää koskevia ratkaisuja.

Syrjintäolettaman luominen lopputuloslähtöisessä välillisessä syrjinnässä tarkoittaa menettelyn tai säännön sukupuolivaikutusten arviointia. Useimmissa tapauksissa on syytä edetä askel askeleelta. EU-tuomioistuin on yleensä arvioinut ensin, onko jokin ryhmä (kutsutaan sitä vaikka B-ryhmäksi) joutunut epäedulliseen asemaan johonkin toiseen ryhmään verrattuna (A-ryhmä). Arvioinnin tekemisessä tärkeitä kysymyksiä ovat, kuinka merkityksellistä haittaa edellytetään ja miten vertailtavat ryhmät muodostetaan. Toiseksi on arvioitava sitä, kohdistuuko haitta epäsuhtaisesti miehiin ja naisiin eli esimerkiksi onko B-ryh-

---

118 Sjerps 1999, 242–243.

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

120 HE 195/2004, 40.

mässä enemmän naisia kuin miehiä (B-ryhmän sukupuolijakauma) tai joutuuko B-ryhmään suurempi osuus kaikista naisista kuin kaikista miehistä.

Tapauksessa *Hill* (C-243/95) oli kyse siitä, että jaetuista toimista kokoaikaisiin toimiin siirtyville työntekijöille myönnettiin vähemmän ikälisiä kuin mitä heillä oli aiemmin ollut jaetussa toimessa työskennellessään. Tuomioistuin totesi ensin, että jaetuissa toimissa työskentelevät (ryhmä B) olivat joutuneet epäedullisempaan asemaan kuin ne työntekijät, jotka ovat työskennelleet kokoaikaisesti yhtä monta vuotta (ryhmä A).[121] Tämän jälkeen tuomioistuin totesi tilastojen perusteella, että 99,2 prosenttia kantajan ammattiryhmään kuuluvista työntekijöistä, jotka tekivät työtä jaetuissa toimissa, samoin kuin 98 prosenttia kaikista julkishallinnon työntekijöistä, jotka tekivät työtä jaetuissa toimissa, oli naisia. Tuomioistuin totesi tämän perusteella, että ”määräys, joka sääntelee epäedullisesti niiden työntekijöiden oikeudellista asemaa, jotka kuuluvat tähän jaetuissa toimissa olevien työntekijöiden ryhmään, on vaikutuksiltaan välillisesti sukupuolen perusteella syrjivä, ellei säännöksen tueksi voida esittää objektiivisia perusteita”.[122]

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

3.1.2.1 Epäedullinen asema

Karoliina Ahtela on kritisoinut tasa-arvodirektiivin välillisen syrjinnän käsitemäärittelyä siltä osin, kun siinä edellytetään *erityisen* epäedulliseen asemaan joutumista (”would put persons of one sex at a *particular* disadvantage”). Ahtela kysyy, kuinka paljon suurempaa haittaa ”erityisen epäedullinen asema” edellyttää kuin pelkkä ”epäedullinen asema”.[123] Suomen tasa-arvolakiin tätä lisämäärettä ei sisällytettykään. Tasa-arvolain uudistamistoimikunta katsoi, että direktiivin välillisen syrjinnän määritelmään sisältyvä teon tunnusmerkki ”erityisen epäedulliseen asemaan” vaikuttaa ankarammalta kuin välittömän syrjinnän määritelmässä ”kohdellaan epäsuotuisammin” tai tasa-arvolakiin aiemmin sisältyvä välittömän ja välillisen syrjinnän tunnusmerkki ”eri asemaan”. Tämän

121 Tapaus *Hill* C-243/95, tuomion 17 kohta.
122 Tapaus *Hill* C-243/95, tuomion 25 kohta.
123 Ahtela 2005, 63–65.

vuoksi lisämäärettä ”erityisen” ei otettu lakiin, ottaen huomioon se, että syrjinnänvastaisen lainsäädännön tasoa ei saanut laskea direktiiviä täytäntöönpantaessa.[124]

Jos jokin työntekijäryhmä, kuten osa-aikaiset työntekijät, jää jonkin edun ulkopuolelle, on heille aiheutuva haitta ja epäedullinen asema yleensä vaikeuksitta identifioitavissa. Esimerkiksi EU- tuomioistuimen klassikkotapauksessa *Bilka* (170/84) oli kyse siitä, että tavaratalokonserni oli sulkenut osa-aikaiset työntekijänsä yrityseläkejärjestelmänsä ulkopuolelle. Kyse ei kuitenkaan välttämättä ole nimenomaan edun ulkopuolelle jäämisestä. Korkeimman oikeuden ratkaisemassa tapauksessa KKO 2004:59 oli kaupunki lomauttanut perusturvatoimialansa, joka oli näin joutunut muita toimialoja epäedullisempaan asemaan. Schiek viittaa tähän ns. Kajaani-tapaukseen luonnehtiessaan skandinaavista lähestymistapaa välilliseen syrjintäolettamaan *kollektiiviseksi*. Schiekin mukaan lähestymistapa eroaa muun muassa englantilaisesta järjestelmästä, jossa haitan edellytetään aiheutuvan jostakin ”vaatimuksesta tai ehdosta” (”requirement or condition”).[125]

Aina ei jollekin ryhmälle aiheutunut haitta ole kuitenkaan näin ilmeistä. Palkkasyrjintätapauksessa *Danfoss* (109/88) riitti, että kantaja osoitti suhteellisen monien palkansaajien osalta (157 työntekijää), että naispuolisten ja miespuolisten työntekijöiden kokonaispalkan ero oli 6,85 %. Tapauksessa työnantaja sovelsi palkkausjärjestelmää, jolta puuttui täysin läpinäkyvyys. Työntekijät eivät tienneet, mitä palkanlisän perusteita heihin sovellettiin tai millä perusteella kukin lisä maksetaan.[126] Tapauksessa *Helmig* (C-399/92), jota käsittelin jo edellä, kyse taas oli siitä, että osa-aikaisille ei maksettu ylityölisiä ennen kuin he olivat työskennelleet enemmän kuin kokoaikaisten säännönmukaisen työajan. Tuomioistuin katsoi, että koska osa- ja kokoaikaisten kokonaispalkka oli sama, heitä oli kohdeltu samalla tavalla. Tuomioistuimen tulkinnan mukaan osa-aikaiset eivät olleet joutuneet epäedulliseen asemaan. Kuten toin jo esiin, monet ovat kritisoineet tuomiota, sillä osa-aikaiset joutuivat työskentelemään työaikaansa nähden useamman ylityötunnin kuin kokoaikaiset saadakseen ylityölisää, mikä eittämättä johti heidät epäedulliseen asemaan.[127] Epäedullinen asema ei siis aina tarkoita sitä, että kohtelu olisi muodollisesti ollut erilaista. Tuoreemmassa tapauksessa *Elsner-Lakeberg* (C-285/02) tuomioistuin ei enää viittaa *Helmig*-tapaukseen, vaan toteaa, että säännöksiä on sovellettava oikeassa suhteessa työaikaan nähden.[128] Tapauksessa oli kyse siitä, että sekä osa-aikaiset

---

124 KM 2002:9, 78.

125 Schiek 2007, 380 ss.

126 Tapaus *Danfoss* 109/88, tuomion 4, 10 ja 16 kohta.

127 Ks. tapauksesta esitetystä kritiikistä Wentholt 1999; Loenen 1999; Barnard – Hepple 2000, 570.

128 Tapaus *Elsner-Lakeberg* C-285/02, tuomion 13 kohta. Näin myös tapauksessa *Kowalska* C-33/89, tuomion 19 kohta.

että kokoaikaiset työntekijät saivat ylityökorvauksen vasta työskenneltyään yli 3 tuntia ylitöitä. Muodollisesti kohtelu oli siis samanlaista. Osa-aikaiset kuitenkin joutuivat kokoaikaisia epäedullisempaan asemaan, koska he joutuivat työskentelemään 5 % yli säännönmukaisen työaikansa saadakseen ylityökorvauksen, kun kokoaikaiset joutuivat työskentelemään vain 3 % yli oman työaikansa saadakseen korvauksen.[129]

Tapauksessa *Wippel* (C-313/02) kantaja esitti muun muassa, että kyseessä on välillinen syrjintä, kun osa-aikainen joutuu työskentelemään työsopimuksella, jossa ei määritetä lainkaan vähimmäistyöaikaa vaan työtä tarjotaan vain tarpeen mukaan. Julkisasiamies Kokott katsoi ratkaisuehdotuksessaan, että tällainen työsopimus ei välttämättä ole edes epäedullinen osa-aikatyöntekijöille, vaikka työnantajan väärinkäytöksen vaara onkin olemassa. Työsopimus nimittäin antaa osa-aikaiselle työntekijälle myös vapauden työskennellä vain silloin kuin hänelle sopii.[130] Julkisasiamiehen mukaan oli siis kyseenalaista, aiheutuiko järjestelmästä ylipäänsä haittaa osa-aikaisille työntekijöille. Ellis onkin varoittanut siitä, että jos tuomioistuimelle jää liikaa harkintavaltaa sen arvioimiseksi, mikä on haitallista jollekin ryhmälle, varsin miesvaltaiset tuomioistuimet eivät välttämättä kykene havaitsemaan erityisesti naisille aiheutuvaa haittaa.[131] EU-tuomioistuin katsoi ratkaisussaan, että Itävallan lainsäädäntö ei ollut tältä osin ristiriidassa tasa-arvodirektiivin kanssa.

3.1.2.2 Vertailupiirien muodostaminen

Sen arvioiminen, onko jokin ryhmä joutunut epäedulliseen asemaan, edellyttää vertailua ryhmän A ja B välillä. Vertailupiirien valinta ei käy aina ongelmitta. Kuitenkin erityisesti silloin, kun korostetaan tilastojen merkitystä, vertailupiirien valinnalla on keskeinen merkitys välillisen syrjintäolettaman luomisen kannalta.[132] Kuten Ellis huomauttaa, vertailupiirien valinnassa tuomioistuimet voivat käyttää paljon harkintavaltaa, ja tällöin välillisen syrjinnän käsitteen tehokkuus onkin pitkälti tuomioistuimien käsissä.[133]

Vertailupiirien valinnassa merkitystä on pääasiassa sillä, mikä on syrjinnän lähde.[134] EU- tuomioistuin on katsonut, että lainsäädännön mahdollista syrjivyyttä arvioitaessa kyseisen *lainsäädännön soveltamisala* määrittää pääsääntöisesti niiden henkilöiden piirin, joita voidaan käyttää vertailukohtana.[135]

---

129 Ks. myös tapaus *Voss* C-300/06.
130 Tapaus *Wippel* C-313/02, ratkaisuehdotuksen 84 ja 111 kohta.
131 Ellis 1994, 571.
132 Schiek 2007, 401.
133 Ellis 2005, 95.
134 Schiek 2007, 406–407.
135 Ks. esim. tapaukset *Allonby* C-256/01, tuomion 73 kohta ja *Rinner-Kühn* 171/88, tuomion

Tapauksessa *Kachelmann* (C-322/98) oli kyse kansallisen lainsäädännön syrjiväksi väitetystä tulkinnasta, joka asetti osa-aikaiset epäedulliseen asemaan. Vertailupiirin muodostamisesta oli kuitenkin tapauksessa erimielisyyttä. Työnantaja ja Saksan hallitus esittivät, että vertailu tulisi tehdä yrityksen sisällä. Yrityksessä työskenteli osa-aikaisena kuitenkin vain viisi henkilöä, joista kolme oli naisia ja kaksi miehiä. Kantajan mukaan mahdollisten naisiin kohdistuvien syrjivien vaikutusten toteamiseksi kansallisessa lainsäädännössä olisi viitattava kaikkiin osa-aikatyöntekijöihin Saksassa. Ennakkoratkaisupyynnön esittänyt tuomioistuin ehdotti taas näiden väliltä löytyvää vertailuperustetta ja katsoi, että vertailussa olisi käytettävä kaikkia tietyllä alalla työskenteleviä henkilöitä. Tähän yhtyi myös julkisasiamies Saggio. Hän totesi, että ei olisi perusteltua viitata samassa yrityksessä työskenteleviin osa-aikatyöntekijöihin sen toteamiseksi, onko joissakin työtehtävissä selvästi enemmän naisia kuin miehiä. Hänen mukaansa on otettava huomioon, että varsinkin pienen yrityksen tilanne voi olla sellainen, että osa-aikatyöntekijöinä työskentelevien naisten prosenttimäärästä saattaa olla harhaanjohtavaa tehdä päätelmiä. Hän ei kuitenkaan pitänyt järkevänä vertailua kaikkiin osa-aikatyöntekijöihin tietyssä jäsenvaltiossa, koska työmuodot ja työllisyyteen liittyvät ongelmat ovat yleensä eri aloilla erilaisia. Tämän vuoksi julkisasiamies olisi pitänyt järkevänä viitata niihin osa-aikatyöntekijöihin, jotka työskentelevät samalla alalla kuin se yritys, joka oli vastaajana tapauksessa.[136]

EU-tuomioistuin viittasi ratkaisussaan vain siihen, että ”[o]n totta, että Saksassa osa-aikatyössä on huomattavasti enemmän naisia kuin miehiä”,[137] ja yhtyi näin kantajan esittämään kantaan. Koska kyse oli *lainsäädännön* syrjiväksi väitetystä soveltamisesta, vertailupiirinä käytettiin koko lainsäädännön soveltamisalaan kuuluvia henkilöitä. Myös Nummijärvi toteaa, että lähtökohtana vertailupiirien muodostamisessa on pidetty kiistanalaisen normin tai käytännön soveltamispiiriin kuuluvia työntekijöitä. Niinpä hän katsoo palkkasyrjinnän osalta, että palkkauksen perustuessa valtakunnalliseen työehtosopimukseen, vertailupiiri muodostetaan kyseisen alan työntekijöistä. Jos palkkaus tai osa palkkausperusteita taas määräytyy työnantajakohtaisesti, vertailu tehdään yrityksen sisällä.[138] Sama periaate soveltuu myös muihin kuin palkkasyrjintätapauksiin.[139]

Palkkasyrjintätapauksessa *Royal Copenhagen* (C-400/93) EU-tuomioistuin antoi ohjeita vertailuryhmien muodostamisesta yrityksen sisällä. Kyse oli keramiikkatuotteita valmistavan yrityksen urakkapalkkajärjestelmästä. Tuomioistuin totesi, että vertailtavat ryhmät tulee muodostaa siten, että niihin kuuluvat

---

11 kohta.

136 Tapaus *Kachelmann* C-322/98, ratkaisuehdotuksen 27 ja 29 kohta.

137 Tapaus *Kachelmann* C-322/98, tuomion 24 kohta.

138 Nummijärvi 2004, 303. Ks. myös Sjerps 1999, 245.

139 Schiek 2007, 406–407.

kaikki ne työntekijät, joiden voidaan katsoa olevan samanlaisessa tilanteessa työn laadun, koulutuksen ja työolosuhteiden osalta. Lisäksi vertailun tulee koskea melko merkittävää työntekijämäärää, jotta todetut palkkaerot eivät johdu vain satunnaisista ilmiöistä, suhdanteista tai, urakkapalkan ollessa kyseessä, työntekijöiden työn tuloksissa olevista eroista. Vertailu ei tuomioistuimen mukaan ole asianmukaista silloin, jos ryhmät valitaan keinotekoisesti ja mielivaltaisesti siten, että yhdessä on pääasiallisesti vain naisia ja toisessa pääasiallisesti miehiä.[140] Schiek on kritisoinut ratkaisua siitä, että tuomioistuin asettaa kantajan miltei mahdottoman tehtävän eteen.[141] Jos yrityksen tietyllä osastolla epäillään syrjintää, jokainen työtehtävä koko yrityksen sisällä pitäisi arvioida ja jokainen palkkauskriteeri eritellä ja arvioida erikseen. Vain tällöin saataisiin tuomioistuimen mukaan selville asianmukaiset vertailupiirit.

Aina ei ole selvää, tulisiko vertailtavat ryhmät muodostaa yrityksen sisällä kaikista työntekijöistä, jostakin alaryhmästä, vai laajemmin, ottaen kenties huomioon koko toimiala tai mahdollisesti jopa valtakunnallinen työmarkkinatilanne. Nummijärvi on väitöskirjassaan käsitellyt tätä ongelmaa. Kuten hän toteaa, vertailukohteen valinta vaikuttaa olennaisesti sen arvioimiseen, onko jokin menettely syrjivää.[142] Sillä vaikka naisista koostuva ryhmä B olisikin joutunut jotakin toista ryhmä A:ta epäedullisempaan asemaan, näin ei välttämättä ole enää silloin, kun vertailu tehdään jonkin toisen, ryhmä C:n kanssa. Ryhmä C saattaa nimittäin olla yhtä huonossa asemassa kuin ryhmä B:kin.

Esimerkiksi tapauksessa *Gruber* (C-249/97) kyse oli siitä, että kansallisen lainsäädännön mukaan painavasta syystä irtisanoutuvalle työntekijälle oli työnantajan maksettava irtisanomiskorvausta. Painavina syinä mainittiin lainsäädännössä erityisesti työntekijän terveyteen ja työnantajan menettelyyn liittyvät seikat. Tällaisista syistä irtisanoutuvat kuuluivat siis ryhmä A:han. Kantaja väitti, että hänkin oli irtisanoutunut painavasta syystä, sillä hänen asuinalueellaan ei ollut tarpeeksi lastenhoitopaikkoja, minkä vuoksi hänen oli jäätävä kotiin hoitamaan lastaan. Tällaiseen ryhmään kuuluvat muodostivat siis ryhmä B:n, sillä heille maksettiin puolta pienempää irtisanomiskorvausta kuin ryhmä A:lle. Tuomioistuin kuitenkin katsoi, että relevantti vertailupiiri on muut muista kuin painavista syistä irtisanoutuvat työntekijät (ryhmä C), eivätkä ne, jotka irtisanoutuvat painavista syistä (ryhmä A). Näin ollen lainsäädännön ei katsottu olevan syrjivää, sillä ryhmä B ei ollut epäedullisemmassa asemassa kuin ryhmä C.[143]

Vanhemmuus on Suomessa itsenäinen syrjintäperuste, joten perhevapaalla olevan (naisen tai miehen) eri asemaan asettaminen ilman hyväksyttäviä oi-

---

140 Tapaus *Royal Copenhagen* C-400/93, tuomion 33–34 kohta sekä 36 ja 38 kohta.
141 Schiek 2007, 403.
142 Nummijärvi 2004, 302.
143 Ks. tapauksen kritiikistä Ellis 2005, 95–96.

keuttamisperusteita on kiellettyä. Mutta tulisiko vertailuryhmän tällöin olla jostain muusta syystä kuin perhevapaan takia töistä poissaolevat vai työssä olevat työntekijät? Toisin sanoen riittääkö syrjintäolettaman luomiseksi se, että vanhempainvapaalla olevat menettävät jonkin edun, jonka työssä olevat saavat, mutta jonka kaikki muutkin poissaolevat menettävät?

Tapauksessa *Thibault* (C-136/95) EU-tuomioistuin vertasi äitiyslomalla olevan työntekijän asemaa nimenomaan työssä olevan työntekijän asemaan ja totesi, että kyseessä on välitön sukupuolisyrjintä, sillä ellei työtekijä olisi tullut raskaaksi ja pitänyt äitiyslomaa, häntä olisi kohdeltu samalla tavalla kuin muitakin työssä olevia. Merkitystä ei siis ollut sillä, että muistakin syistä poissaolevat henkilöryhmät menettivät kyseisen edun yhtä lailla. Myös tasa-arvovaltuutettu on katsonut lausunnoissaan, että perhevapaalla olevien asemaa tulisi verrata työssäolevien asemaan siitä huolimatta, että saman edun ulkopuolelle jäisi esimerkiksi asepalvelustaan suorittavat.[144]

EU-tuomioistuimen välillistä syrjintää koskevassa tapauksessa *Lewen* (C-333/97) perhevapaalla olevan väitettiin tulleen syrjityksi, koska tämä ei ollut saanut joulubonusta, koska kyseisen edun ulkopuolelle jäivät kaikki joulukuun ensimmäisenä päivänä poissa olevat työntekijät. *Lewen*-tapauksessa vertailuryhmänä olivat siis työssä olevat työntekijät, joihin nähden perhevapaalla oleva kantaja katsoi joutuneensa epäedullisempaan asemaan. Tapauksessa *Gewerkschaftsbund* (C-220/02) väitettiin naisia välillisesti syrjiväksi sääntöä, jonka mukaan irtisanomiskorvausta laskettaessa työssäoloajaksi laskettiin armeijassaoloaika mutta ei hoitovapaalla oloa. Tällöin vertailu pyrittiin siis tekemään kahden alaryhmän välillä eikä niin, että hoitovapaan jättäminen työssäoloajan ulkopuolelle olisi itsessään ollut syrjivää. Näihin tapauksiin, kuten aiemmin mainitsemaani tapaukseen *Gruber* (C-249/97), liittyy kiinteästi kysymys myös eri ryhmien välisestä vertailtavuudesta, ts. siitä, ovatko eri ryhmät keskenään ylipäänsä vertailukelpoisessa tilanteessa. Muun muassa nämä välillisen syrjinnän tapaukset nimittäin kaatuivat siihen, että EU-tuomioistuin ei katsonut vertailtavien ryhmien olevan vertailukelpoisessa tilanteessa.

Jonkin kriteerin syrjivyyttä on perusteltua arvioida joskus myös alaryhmittäin esimerkiksi tietyn ikäisten työntekijöiden kesken. Englantilaisessa tapauksessa *Jones v. University of Manchester*[145] oli kyse yliopiston ammatinvalinnanohjaajalle asetetuista syrjiviksi väitetyistä valintakriteereistä. Valintakriteereinä oli tietty tutkinto, mieluiten 27–35 vuoden ikä ja vaihteleva työkokemus. Ongelmana tässä oli kantajan mukaan se, että Isossa-Britanniassa useat naiset saavat lapsensa vähän yli 20-vuotiaina, ja tämän vuoksi ryhtyvät opiskelemaan vasta paljon myöhemmin kuin miehet. 25–29-vuotiaista opiskelijoista suurin osa olikin miehiä, kun taas yli 30-vuotiaista merkittävästi suurempi osa naisia.

---

144 Tasa-arvovaltuutetun lausunnot Dnro 11/53/98 ja Dnro 5/53/99.

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

Iäkkäämpänä opiskelleet, joista suurin osa oli siis naisia, eivät näin ollen voineet hakea virkaa. Tapauksen ratkaisua on kritisoinut muun muassa Tamara Hervey, jonka mukaan ikäkriteerin syrjivyyttä arvioitaessa vertailtavia ryhmiä ei olisi tullut muodostaa kaikenikäisistä hakijoista vaan niiden alaryhmästä, johon kuuluvat tutkinnon yli 25-vuotiaina suorittaneet henkilöt. Syrjintäolettama olisikin syntynyt, jos huomioon olisi otettu koko väestöä koskevat tosiseikat ja se, että ikäkriteerit perustuvat miestyöntekijöille tyypillisen urakehityksen mallille, jonka asettamia edellytyksiä kaikki naistyöntekijät eivät voi täyttää.[146] Suomessakin esimerkiksi määräaikaisten työsopimusten ketjuttamista ja niiden jakautumista miesten ja naisten kesken olisi syytä tarkastella erityisesti 20–35-vuotiaiden osalta.[147]

3.1.2.3 Haitta kohdistuu naisiin – tilastot vai yleinen sosiologinen tieto?

Kun vertailtavat ryhmät on muodostettu, seuraavaksi on tarkasteltava sekä haittaa kärsineen että edullisemmassa asemassa olevan ryhmän sukupuolijakaumaa. Tarkoitus ei ole vertailla absoluuttisia vaan prosenttilukuja.[148]

EU-tuomioistuimen välillistä syrjintää koskevat tapaukset ovat hyvin usein koskeneet osa-aikaisten työntekijöiden asemaa. Koska osa-aikatyö on monissa Keski-Euroopan maissa naisille tyypillinen työsuhteen muoto, juuri naisille aiheutuneen syrjivän vaikutuksen osoittaminen ei ole näissä tapauksissa ollut kantajalle vaikeaa.[149] Useissa tapauksissa ennakkoratkaisupyynnöistä käy ilmi, että huomattava osa, yleensä noin 90 %, epäedulliseen asemaan joutuneista on ollut naisia.[150]

Palkkasyrjintätapauksissa kantaja yrittää usein osoittaa, että naisten keskipalkat ovat yrityksessä alempia kuin miesten.[151] Tällöin samanarvoista työtä tekevät naiset muodostavat ryhmän B ja miehet ryhmän A. Tapauksessa *Danfoss* (109/88) kantaja osoitti ”suhteellisen monien palkansaajien osalta” (157 työntekijää), että naispuolisten ja miespuolisten työntekijöiden kokonaispalkan ero oli 6,85 %. Syrjintäolettaman syntymiseen vaikutti myös se, että työnantaja sovelsi palkkausjärjestelmää, jolta puuttui täysin läpinäkyvyys. Kuten Ellis on huomauttanut, *Danfoss*-tapaus jätti kuitenkin epäselväksi sen, kuinka suuresta työntekijämäärästä tulee olla kyse (ko. tapauksessa työntekijöitä oli 157), kuin-

146 Hervey 1994, 312–313. Ks. myös Nummijärvi 2004, 307.
147 Ks. Anttila 2006.
148 Schiek 2007, 407 ss.
149 Näin esim. tapauksissa *Jenkins* 96/80, *Bilka* 170/84, *Rinner-Kühn* 171/88, *Schröder* C-50/96, *Schönheit ym.* yhdistetyt asiat C-4/02 ja C-5/02, *Rinke* C-25/02, *Steinicke* C-77/02.
150 Esimerkiksi tapauksessa *Schröder* C-50/96 naisten osuus osa-aikaisista oli 95 %, tapauksessa *Steinicke* C-77/02 taas 90 %.
151 Ks. esimerkiksi tapaukset *Danfoss* 109/88 ja *Royal Copenhagen* C-400/93.

ka pitkältä ajalta (ko. tapauksessa neljän vuoden ajalta), ja kuinka suuri prosentuaalinen palkkaero synnyttää syrjintäolettaman (ko. tapauksessa 6,85 %).[152]

Tapauksessa *Enderby* (C-127/92) vuonna 1993 oli kyse puheterapeuttien ja proviisorien välisestä palkkaerosta. EU-tuomioistuin katsoi, että syrjintäolettaman luomiseksi on esitettävä merkityksellisiä tilastoja kahden sellaisen samanarvoisen työn välisestä palkkaerosta, joista toista tekevät lähes yksinomaan naiset ja toista pääasiallisesti miehet. Tilastotietojen tulee olla luotettavia siten että niiden tulee koskea riittävän suurta joukkoa, niiden voidaan katsoa ilmaisevan muuta kuin satunnaisia tai suhdanteita kuvaavia ilmiöitä ja niiden tulee vaikuttaa yleisesti ottaen merkitseviltä.[153] Tuomioistuin on viitannut tähän *tilastollisen merkitsevyyden testiin* myös myöhemmissä tapauksissa kuten *Seymour-Smith* (C-167/97) ja *Jørgensen* (C-226/98).

Tapauksessa *Seymour-Smith* (C-167/97) vuonna 1999 oli kyse muun muassa siitä, minkälaiset erot menettelyn vaikutuksilla eri sukupuolille ovat huomattavia synnyttääkseen syrjintäolettaman. Tapauksessa käsiteltävät kysymykset liittyivät siis välillisen syrjinnän käsitteen ytimeen, mutta tuomioistuinta on kritisoitu siitä, ettei se kyennyt antamaan selkeää vastausta yhteenkään sille esitettyyn kysymykseen.[154] Tapauksessa oli kyse riidanalaisesta kansallisesta lainsäännöksestä, jonka mukaan suoja laitonta irtisanomista vastaan koski ainoastaan kaksi vuotta työskennelleitä työntekijöitä. Kantajan mukaan säännös vaikutti haitallisesti useampaan naiseen kuin mieheen. EU-tuomioistuin totesi, että paras tapa vertailla tilastoja on verrata ensinnäkin miespuolisen työvoiman osalta niiden työntekijöiden suhteellista osuutta, jotka täyttävät riidanalaisessa säännöksessä asetetun kahden vuoden työskentelyä koskevan edellytyksen, niiden suhteelliseen osuuteen, jotka eivät sitä täytä. Toiseksi tulisi verrata samoja suhteellisia osuuksia naispuolisen työvoiman osalta.[155] Toisin sanoen naisten ja miesten osalta tulisi katsoa erikseen, kuinka suuri prosenttiosuus kaikista naisista ja miehistä pääsee A-ryhmään ja kuinka suuri prosenttiosuus joutuu B-ryhmään.

Tuomioistuin lieventää sääntöä toteamalla, että syrjintäolettama syntyy myös silloin, jos tilastot osoittavat vähemmän merkittävän mutta jatkuvan ja suhteellisen pysyvän eron pitkän ajanjakson kuluessa. Tuomioistuin toteaa, että syrjiväksi väitetyn lainsäännöksen vaikutuksia arvioitaessa voi olla aiheellista ottaa huomioon sekä säädöksen antamispäivänä käytettävissä olevat tilastotiedot että sellaiset myöhemmät tilastotiedot, joiden perusteella voidaan selvittää kyseisen säädöksen vaikutusta miespuolisiin ja naispuolisiin työntekijöihin.[156] Kuten Barnard ja Hepple huomauttavat, tämä edellyttää ensinnäkin uusien lakien su-

---

152 Ellis 1998, 120.
153 Tapaus *Enderby* C-127/92, tuomion 16–19 kohta.
154 Barnard – Hepple 1999, 399 ja 403.
155 Tapaus *Seymour-Smith* C-167/97, tuomion 59–60 kohta.
156 Tapaus *Seymour-Smith* C-167/97, tuomion 49 kohta.

kupuolivaikutusten arviointia ja myös niiden vaikutusten säännöllistä seurantaa.[157] Tämä vastaakin hyvin valtavirtaistamisen vaatimusta.

Tapauksessa 77,4 prosenttia miehistä ja 68,9 prosenttia naisista täytti kahden vuoden työskentelyä koskevan edellytyksen (kuului ts. A-ryhmään) sinä vuonna, jona siitä säädettiin. Tuomioistuimen mukaan ensiarviolta tilastot eivät näyttäneet osoittavan, että miehiin nähden huomattavasti pienempi prosenttiosuus naisista täyttäisi riidanalaisessa säännöksessä asetetun edellytyksen.[158] Tuomioistuin tarkastelikin siis loppujen lopuksi vain sitä, kuinka suuri osuus naisista ja miehistä pääsi A-ryhmään, mitä ihmeteltiin myös Englannissa juttua ratkottaessa.[159]

Barnard ja Hepple ovat eritelleet erilaisia tapoja arvioida sitä, milloin menettely tosiasiassa johtaa siihen, että tietty ryhmä joutuu toista epäedullisempaan asemaan.[160] Ensinnäkin vaihtoehtona on arvioida tilastojen *merkitsevyyttä* (*Enderby*-tapaus C-127/92), eli sitä, että ne ovat luotettavia ja perustuvat sosiaalisiin tosiasioihin eivätkä pelkkään sattumaan. Barnard ja Hepple kuitenkin huomauttavat, että kun tarkastellaan hyvin suuren työntekijämäärän kattavia tilastoja, tilastollisen merkitsevyyden testi voi olla harhaanjohtava. Se on heidän mukaansa tarkoitettu arviointimenetelmäksi silloin, kun pohditaan sellaisten tilastojen merkitsevyyttä, jotka koskevat hyvin pieniä työntekijäryhmiä.

On selvää, että merkitseviä tuloksia on helpompi saada isosta joukosta kuin pienemmästä. Muutaman henkilön otoksessa täytyykin olla havaittavissa suuri ero, jotta se olisi merkitsevä, toisin sanoen sellainen, joka ei perustu pelkkään sattumaan. Isoja työntekijäryhmiä koskevien tilastojen osalta tulisi arvioida sitä, ovatko erot sisällöllisesti tai käytännössä tärkeitä. Nojautuminen vain tilastoihin on ylipäänsä saanut kritiikkiä osakseen niin USA:ssa kuin nyttemmin myös EU:ssa, minkä vuoksi tilanne onkin olennaisesti muuttunut.[161] Tilastoja on hankala laatia, varsinkin jos valtavirtaistamisvelvoitteen mukaista tilastojen seurantaa ei toteuteta. Lisäksi tilastoja on vaikea tulkita ainakaan ilman asianmukaista koulutusta. Sjerps onkin kiinnittänyt huomiota siihen käytännön ongelmaan, että tuomareita ei ole koulutettu tulkitsemaan kvantitatiivista aineistoa.[162] Tästäkin huolimatta tilastojen esittäminen voi kuitenkin olla tapa osoittaa syrjivät vaikutukset.[163]

---

157 Barnard – Hepple 1999, 408.
158 Tapaus *Seymour-Smith* C-167/97, tuomion 63 ja 64 kohta.
159 Barnard – Hepple 2000, 573.
160 Barnard – Hepple 1999, 405–407.
161 Ks. mm. Prechal 2004.
162 Sjerps 1999, 246. Ks. myös Loenen 1999, 207. Tilastojen käytöstä USA:ssa ks. Browne 1999, joka varoittaa tilastojen kritiikittömästä käytöstä.
163 Ks. HE 195/2004, 40, jossa todetaan, että välillinen syrjintäolettama voidaan synnyttää ”tilastoin tai muilla tavoin”.

Toiseksi voidaan arvioida vaikutuseron *merkittävyyttä* (”whether or not the difference in impact is *considerable*”). Tämän lähestymistavan etuna on se, että siinä ei olla riippuvaisia vain luvuista, jotka voivat olla harhaanjohtavia muun muassa silloin, kun työmarkkinat ovat vahvasti segregoituneet sukupuolen mukaan. Barnad ja Hepple toteavat, että *Seymour-Smith*-tapauksessa EU-tuomioistuin omaksui kaksi lähestymistapaa epäedullisen aseman arvioimiseksi.[164] Toisaalta se katsoi, että ryhmien välisten vaikutuserojen tulee olla merkittävät (”considerably smaller proportion of women than men”). Tuomioistuin kuitenkin jatkaa ja toteaa, että pienempikin vaikutusero synnyttää syrjintäolettaman, jos se on jatkuva ja suhteellisen pysyvä (”a lesser but persistent and relatively constant disparity over a long period”). Jutun palattua House of Lordsin käsittelyyn[165], enemmistö totesi, että syrjintäolettama oli syntynyt juuri tämän jatkuvan vaikutuseron vuoksi. Lord Nicholls ja Lord Goff tulkitsivatkin EU-tuomioistuimen ratkaisua siten, että jos tilastot kattavat pitkän ajanjakson ja osoittavat jatkuvan ja suhteellisen pysyvän vaikutuseron, tämä tekee helpommaksi sen osoittamisen, että vaikutusero on merkittävä. Lord Nichollsin mukaan kyseessä oli rajatapaus, mutta jos koko työvoiman kattavat tilastot osoittavat tällaisen eron sukupuolivaikutuksissa seitsemän vuoden ajalta, vaikutuseroa ei voida katsoa merkityksettömäksi.

Kolmas vaihtoehto on arvioida, onko olemassa riski siitä, että menettely tosiasiassa asettaa jonkin ryhmän epäedulliseen asemaan. Tämän lähestymistavan etuna on se, että siinä voi ottaa huomioon sosiaaliset tosiasiat, kuten sen, että huomattavasti useampi nainen kuin mies on yksinhuoltaja tai että työnantajalle tulee kalliimmaksi palkata sellainen työntekijä, joka tulee jäämään äitiyslomalle kuin sellainen, joka ei tule jäämään. Tässä lähestymistavassa ei tilastoilla, kvantitatiivisella tiedolla, ole niinkään merkitystä vaan pikemminkin kvalitatiivisella tiedolla ympäröivästä yhteiskunnasta.[166]

Viime aikoina onkin keskusteltu eri syrjintäperusteita koskevien syrjinnän määritelmien lähentymisestä. Vuoden 2000 syrjintädirektiiveissä määriteltiin välillinen syrjintä siten, että merkitystä annetaan enemmän yleisesti tiedossa oleville tosiasioille kuin relevanteille tilastoille. Euroopan komissio perusteli tätä sillä, että tilastotietoa on erittäin vaikea hankkia. Tältä osin direktiivien määritelmä vastasi pikemminkin kansalaisuussyrjintää koskevaa oikeuskäytäntöä kuin sukupuolisyrjinnän kieltoja. Esimerkiksi tapauksessa *O'Flynn* (C-237/94) EU-tuomioistuin katsoi syrjiväksi säännöksen, joka sisälsi vaaran erityisesti siirtotyöläisten joutumisesta huonompaan asemaan. Tuomioistuin totesi, ettei ”ole tarpeen todeta sitä, että siinä joukossa, johon kyseisen säännöksen vaikutukset käytännössä kohdistuvat, siirtotyöläisten suhteellinen osuus on

164 Barnard – Hepple 2000, 571–572.
165 [2000] I.R.L.R. 263.
166 Schiek 2007, 423 ss.

olennaisesti suurempi. On riittävää todeta, että tämä säännös *on omiaan vaikuttamaan* kyseisellä tavalla" (kursiivi tässä).[167]

Vuonna 2002 muutettiin sukupuolten tasa-arvoa koskevaa direktiiviä, jolloin välillisen syrjinnän määritelmästä tuli samanlainen kuin muita syrjintäperusteita koskevassa lainsäädännössä. Tasa-arvodirektiivi ei enää edellyttänyt tilastollista näyttöä, joten tilastojen merkityksen on sanottu vähenevän myös sukupuolisyrjintää koskevissa tapauksissa. Niin tasa-arvodirektiivin kuin tasa-arvolainkin sanamuodosta käy ilmi, että menettely voi olla välillisesti syrjivää myös silloin, kun sen epäedulliset vaikutukset naisiin tai miehiin eivät ole vielä konkretisoituneet vaan tästä on olemassa vain riski.[168] Tällöin vaikutusanalyysissä ei olisi merkitystä niinkään kvantitatiivisella tiedolla menettelyn vaikutuksista naisiin ja miehiin vaan kvalitatiivisella tiedolla yleisesti tunnetuista sosiaalisista tosiseikoista.[169]

Esimerkiksi englantilaisessa tapauksessa *London Underground Ltd. v. Edwards*[170] Court of Appeal katsoi, että aamuvuorojen varhainen alkaminen aiheutti haittaa naisille, joilla oli perheenhuoltovelvoitteita, vaikka vain yksi työpaikan 21:sta naistyöntekijästä valitti järjestelyistä. Merkitystä oli vain sillä, että oli olemassa riski, että menettelyllä on naisille haitallisia vaikutuksia. Tässä yhteydessä puhutaan myös individuaalisesta välillisestä syrjinnästä, jolla viitataan siihen, että syrjivän menettelyn vaikutuksia arvioidaan yksilö-, ei ryhmätasolla.[171]

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

On kuitenkin kysyttävä, minkälainen sellainen kriteeri tai menettely voisi olla, joka kvalitatiivisen tiedon perusteella synnyttäisi syrjintäolettaman. Suomessa sukupuoleen liittyvä syy, kuten vanhemmuus ja perheenhuoltovelvollisuus, on itsenäinen syrjintäperuste, eikä silloin tarvitse tehdä sukupuolen mukaista vaikutusanalyysia. Esimerkiksi hoitovapaalla olevien työntekijöiden asettaminen muita epäedullisempaan asemaan on syrjintää vanhemmuuden ja

---

167 Tapaus *O'Flynn* C-237/94, tuomion 18–21 kohta.

168 "Where an apparently neutral provision […] *would* put persons of one sex at a particular disadvantage…" ja ".. menettelyn vaikutuksesta henkilöt *voivat tosiasiallisesti joutua* epäedulliseen asemaan…" (kursiivi tässä).

169 Ks. myös Nummijärvi 2004, 304–305.

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

171 Ks. Nummijärvi 2004, 292–299; Fredman 2011; Schiek 2007.

perheenhuoltovelvollisuuden perusteella, se ei siis ole Suomessa syrjintää varsinaisesti sen vuoksi, että se vaikuttaa huomattavasti useampaan naiseen kuin mieheen. Uskonkin, että Suomessa on turvauduttava tilastoihin lopputulosläh-töisen välillisen syrjinnän tapauksissa edelleenkin, kun kyse on nimenomaan sukupuolisyrjinnästä. Muiden syrjintäperusteiden kohdalla on eri asia, sillä usein voidaan esittää kvalitatiivista tietoa esimerkiksi siitä, että ulkomaalaiset osaavat keskimäärin huonommin suomen kieltä kuin syntyperäiset suomalaiset. Tosin vähäisempi nojautuminen tilastoihin merkitsee Suomessakin sitä, että vaikutuseron merkittävyyttä arvioitaessa on otettava puhtaiden lukujen lisäksi huomioon myös ympäröivä sosiaalinen konteksti ja tilanteeseen vaikuttavat muut tosiseikat, jotka kenties luovat tietyn ryhmän epäedullisesta asemasta entistä epäedullisemman kuin mitä tilastot antavat ymmärtää.[172]

Toisaalta kriteeri voi olla laadultaan sellainen, ettei sen välillisesti syrjivistä vaikutuksista voida kvalitatiivisen tiedon perusteella sanoa suoraan mitään varmaa. Yksittäinen työnantaja voi esimerkiksi soveltaa jotakin neutraalia kriteeriä sellaisella tavalla, joka asettaa jonkin ryhmän epäedulliseen asemaan. Tällöin syrjintäolettaman luomiseksi on vaikutusanalyysissä turvauduttava työpaikkatason tilastoihin, jotka osoittavat kriteerin haitalliset vaikutukset jollekin ryhmälle. Kyse voi olla myös välillisesti syrjivästä lainsäädännöstä, jos sukupuolineutraalin normin vuoksi naiset tai miehet joutuvat epäedulliseen asemaan. Tällöin tilastot muodostetaan normin soveltamisalaan kuuluvista henkilöistä. Kvalitatiivista tietoa voidaan toki käyttää apuna näissäkin tilanteissa, jos sellaista on saatavilla. Esimerkiksi määräaikaisen työsuhteen käytöstä ei suoraan voida sanoa aiheutuvan suurempaa haittaa niin naisille kuin miehillekään paitsi siinä suhteessa, että raskaussyrjinnän on väitetty olevan yleisintä juuri määräaikaisissa työsuhteissa. Kuitenkin jos yksittäisen työpaikan tai jopa valtakunnalliset tilastot osoittavat, että määräaikaisista huomattavasti suurempi osa on naisia kuin miehiä, syntyy syrjintäolettama.[173]

Palaan vielä tapaukseen *Wippel* (C-313/02), jossa julkisasiamies Kokottin ratkaisuehdotuksessaan esittämät näkökohdat osoittavat hyvin sen, minkälaisia vaikeuksia naisvaltaisella alalla voi syntyä syrjintäolettamaa luotaessa, jos nojaudutaan vain tilastoihin. Tapauksessa kantaja väitti muun muassa, että hänen työnantajansa oli menetellyt naisia välillisesti syrjivästi solmiessaan työtä tarpeen mukaan tekevien osa-aikaisten kanssa työsopimuksen, jossa ei ole sovittu viikoittaista työaikaa ja työajan järjestämistä, vaan ne määräytyvät tapauskohtaisesti tarjolla olevan työn määrän mukaan. Työntekijöillä oli mahdollisuus ottaa vastaan annettu yksittäinen työtarjous tai kieltäytyä siitä. Esitettyjen tilasto-

---

172 Feministisessä oikeustutkimuksessa on kehitetty metodi naisten tarpeiden selvittämiseksi, ”asking the woman question”. Tällöin tarkoituksena on selvittää, mikä vaikutus lainsäädännöllä ja käytännöillä on naisten elämään. Bartlett 1990. Ks. myös Cook 1994, 241–243. Tämä vastaa valtavirtaistamisen ajatusta, ja sen avulla voi myös selvittää, onko kyse välillisestä syrjinnästä.

173 Ks. Anttila 2006.

jen mukaan yrityksessä työskentelevistä osa-aikaisista, joilla oli kiinteä työaika sekä niistä osa-aikaisista, jotka työskentelivät vain tarpeen mukaan, suurin osa – noin 85 % – oli naisia. Niistä kokoaikaisista ja osa-aikaisista työntekijöistä, joilla oli kiinteä työaika, naisten osuus oli heistäkin noin 76 %. Kokoaikaisten työntekijöiden ryhmässä naisten osuus oli sielläkin 65 %. Julkisasiamies päätteli luvuista, että yrityksen palveluksessa olevista naispuolisten työntekijöiden osuus on joka tapauksessa korkea. Jokainen yrityksen valitsema työsopimuksen muoto vaikuttaa siten erityisen vahvasti juuri naisiin. Julkisasiamies jatkoi, että koska tapauksessa oli problematisoitu erityisesti etukäteen sovittujen, kiinteiden työaikojen puuttuminen, on kiinteää työaikaa tekevien ja ilman kiinteää työaikaa työskentelevien välisellä vertailulla erityinen merkitys. Naisten osuus ei kuitenkaan eronnut näiden ryhmien välillä kuin kymmenellä prosenttiyksiköllä. Julkisasiamiehen mukaan kyseinen sopimustyyppi ei siten vaikuttanut olennaisesti enemmän naisiin kuin muutkaan sopimustyypit. Julkisasiamiehen mukaan kyseessä ei näin ollen voinut olla syrjintä.[174]

Jos tilastoja tulkitaan näin orjallisesti, on naisvaltaisella alalla täysin mahdotonta luoda syrjintäolettamaa, sillä myös A-ryhmässä on tuolloin enemmistö naisia. Tarvitaan myös tietoa ympäröivästä yhteiskunnasta ja sukupuolittuneista käytännöistä. Varsinaisessa ratkaisussa EU- tuomioistuin ei ottanutkaan kantaa julkisasiamiehen pohdintoihin näiltä osin, vaan totesi, että työtä tarpeen mukaan tekeviä osa-aikaisia ja kiinteällä työajalla työskenteleviä ei ylipäänsä voi rinnastaa toisiinsa, sillä jälkimmäinen ryhmä ei edellisen ryhmän tavoin voi kieltäytyä tekemästä työtä.[175] Tätä vertailukelpoisen tilanteen vaatimusta käsittelen seuraavaksi.

3.1.2.4 Vertailtavuusperiaate välillisessä syrjinnässä

Kuten olen jo aiemmin esittänyt, keskeinen osa muodollista yhdenvertaisuusperiaatetta on se, että vertailtavat henkilöt ovat vertailukelpoisessa tilanteessa.[176] Naisten ja miesten tosiasiallista tasa-arvoa ei tällä kuitenkaan saavuteta, mikä onkin tunnustettu laajalti. Naiset ovat perheissä yhä niitä, jotka paitsi tulevat raskaaksi, myös jäävät miehiä useammin perhevapaalle tai hoitamaan sairastuneita lapsia. Naiset ja miehet eivät aina ole samanlaisessa tilanteessa perhettä ja työtä yhteensovitettaessa. Ja koska he eivät ole samanlaisessa tilanteessa, eivät he ole vertailukelpoisia. Tästä huolimatta välillisesti syrjiväksi voidaan katsoa jokin neutraali säännös tai työpaikan käytäntö, joka tosiasiassa voi johtaa naisille syrjiviin vaikutuksiin sen takia, että heillä on suurempi vastuu lasten ja ko-

174 Tapaus *Wippel* C-313/02, ratkaisuehdotuksen 119–122 kohta.
175 Tapaus *Wippel* C-313/02, tuomion 64 kohta.
176 Ks. esim. Hepple ym. 2000.

din hoitamisesta. Näiden velvoitteiden hoitaminen ei saisi johtaa siihen, että naiset joutuvat miehiä huonompaan asemaan työmarkkinoilla.

Keski-Euroopassa välillisen syrjinnän kielto on parantanut muun muassa osa-aikaisten työntekijöiden asemaa. Siellä naiset ovat perheen ja työn yhteensovittamiseksi valinneet usein työskentelyn osa-aikaisesti. Välillisen syrjinnän kielto on estänyt työnantajia soveltamasta osa-aikaisiin työntekijöihin huonompia työehtoja kuin kokoaikaisiin ilman hyväksyttävää oikeuttamisperustetta. Välillisen syrjinnän kieltoon ei siis kuulu sen arvioiminen, ovatko esimerkiksi osa-aikaiset ja kokoaikaiset vertailukelpoisessa tilanteessa. Tässä piilee koko konstruktion logiikka. Vaikka ryhmät ovat erilaisia, toista ryhmää ei saa asettaa epäedullisempaan asemaan. Erilaisuus ja sen huomioon ottaminen ei ole vain välillisen syrjinnän tunnusmerkki. Pyrkimys tosiasialliseen tasa-arvoon näkyy myös välittömän syrjinnän konstruktiossa. Vaikka raskaana oleva nainen ei koskaan voi olla samanlainen kuin mies, ja vaikka hän joutuu jättämään työtehtävänsä joksikin aikaa, ei häntä saa raskauden ja äitiysvapaan vuoksi asettaa epäedullisempaan asemaan kuin niitä, jotka jatkavat työskentelyä.

Välillisen syrjinnän kieltoa arvioidessaan EU-tuomioistuin on todennut, että ”[v]akiintuneen oikeuskäytännön mukaan kyseessä on välillinen syrjintä silloin, kun neutraalisti muotoiltu kansallinen toimenpide asettaa tosiasiassa huonompaan asemaan paljon suuremman määrän naisia kuin miehiä”.[177] Kuitenkin tuomioistuin toteaa myös usein, että ”[l]lisäksi on huomattava, että vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan syrjintää on erilaisten sääntöjen soveltaminen samankaltaisissa tilanteissa tai saman säännön soveltaminen erilaisissa tilanteissa”[178] ja että ”[t]ätä periaatetta sovelletaan näin ollen vain toisiinsa verrattavissa tilanteissa oleviin henkilöihin”.[179] Tämä vastaa muodollisen yhdenvertaisuuden periaatteen mukaista käsitystä yhdenvertaisuudesta, johon sisältyy olennaisesti ajatus henkilöiden vertailukelpoisuudesta. Välillisen syrjinnän konstruktioon vertailtavuusperiaate ei kuitenkaan kuulu.[180]

Tapauksessa *Wippel* (C-313/02) tuomioistuin katsoi, että sellaisten työntekijöiden ryhmää, joka tekee töitä osa-aikaisesti tarpeen mukaan, ei voida rinnastaa kokopäiväisiin työntekijöihin, sillä jälkimmäiselle ryhmälle on ominaista, että heillä on velvollisuus työskennellä tiettynä vahvistettuna työaikana ilman

---

177 Ks. esim. tapaus *Lewen* C-333/97, tuomion 34 kohta. Ks. myös tapaukset *Boyle* C-411/96, tuomion 76 kohta; *Wippel* C-313/02, tuomion 43 ja 55 kohta; *Jørgensen* C-226/98, tuomion 29 kohta; *Kachelmann* C-322/98, tuomion 23 kohta; *Rinke* C-25/02, tuomion 33 kohta.

178 Tapaus *Lewen* C-333/97, tuomion 36 kohta. Ks. myös tapaukset *Boyle* C-411/96, tuomion 39 kohta; *Gillespie ym.* C-342/93, tuomion 16 kohta; *Wippel* C-313/02, tuomion 56 kohta; *Brunnhofer* C-381/99, tuomion 28 kohta; *Lawrence ym.* C-320/00, tuomion 12 kohta.

179 Tapaus *Wippel* C-313/02, tuomion 56 kohta. Ks. myös yhdistetyt asiat *D ja Ruotsin kuningaskunta v. Euroopan unionin neuvosto* C-122/99 ja C-125/99, tuomion 48 kohta sekä tapaus *Gewerkschaftsbund* C-220/02, tuomion kohta 59.

180 Näin myös mm. Schiek 2007, 468–471; Barnard – Hepple 2000; Prechal 2004.

että he voisivat kieltäytyä tulemasta töihin niin halutessaan.[181] Irtisanomiskorvausta koskevassa tapauksessa *Gruber* (C-249/97) EU-tuomioistuin katsoi, että lastaan kotiin hoitamaan jäävä työntekijä ja sellainen työntekijä, joka irtisanoutuu painavasta syystä, eivät ole vertailukelpoisessa tilanteessa, sillä työpaikan jättämisen syyt olivat erilaiset.[182] Tapauksessa *Lewen* (C-333/97) tuomioistuin katsoi, että hoitovapaalla olevaa työntekijää ei voi rinnastaa työssä käyvän miehen tai naisen asemaan, koska hoitovapaalle on ominaista työsopimuksen soveltamisen ja työnantajan ja työntekijän velvoitteiden keskeytyminen.[183] Tapauksessa *Gewerkshaftsbund* (C-220/02) tuomioistuin totesi, että hoitovapaalla olevaa työntekijää ei voi verrata myöskään asepalveluksen takia työstä poissaolevaan työntekijään, sillä hoitovapaan tapauksessa on kyse työntekijän ja hänen perheensä edusta ja asepalveluksen tapauksessa kansallisen yhteisön edusta. Nämä eri perusteet työsopimuksen irtisanomiselle ovat tuomioistuimen mukaan luonteeltaan niin erilaisia, että työntekijäryhmiä ei voi verrata keskenään.[184] Näin ollen asepalvelustaan suorittavalle voitiin maksaa suurempi irtisanomiskorvaus kuin hoitovapaalle jäävälle työntekijälle. Perhevelvoitteita hoitavat naiset on siis tuomioistuimen mukaan ollut mahdollista asettaa eriarvoiseen asemaan toisiin työntekijäryhmiin nähden, eikä ilman riittävää ”samanlaisuutta” ole syntynyt edes syrjintäolettamaa, jonka jälkeen olisi voinut vielä olla mahdollisuus siirtyä arvioimaan oikeuttamisperusteita.

Kuten Nummijärvi toteaa, tällaisessa argumentaatiotavassa ei oteta lainkaan huomioon perhevapaisiin liittyviä sukupuolistuneita käytäntöjä. Välillinen syrjintä konstruoidaan syrjintäolettaman ja oikeuttamisperusteiden kautta. Vertailukelpoisen tilanteen vaatimus välillisen syrjinnän kieltoa sovellettaessa ”estää arvioinnin etenemisen siihen vaiheeseen, jossa tasa-arvo-intressiä ja muita intressejä punnitaan keskenään”. Nummijärvi toteaakin, että tällainen lähestymistapa, jossa ei punnita vanhemmuuteen perustuvan eri aseman hyväksyttävyyttä, ei sovellu suomalaiseen tarkastelutavan lähtökohdaksi.[185] Esimerkiksi työtuomioistuimen kokemuslisää koskevassa tapauksessa TT 1998-34 tuomioistuin siirtyi sukupuolivaikutusten arvioinnin jälkeen tarkastelemaan menettelyn oikeuttamisperusteita kiinnittämättä huomiota vertailukelpoisuuteen. Myöhemmässä tapauksessaan TT 2003-86, joka koski välitöntä sukupuolisyrjintää (äitiysloma) ja samapalkkaisuutta, se kuitenkin viittasi EU- tuomioistuimen oikeuskäytäntöön ja totesi, ettei äitiyslomalla olevia voida verrata muiden työntekijäryhmien kanssa.

---

181 Tapaus *Wippel* C-313/02, tuomion 64 kohta.
182 Tapaus *Gruber* C-249/97, tuomion 32 ja 33 kohta.
183 Tapaus *Lewen* C-333/97, tuomion 37 kohta.
184 Tapaus *Gewerkschaftsbund* C-220/02, tuomion 64 kohta.
185 Nummijärvi 2004, 341–343.

Schiekin ohella muun muassa Barnard ja Hepple sekä Prechal ovat kritisoineet EU-tuomioistuimen tapaa konstruoida välillinen syrjintä.[186] Prechalin mukaan on metodologisesti epäloogista määritellä syrjintä ensin johonkin ryhmään kohdistuvaksi haitalliseksi vaikutukseksi ja sitten vertailukelpoisten tilanteiden samanlaiseksi kohteluksi. Barnard ja Hepple toteavat, että lainsoveltaja ei välillisen syrjinnän tapauksessa voi lähteä kysymyksestä, onko samanlaisia kohdeltu samalla tavalla. Esimerkiksi *Helmig*-tapauksessa tuomioistuin ei huomioinut työsuhteiden sisällöllisiä eroja eikä sitä, että osa-aikatyötä tekevälle työntekijälle aiheutuu yhtä paljon haittaa oman säännönmukaisen työaikansa ylityksestä kuin kokoaikaisellekin. Barnard ja Hepple ovatkin todenneet, että *Helmig*-tapauksessa erehdyttiin soveltamaan välittömän syrjinnän kieltoa välillisen syrjinnän tapauksessa. Heidän mukaansa tuomioistuimet sulauttavat välittömän ja välillisen syrjinnän käsitteet yhteen, jos myös välillisen syrjinnän elementiksi edellytetään erilaista kohtelua. Siitähän ei välillisessä syrjinnässä ole kyse, vaan menettelyn epäedullisesta lopputuloksesta.

Kuten Loenen on todennut, muodollinen yhdenvertaisuusperiaate velvoittaa samankaltaisten tilanteiden samanlaiseen kohteluun. Tosiasiallinen tasa-arvo taas velvoittaa kiinnittämään huomiota jonkin menettelyn tai säännön seurauksiin. Jos jokin ryhmä joutuu näennäisesti neutraalin menettelyn seurauksena epäedulliseen asemaan, syntyy välillistä syrjintää koskeva olettama. Syrjintäolettaman syntymisen kannalta on täysin epärelevanttia, johtuuko epäedullinen asema erilaisesta vai samanlaisesta kohtelusta.[187] Näin ollen välillisen syrjinnän tapauksissa ei syrjintäolettaman syntymisen ehdoksi voida asettaa sitä, että samanlaisia on kohdeltu eri tavalla tai erilaisia samalla tavalla. Tämä on muodollisen yhdenvertaisuusperiaatteen määritelmä, jota sovelletaan vain välittömän syrjinnän tapauksissa, tosin niissäkin tulee punnita ”samanlaisuuden” vaatimusta tosiasiallisen tasa-arvon periaatteen kanssa. Välillisessä syrjinnässä merkitystä on vain sillä, joutuuko jokin ryhmä epäedulliseen asemaan tietyn menettelyn seurauksena. Tämän lähtökohdan näyttää omaksuneen myös Euroopan komissio välillistä syrjintää koskevissa tapauksissa.[188] Välillisen syrjinnän konstruktioon ei kuulu sen arvioiminen, onko naispuolisia ja miespuolisia työntekijöitä kohdeltu samalla vai eri tavalla, tai onko erilaisia sääntöjä sovellettu samankaltaisissa tilanteissa tai samaa sääntöä erilaisissa tilanteissa. Tällainen lähestymistapa välilliseen syrjintään on tosiasiallisen tasa-arvon periaatteen vastaista.

---

186 Schiek 2007, 468–471; Barnard – Hepple 2000, 570; Prechal 2004, 543–545.

187 Loenen 1999, 199.

188 Ks. esim. tapaus *Gewerkschaftsbund* C-220/02, julkisasiamies *Kokottin* ratkaisuehdotuksen 54–63 kohta. Ks. *Kokottin* oma tulkinta ratkaisuehdotuksen 80 kohdassa. Kokott katsoo mielestäni virheellisesti, että välillisessä syrjinnässä on arvioitava, onko ”samanlaisia kohdeltu samalla tavalla tai erilaisia eri tavalla”.

3.2 SYRJINTÄOLETTAMAN KUMOAMINEN

Vastaaja voi kumota syrjintäolettaman osoittamalla, että sukupuolen ja eri aseman välillä ei ole syy-yhteyttä. Vastaaja voi siis osoittaa tasa-arvolain 9 a §:n mukaisesti, että ”menettely on johtunut muusta hyväksyttävästä seikasta kuin sukupuolesta”. Tällöin pyritään osoittamaan esimerkiksi, että työnhakijaa ei syrjäytetty tämän raskauden vuoksi vaan koska hän ei ollut sopiva tehtävään. Syy-yhteyden puuttumisen vastaaja voi yrittää osoittaa myös tasa-arvolain 7 § 2 momentin 2 kohdan mukaisessa välillisessä syrjinnässä. Tällöin vastaaja pyrkii osoittamaan, että eri asemaan asettamisen peruste ei ole vanhemmuus tai perheenhuoltovelvollisuus. Kuten Ellis huomauttaa, tällöin ei ole kyse syrjintäolettaman kumoamisesta oikeuttamisperusteiden avulla vaan osoittamalla kausaliteetin eli syy-yhteyden puuttuminen.[189] Tämä ero on tärkeä syrjinnän käsitteen ymmärtämiseksi ja hahmottamiseksi. Jos syy-yhteys on olemassa, eli jos vastaaja myöntää menettelynsä perusteen olevan sukupuoli, välitön syrjintä voidaan EU-oikeuden kontekstissa oikeuttaa vain laissa mainituin perustein, kuten olen aiemmin esittänyt. Välillisen syrjinnän kohdalla tilanne on toinen, sillä syrjintäolettama on tällöin kumottavissa 7 § 4 momentin mukaisin hyväksyttävin syin. Myös työelämän syrjintätilanteiden oikeuttamisperusteita koskeva 8 § 2 momentti viittaa vain 7 § 4 momenttiin eli välillisen syrjinnän oikeuttamiseen. Oikeuttamisperusteet ovatkin välillisen syrjinnän konstruktion keskeinen elementti.

Välillisen syrjintäolettaman synnyttyä työnantaja tai lainsäätäjä voi vielä kumota olettaman esittämällä syrjiväksi oletetulle menettelylle tai säännökselle hyväksyttäviä oikeuttamisperusteita. Tasa-arvolain 7 § 4 momentin mukaan välillinen syrjintäolettama kumoutuu, jos menettelyllä ”pyritään hyväksyttävään tavoitteeseen ja valittuja keinoja on pidettävä aiheellisina ja tarpeellisina tähän tavoitteeseen nähden”. Tasa-arvodirektiivin 2006/54/EY 2 artiklan 1 kohdan b alakohdan mukaan syrjintäolettama kumoutuu, jos ”provision, criterion or practice is objectively justified by a legitimate aim, and the means of achieving that aim are appropriate and necessary”. Tasa-arvodirektiivin mukaan ei siis riitä, että keinot ovat pelkästään tarpeellisia, vaan niiden tulee olla jopa välttämättömiä.[190] Tämä taas tarkoittaa sitä, että tavoitetta ei olisi saavutettu millään muulla keinolla.[191] Tämä välttämättömyyden vaatimus sisältyy EU-oikeuden mukaiseen suhteellisuusperiaatteeseen myös muissa kuin sukupuolisyrjintätapauksissa.[192] Direktiivi edellyttää myös sitä, että menettelyyn ryhtymisen syy voidaan perustella objektiivisesti. Esimerkiksi työnantajan subjektiiviset mieltymykset

189 Ellis 1998, 124.
190 Näin todettiin myös HE 90/1994, 18.
191 Ellis 2005; Connolly 2004; Hervey 1993, 61; Tobler 2005, 241–242.
192 Hervey 1993, 61; Tridimas 2006.

eivät voi oikeuttaa syrjintää. Välillisen syrjinnän kiellon tehokkuus ja potentiaali riippuukin pitkälti siitä, kuinka helposti syrjintäolettama on kumottavissa ja millaisin oikeuttamisperustein. Tämä taas on EU-tuomioistuimen oikeuskäytännössä usein vaihdellut sen mukaan, onko kyseessä ollut työnantajan menettely vai lainsäädäntö.

Vaikka EU-tuomioistuin on useaan otteeseen todennut (esimerkiksi tapauksessa *Steinicke* C-77/02), että kansallisten tuomioistuinten tehtävänä on viime kädessä arvioida sitä, kumoavatko esitetyt oikeuttamisperusteet syrjintäolettaman, on se antanut ohjeita siitä, minkälaiset oikeuttamisperusteet ovat hyväksyttäviä. Useasti viitataan klassikkotapaus *Bilkaan* (170/84), jossa EU-tuomioistuin loi kolmiportaisen, suhteellisuusperiaatetta ilmentävän oikeuttamistestin syrjiväksi väitetyn työnantajan toiminnan arvioimiseksi.[193] Tämän ns. Bilka-testin mukaan yrityksellä tulee olla *todellinen tarve* käyttää syrjiväksi väitettyä keinoa tietyn tavoitteen saavuttamiseksi, ja keinon tulee *soveltua* tavoitteen saavuttamiseen ja sen tulee lisäksi olla *välttämätön* tavoitteen saavuttamiseksi. Testiä on myöhemmissä tapauksissa täsmennetty.

3.2.1 Työn luonteeseen liittyvät oikeuttamisperusteet ja yleisemmät oikeuttamisperusteet

Hervey on jakanut työnantajan oikeuttamisperusteet työn luonteeseen liittyviin perusteisiin ja yleisempiin, yhteisön tarpeisiin liittyviin oikeuttamisperusteisiin.[194] Ensimmäiseen ryhmään kuuluville oikeuttamisperusteille on tyypillistä, että työnantaja osoittaa työnkuvan edellyttävän työntekijältä tiettyjä ominaisuuksia. EU-tuomioistuimessa samanarvoisten töiden palkkaerojen oikeuttamisperusteina on esitetty muun muassa koulutusta, sopeutumista erilaisiin työaikoihin ja -paikkoihin ja palvelusajan pituutta. EU-tuomioistuin on todennut, että sopeutumista erilaisiin työaikoihin ja -paikkoihin sekä koulutusta voidaan pitää oikeuttamisperusteina, jos niillä on merkitystä työn suorittamisen kannalta.[195] Työnantaja ei siis voi oikeuttaa palkkaeroa silloin, jos kyseisen työn kannalta ei esimerkiksi koulutuserolla ole merkitystä. Kuten muun muassa Hervey toteaa, *Danfoss*-tapauksen kaltaisessa tilanteessa, jossa todetaan työnantajan soveltaneen palkkausperusteita syrjivästi, kyse itse asiassa on välittömästä syrjinnästä.[196]

Myös työkokemus palkkaerojen oikeuttamisperusteena on hyväksyttävä, ja koska sen ansiosta työntekijä yleensä voi hoitaa työtehtävänsä paremmin, työn-

---

193 Suhteellisuusperiaatteesta EU-tuomioistuimen sukupuolisyrjintätapauksissa, ks. *Ellis* 1999.

194 Hervey 1993.

195 Tapaus *Danfoss* 109/88, tuomion 22 kohta.

196 Hervey 1993, 60.

antajan ei tarvitse edes osoittaa työkokemuksen merkitystä työn suorittamisen kannalta.[197] Eli suhteellisuusperiaatetta koskevan Bilka-testin mukaisesti pitkän palvelusajan palkitseminen vastaa työnantajan todellista tarvetta ja on sopiva ja välttämätön keino tavoitteen saavuttamiseksi.[198] Siofra O'Leary on kritisoinut *Danfoss*-tapausta siitä, että vaikka sopeutuvuus, koulutus ja palvelusajan pituus olivat kaikki kriteereitä, jotka voivat vaikuttaa naisiin eri tavalla kuin miehiin, työnantajan ei tarvitse kuin osoittaa, että ne ovat tärkeitä suoritettavan työn kannalta. Palvelusajan pituuden osalta työnantajan ei tarvitse osoittaa edes tätä. Tapauksissa *Nimz* (C-184/89), *Gerster* (C-1/95) ja *Kording* (C-100/95) EU-tuomioistuin taas katsoi, että työkokemusta tulee arvioida ottaen huomioon kaikki asianhaarat ja olosuhteet ja erityisesti työn laatu ja aiemmin hankittu kokemus. EU-tuomioistuin totesi myös, että yleistyksiä ei voida hyväksyä oikeuttamisperusteina eikä näin ollen palvelusajan pituuden voida automaattisesti katsoa kartuttavan työn vaatimaa kokemusta. Tarvitaan henkilökohtaista arviointia. Tämä lähestymistapa puuttui *Danfoss*-tapauksesta.[199]

Myöhemmässä tapauksessa *Cadman* (C-17/05) tuomioistuin totesi, että "koska palvelusaikaa koskevan perusteen käyttäminen soveltuu pääsääntöisesti sen oikeutetun tavoitteen saavuttamiseen, että hyvitetään kertynyttä työkokemusta, jonka avulla työntekijä voi suoriutua paremmin tehtävistään, työnantajan ei tarvitse erityisesti osoittaa, että tämän perusteen käyttäminen soveltuu mainitun tavoitteen saavuttamiseen tietyn työpaikan osalta, ellei työntekijä tuo esiin seikkoja, jotka saattavat antaa aiheen perusteltuihin epäilyksiin tältä osin".[200]

Yleisemmät, yhteisön tarpeisiin laajemmin liittyvät oikeuttamisperusteet ovat EU-tuomioistuimen tapauksissa usein liittyneet osa-aikatyöhön ja siihen, että työnantaja on asettanut osa-aikatyötä tekevät työntekijänsä muita huonompaan asemaan. Esimerkiksi *Bilka*-tapauksessa työnantaja väitti muun muassa, että osa-aikaisten työntekijöiden sulkemisella yrityseläkejärjestelmän ulkopuolelle pyritään ainoastaan kannustamaan kokoaikatyöhön.[201] Osa-aikaiset työntekijät nimittäin kieltäytyvät usein työskentelemästä alkuillasta ja lauantaisin. Niinpä turvatakseen sen, että noina aikoina on riittävästi työntekijöitä, yrityksen oli tarpeen tehdä kokoaikatyöstä houkuttelevampaa kuin osa-aikatyöstä rajoittamalla yrityseläkejärjestelmä koskemaan ainoastaan kokoaikaisia työntekijöitä. Tässä yhteydessä EU-tuomioistuin loi kolmiportaisen suhteellisuusperiaatetta ilmentävän testinsä. Saksalainen tuomioistuin katsoikin, että työnantajan menettely ei ollut suhteellisuusperiaatteen mukaista.[202]

---

197 Tapaus *Danfoss* 109/88, tuomion kohta 24.
198 Ellis 1999, 174.
199 *O'Leary* 2002, 154.
200 Tapaus *Cadman* C-17/05, tuomion kohta 40.
201 Tapaus *Bilka* 170/84, tuomion kohta 33.
202 Bundesarbeitsgerichtin tuomio 14.10.1986 BB 1987, s. 829, ks. Hervey 1993, 73.

Työnantaja ei voi oikeuttaa menettelyään esimerkiksi vetoamalla pelkkiin tietyistä työntekijäryhmistä tekemiinsä yleistyksiin, kuten olettamukseen siitä, että osa-aikaiset eivät ole yhtä integroituneita yritykseen kuin kokoaikaiset tai että he pelkästään osa-aikaisuutensa perusteella olisivat vähemmän taitavia työssään kuin kokoaikaiset.[203] Tapauksessa *Hill* (C-243/95) tuomioistuin kielsi yleisluonteisten toteamusten esittämisen oikeuttamisperusteina, jos samalla ei esitetä konkreettista näyttöä perusteen syrjimättömyydestä. Vastaaja oli nimittäin esittänyt, että kyseinen syrjiväksi oletettu menettely oli julkishallinnossa yleinen käytäntö.[204]

Tapauksessa *Enderby* (C-127/92) EU-tuomioistuin katsoi, että eri alojen palkkaeroja ei voi oikeuttaa sillä, että palkkatasosta on sovittu eri työehtosopimuksissa. Tapaus koski samanarvoisten töiden palkkaeroa, kun huonommin palkattuun ammattiryhmään (puheterapeutit) kuului pääasiassa naisia ja paremmin palkattuihin ryhmiin (psykologit ja proviisorit) miehiä.[205] Tapauksessa EU-tuomioistuin kuitenkin katsoi, että ”työmarkkinatilanne, joka voi johtaa työnantajan nostamaan tietystä työstä maksettavaa palkkaa hakijoiden houkuttelemiseksi, voi olla yksi edellä mainituissa oikeuskäytännössä tarkoitetuista objektiivisesti perustelluista taloudellisista syistä.”[206] Tapausta on kritisoitu muun muassa siitä, että markkinavoima-argumentin hyväksyessään tuomioistuin ei ottanut huomioon sitä, että sukupuolen mukaan segregoituneilla työmarkkinasektoreilla markkinavoimat itse ylläpitävät ja vahvistavat epätasa-arvoa. Pelkästään markkinavoimiin vetoaminen ei saisikaan riittää, sillä syrjinnänvastainen lainsäädäntö on laadittu juuri markkinoiden toiminnan rajoittamiseksi.[207]

---

203 Ks. tapaukset *Rinner-Kühn* 171/88, tuomion 13–14 kohta, joka tosin koski syrjiväksi oletettua lainsäädäntöä, sekä *Nimz* C-184/89, tuomion 13–14 kohta, *Gerster* C-1/95, tuomion 39 kohta ja *Kording* C-100/95, tuomion 23 kohta.

204 Tapaus *Hill* C-243/95, tuomion kohta 38.

205 Tapauksessa työnantaja oli toisena osapuolena molemmissa työehtosopimuksissa. Ristiriitaisia tulkintoja onkin esitetty sen suhteen, syyllistyykö työnantaja syrjintään myös silloin, kun kahden työntekijäryhmän palkoista on sovittu erillisissä liittotason työehtosopimuksissa. Ks. Ahtela ym. 2006, 131–132; Nummijärvi 2004, 146–151; Nieminen, Kimmo 2005, 117–119. Ks. myös korkeimman oikeuden ns. Tehy-tapaus KKO 2013:10. Tapauksessa työntekijöiden palkkaero johtui siitä, että työntekijät olivat eri työehtosopimusten piirissä. KKO katsoi, että kyse ei ollut syrjinnästä ammattiyhdistystoiminnan perusteella, sillä palkkaerot olivat seurausta niistä valinnoista, jotka työntekijät itse olivat tehneet heille perus- ja ihmisoikeutena suojattuun yhdistymisvapauteen kuuluvan päätösvaltansa nojalla (tuomion kohta 24). KKO:n mukaan syrjinnän kiellosta ei voida johtaa työntekijälle oikeutta saada hyväkseen palkkaetuja sen työehtosopimuksen mukaan, joka kulloinkin antaisi hänelle edullisimman tuloksen, riippumatta siitä, kumman sopimuksen ehtoihin hän itse on yhdistymisvapautensa perusteella tullut sidotuksi (tuomion kohta 26). Tästä huolimatta työnantajalla oli TSL:ssa säädetyn tasapuolisen kohtelun vaatimuksen perusteella velvollisuus mahdollisuuksiensa mukaan tasoittaa syntyneet palkkaerot. Korkein oikeus korosti ratkaisussaan sitä, että asiassa ei ole miltään osin kysymys naisten ja miesten väliseen tasa-arvoon edes välillisesti liittyvästä tilanteesta (tuomion kohta 17).

206 Tapaus *Enderby* C-127/92, tuomion 26 kohta.

207 O’Leary 2002, 149.

3.2.2 EU-tuomioistuimen kolme erilaista oikeuttamistestiä

Monet tutkijat ovat todenneet, että EU-tuomioistuin soveltaa erilaisia oikeuttamistestejä riippuen siitä, onko kyse työnantajan syrjivästä menettelystä, syrjivästä työlainsäädännöstä vai syrjivästä sosiaaliturvalainsäädännöstä.[208]

Välillisesti syrjivän työlainsäädännön kontekstissa EU-tuomioistuin loi Bilka-testiä vastaavan suhteellisuusperiaatteen mukaisen testin tapauksessa *Rinner-Kühn* (171/88). Tapauksessa EU- tuomioistuin totesi, että jäsenvaltion tulee osoittaa, että valitut keinot olivat sopivia ja välttämättömiä tietyn välttämättömän sosiaalipoliittisen tavoitteen saavuttamiseksi (”the means chosen meet a necessary aim of its social policy and that they are suitable and requisite for attaining that aim”). ”Välttämätön tavoite” muuttui tosin myöhemmässä ratkaisukäytännössä ”hyväksyttäväksi tavoitteeksi” (”legitimate”) niin työlainsäädäntöä[209] kuin sosiaaliturvalainsäädäntöä[210] koskevissa tapauksissa. Näin se kirjattiin myös todistustaakkadirektiiviin ja tasa-arvodirektiivin muutosdirektiiviin, sekä myöhemmin nämä kaksi direktiiviä yhdistävään uuteen tasa-arvodirektiiviin 2006/54/EY.

Sosiaaliturvaa koskevissa asioissa EU-tuomioistuin on ainakin aiemmassa oikeuskäytännössään keventänyt oikeuttamistestiä ja sallinut jäsenvaltioille laajemman harkintavallan. Tapauksessa *Nolte* (C-317/93) tuomioistuin nimittäin totesi, että syrjintäolettama kumoutuu, jos kansallinen lainsäätäjä on voinut *perustellusti* (en. ”reasonably”, ra. ”raisonnablement”) katsoa, että syrjiväksi esitetty lainsäädäntö oli välttämätön (”necessary”, ”nécessaire”) sosiaalipoliittisen tavoitteen saavuttamiseksi.[211]

Tapauksessa *Seymour-Smith* (C-167/97) tuomioistuin ulotti sosiaaliturvalainsäädäntöä koskevien tapausten *Nolte* (C-317/93) ja *Megner ja Scheffel* (C-444/93) ratkaisut myös työlainsäädännöllisiin asioihin. Tapauksessa irtisanomissuoja koski riidanalaisen lainsäädännön mukaan vain kaksi vuotta työskennelleitä työntekijöitä. Ison-Britannian hallitus väitti, että työnantajilla oleva riski joutua laitonta irtisanomista koskeviin oikeudenkäynteihin vähentää heidän työhönottohalukkuuttaan, minkä vuoksi riidanalainen lainsäännös on perusteltu työllisyyden edistämiseksi. Tuomioistuin totesi, että vaikka työllisyyden edistäminen on perusteltu sosiaalipoliittinen tavoite, on tästä huolimatta tutkit-

---

208 Ks. esim. Barnard 2000 ja Schiek 2007, 443 ss.

209 Tapaukset *Lewark* C-457/93, tuomion 36 kohta; *Jørgensen* C-226/98, tuomion 41 kohta.

210 Tapaukset *Euroopan yhteisöjen komissio v. Belgian kuningaskunta* C-229/89, tuomion 26 kohta; *De Weerd* C-343/92, tuomion 34 kohta; *Molenbroek* C-226/91, tuomion 13 kohta; *Megner ja Scheffel* C-444/93, tuomion 24 kohta; *Laperre* C-8/94, tuomion 14 kohta; *Posthuma-van Damme* C-280/94, tuomion 24 kohta.

211 Tapaus *Nolte* C-317/93, tuomion 36 kohta. Samoin mm. tapauksessa *Megner ja Scheffel* C-444/93, tuomion 30 kohta: ”the national legislature was reasonably entitled to consider that the legislation in question was necessary in order to achieve that aim.”

tava myös sitä, edistääkö riidanalainen säännös tavoitteen saavuttamista ja voidaanko tavoite saavuttaa myös muilla keinoilla (suhteellisuusperiaatteen mukaisuus). Vastaaja väitti *Nolte*-tapaukseen viitaten, että jäsenvaltioiden on vain osoitettava, että se oli voinut *perustellusti* arvioida toimenpiteen edistävän sosiaalipoliittisen tavoitteen toteuttamista.

EU-tuomioistuin katsoi, että vaikka sosiaalipolitiikka kuuluukin pääasiallisesti jäsenvaltioiden toimivaltaan, niiden harkintavalta ei voi kuitenkaan tehdä tyhjäksi yhteisön oikeuden perusperiaatteiden toteuttamista. Tuomioistuimen mukaan pelkät yleisluonteiset väitteet työllisyyden edistämiseksi tarkoitetun toimenpiteen soveltuvuudesta eivät riitä, eikä niiden perusteella voida myöskään perustellusti arvioida, voidaanko valituilla keinoilla edistää tavoitteen toteuttamista. Tuomioistuimen mukaan ”jäsenvaltion on syrjiväksi oletetun säännöksen laatijana osoitettava, että säännös on perustellun sosiaalipoliittisen tavoitteen mukainen, että siihen ei liity sukupuoleen perustuvaa syrjintää ja että se on voinut perustellusti arvioida, että valituilla keinoilla edistetään tämän tavoitteen toteuttamista”.[212] Tapauksessa tuomioistuin siis loppujen lopuksi yhdisti Rinner-Kühn-testin ja Nolte-testin. Barnard onkin kritisoinut tuomiota siitä, ettei siinä anneta selkeää ohjetta siitä, kumpaa testiä tulisi soveltaa.[213] Kuten O’Leary toteaa, tapauksessa näkyy eri suuntaan vetävät periaatteet, yhtäältä jäsenvaltioiden työllisyyspoliittiset näkökohdat ja toisaalta sukupuolten tasa-arvon periaate perusoikeutena.[214]

Työllisyyden edistämiseen vedottiin myös tapauksissa *Steinicke* (C-77/02) ja *Kutz-Bauer* (C-187/00). Tapauksessa *Steinicke* kyse oli Saksan työlainsäädännöstä, jonka mukaan virkamiehellä oli oikeus ikääntyneiden osa-aikatyöhön vain jos hän oli edeltävät viisi vuotta työskennellyt kokoaikaisesti vähintään kolmen vuoden ajan. Osa-aikaiset työntekijät jäivät siis järjestelmän ulkopuolelle, ja heistä suurin osa oli naisia. Tuomioistuin toisti tapauksissa, että vaikka työllisyyden edistäminen on perusteltu sosiaalipoliittinen tavoite, jäsenvaltioiden sosiaalipolitiikan alalla oleva harkintavalta ei voi tehdä tyhjäksi miesten ja naisten tasa-arvoisen kohtelun kaltaisen yhteisön oikeuden perusperiaatteen toteuttamista. Niinpä pelkät yleisluonteiset väitteet jonkin järjestelmän soveltuvuudesta työllisyyden edistämiseen eivät riitä, eikä niiden perusteella voida perustellusti katsoa, että valitut keinot ovat soveltuvia tavoitteen saavuttamiseksi.[215]

Tapauksessa *Steinicke* vastaaja perusteli syrjivää käytäntöä sillä, että muussa tapauksessa julkishallinnolle aiheutuisi työtehtävien suunnitteluun ja jakamiseen liittyviä kohtuuttomia rasitteita. EU-tuomioistuin totesi, että talousarvioon

---

212 Tapaus *Seymour-Smith* C-167/97, tuomion 71–77 kohta.

213 Barnard 2000, 218.

214 O’Leary 2002, 165–166.

215 Tapaukset *Steinicke* C-77/02, tuomion 62–64 kohdat; *Kutz-Bauer* C-187/00, tuomion 56–58 kohdat.

liittyvät näkökohdat voivat olla jäsenvaltion sosiaalipoliittisten ratkaisujen perustana, mutta ne eivät ole sellaisenaan politiikalla tavoiteltuja päämääriä, eikä niillä voida perustella sukupuoleen kohdistuvaa syrjintää.[216] Syrjinnän poistamisen aiheuttamilla kustannuksilla ei myöskään voida perustella syrjivää menettelyä.[217]

EU-tuomioistuin näyttää siis luoneen kolme eri oikeuttamistestiä: tiukan Bilka-testin työnantajien välillisesti syrjivien käytäntöjen varalle, heikomman Seymour-Smith-testin työlainsäädäntöä varten ja sosiaaliturvaa koskevan kaikista heikoimman Nolte/Megner-testin.[218] Tämä jaottelu eri testeihin syrjinnän lähteen perusteella vahvistuu tapauksessa *Krüger* (C-281/97), jonka mukaan työnantajat eivät voi viitata väljempiin, syrjiväksi oletettua lainsäädäntöä koskeviin oikeuttamisperusteisiin, koska heillä ei ole samaa harkintavaltaa kuin lainsäätäjällä.[219]

3.2.3 Esimerkkinä KKO 2004:59 – tapauksen esittely

Suomessa on korkeimmassa oikeudessa ollut vain yksi välillistä syrjintää koskeva tapaus, jossa pohdittiin nimenomaan työnantajan menettelyn oikeuttamisperusteita (KKO:2004:59). Tapauksessa oli kyse siitä, että kaupunki oli huonon taloudellisen tilansa takia lomauttanut huomattavan osan kaikkein naisvaltaisimman toimialansa henkilöstöstä. Lomautuksen kohteena olleen perusturvatoimialan henkilöstöstä 93,5 % oli naisia. Kantajat väittivät, että kaupunki oli rikkonut tasa-arvolain 7 ja 8 §:ää lomauttamalla vain naisvaltaisen perusturvatoimialan henkilöstöä eikä muun muassa miesvaltaisen teknisen toimialan henkilöstöä. Korkein oikeus totesi päätöksessään, että lomautusten kohdistuminen näin merkittävästi vain yhteen mutta selvästi naisvaltaisimpaan toimialaan ja siten suhteellisesti suurempaan määrään naisia kuin miehiä, synnyttää syrjintäolettaman.

Kaupunki esitti oikeuttamisperusteinaan, että lomautukset oli toimeenpantu talousarviossa perusturvatoimialalle asetetun nettomenojen supistamisvelvoitteen saavuttamiseksi. KKO totesi, että syrjintäolettamasta ei voi vapautua pelkästään sen vuoksi, että lomautukset ovat perustuneet sitovaan talousarvioon. KKO tarkasteli ensin sitä, olivatko säästötavoitteiden asettamisessa käytetyt pe-

---

216 Tapaus *Steinicke* C-77/02, tuomion 66 kohta. Ks. myös tapaukset *De Weerd* C-343/92, tuomion 35 kohta; *Kutz-Bauer* C-187/00, tuomion 59 kohta; *Jørgensen* C-226/98, tuomion 39 kohta.

217 Tapaukset *Steinicke* C-77/02, tuomion 68 kohta; *Kutz-Bauer* C-187/00, tuomion 61 kohta; *Hill* C-243/95, tuomion 40 kohta.

218 Ks. oikeuttamistestien hierarkiasta esim. Barnard 2000, 218.

219 Tapaus *Krüger* C-281/97, tuomion 28–29 kohta. Oikeuttamistesteistä ks. myös Loenen 1999, 208–211. Hierarkiasta mm. O'Leary 2002, 181.

rusteet sellaisenaan naisvaltaisen toimialan työntekijöitä syrjiviä tai oliko eri toimialoilla sovellettu erilaisia perusteita ilman hyväksyttävää syytä.

Kaupunki oli viitannut siihen, että

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

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

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

3.2.4 Esimerkkinä KKO 2004:59 – ratkaisun kritiikkiä

KKO ei viitannut ratkaisussaan EU-oikeuteen eikä edes EU-tuomioistuimen lukuisiin välillistä syrjintä koskeviin tapauksiin, vaikka sekä käräjäoikeus että hovioikeus pohtivat nimenomaan oikeuttamisperusteita EU-oikeuden, ja erityisesti Bilka-testin valossa. Tosin alemmissakaan oikeusasteissa Bilka-testin soveltaminen ei mennyt aivan doktriinin mukaisesti. Tuomioistuinten olisi ensinnäkin tullut arvioida sitä, miksi syrjiväksi väitettyyn menettelyyn ryhdyttiin. Vaikka itse lomautukselle olisikin ollut hyväksyttävä tavoite, tämän tavoitteen saavuttamiseksi käytettyjen keinojen tulee täyttää soveltuvuus-, välttämättömyys- ja suhteellisuusvaatimukset. Oliko vain naisvaltaisen alan lomauttaminen välttämätön ja suhteellisuusperiaatteen mukainen keino? Vai olisiko tavoitteeseen päästy myös vähemmän syrjivin keinoin? Koska lomautusperuste oli käytettävissä muillakin aloilla, vain naisvaltaisen alan lomauttamista tuskin voidaan katsoa välttämättömäksi. Kuten tapauksesta käy ilmi, lomautukset oli kohdistettu ainoastaan perusturva-alalle, koska se oli ainoana toimialana ylittänyt talousarvionsa huomattavasti kahtena edellisenä vuonna. Vaikka säästövelvoitteet sinänsä olisikin asetettu objektiivisesti, kuten KKO toteaa, ei niiden ylittäminen voi olla oikeuttamisperuste vain kyseisen alan lomauttamiselle, jos sillä on epäedullisia sukupuolivaikutuksia, varsinkaan, kun lomauttamisperuste olisi käytettävissä myös muilla aloilla. KKO katsoikin, että kunnan järkevä taloudenpito ja toiminnan järjestäminen muodostavat kunnalle todellisen tarpeen syrjivälle menettelylle. KKO ei kuitenkaan tuomiossaan viittaa niihin lukuisiin EU-tuomioistuimen tapauksiin, joissa todetaan, että syrjintää ei voi oikeuttaa talousarvioon liittyviin näkökohtiin vedoten. Syrjivää menettelyä ei voi perustella myöskään julkishallinnolle aiheutuvilla työtehtävien suunnitteluun ja jakamiseen liittyvillä kohtuuttomilla rasitteilla (*Steinicke* C-77/02).

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

---

220 Tapaukset *Steinicke* C-77/02, tuomion kohta 67; *Jørgensen* C-226/98, tuomion 39 kohta; *De Weerd* C-343/92, tuomion 36 kohta; *Kutz-Bauer* C-187/00, tuomion 60 kohta.

221 Tapaukset *Schröder* C-50/96, tuomion 56 kohta; *Defrenne III* 149/77, tuomion 26 ja 27 kohta; *Razzouk ja Beydoun* yhdistetyt asiat 75/82 ja 117/82, tuomion 16 kohta; *P v. S* C-13/94, tuomion 19 kohta. *Schröder*-tapauksessa tuomioistuin toteaa (tuomion 57 kohta), että tämä oikeuskäytäntö huomioon ottaen, samapalkkaisuutta koskevan 141 artiklan taloudellinen tavoite on toissijainen verrattuna sen sosiaaliseen tavoitteeseen, joka on ilmaus yhdestä perustavanlaatui-

KKO antoi merkitystä myös sille, että muita aloja olisi vastaavassa tilanteessa kohdeltu samalla tavalla. Kyse oli kuitenkin välillisestä, ei välittömästä syrjinnästä. Kuten olen pyrkinyt osoittamaan, välillisen syrjinnän konstruktioon ei kuulu sen arvioiminen, onko ryhmiä kohdeltu muodollisesti yhdenvertaisesti. Merkitystä on vain sillä, joutuiko jokin ryhmä tosiasiassa menettelyn seurauksena epäedullisempaan asemaan, oli kyse sitten samanlaisesta tai erilaisesta kohtelusta. Toisekseen, jos kaupunki olisi menetellyt samoin jonkin toisen alan kohdalla, ei syrjintäolettamaa olisi edes syntynyt, jos lomautettujen joukossa olisi ollut tasapuolisesti sekä naisia että miehiä.

Kuten Ellis toteaa, EU-tuomioistuimen luoma oikeuttamistesti jättää tuomioistuimille paljon harkintavaltaa.[222] Tätä harkintavaltaa käytettäessä tulisi ottaa huomioon se, että vaihtoehdoista tulisi valita ihmisoikeusystävällisin vaihtoehto. Juuri oikeuttamisperusteita arvioitaessa ihmisoikeuskontekstia ja ihmisoikeussopimusten asettamia velvoitteita ei tulisi unohtaa. Erityisesti CEDAW-sopimuksen asettamat velvoitteet naisten tosiasiallisen aseman parantamisesta sekä syrjivien rakenteiden ja stereotypioiden poistamisesta tulisi ottaa vakavasti. Kun toisessa vaakakupissa on ihmisoikeudeksi tunnustettu perustavaa laatua oleva oikeus ja toisessa jokin muu, kuten taloudellinen intressi, punninnassa tulisi perustuslain 22 §:n perusteella antaa etusija perusoikeusmyönteiselle ja ihmisoikeusystävälliselle tulkinnalle.[223]

3.2.5 ”Hyväksyttävät syyt” – välillisen syrjinnän oikeuttamista vai syy-yhteyden kumoamista?

Oikeuskirjallisuudessa on käyty keskustelua siitä, ovatko välillisen syrjinnän käsitteeseen kuuluvat ”hyväksyttävät syyt” käsitteellisesti syrjinnän oikeuttamisperusteita vai syy-yhteyden kumoamista.[224] Ellisin[225] luoman kausaatioopin mukaisesti hyväksyttävät syyt välillisen syrjinnän elementteinä kumoavat syy-yhteyden kielletyn syrjintäperusteen ja epäedullisen aseman välillä, eli kyse olisi kausaalisuudesta pikemminkin kuin oikeuttamisesta. Tobler taas toteaa, että perinteisen näkemyksen mukaan hyväksyttävät syyt välillisen syrjinnän käsitteen elementtinä ovat oikeuttamisperusteita, eivätkä poista syy-yhteyttä syrjivän käytännön tms. vaikutusten ja kielletyn syrjintäperusteen väliltä (”there is discrimination, but it is justified”).[226]

---

sesta perusoikeudesta.

222 Ellis 1998, 130.

223 Ks. myös Prechal 2004, 547–551. Kajaani-tapauksen perusteluja on kritisoinut myös Schiek 2007, 456–460.

224 Ks. etenkin Tobler 2005, 253–260, jota Schiek (2007, 435–443) on kommentoinut.

225 Ellis 1994; Ellis 2005, 103–113.

226 Tobler 2005, 253–259.

Ellisin kausaatio-opissa syrjintä muodostuu kahdesta elementistä: epäedullisesta asemasta (*adverse impact*) ja syy-yhteydestä (*causation*). Välittömässä syrjinnässä syy-yhteys epäedullisen aseman ja sukupuolen (tai muun kielletyn syrjintäperusteen välillä) syntyy kysymällä, *olisiko kantaja joutunut epäedulliseen asemaan, jos hän olisi ollut toista sukupuolta*.[227] Epäedullinen asema taas identifioidaan vertailun kautta.[228] Kun epäedullinen asema ja syy-yhteys on osoitettu, syrjinnän tunnusmerkistö täyttyy. Välittömän syrjinnän konstruktio ei siis sisällä mahdollisuutta vedota avoimiin oikeuttamisperusteisiin.[229] Välillisessä syrjinnässä sen sijaan jokin menettely tms. johtaa tosiasiassa syrjiviin vaikutuksiin jossakin ihmisryhmässä. Ellisin mukaan epäedullisen vaikutuksen *syy* ei kuitenkaan ole sukupuoli, jos menettelyn tavoite on hyväksyttävä ja tavoitteen saavuttamiseen käytetyt keinot ovat suhteellisuusperiaatteen mukaisia. Tällöin syy-yhteys epäedullisen vaikutuksen ja sukupuolen välillä kumoutuu.[230] Schiek näkee kausaatio-opin etuna sen, että siinä erotetaan välitön ja välillinen syrjintä tiukasti toisistaan. Hänen mukaansa perinteinen, Toblerin edustama kanta johtaa siihen, että välittömän syrjinnän osalta on vaikea perustella, miksi avoimet oikeuttamisperusteet eivät kuulu käsitteen konstruktioon.[231]

Tobleria ei Ellisin kausaatio-oppi välillisen syrjinnän osalta vakuuta. Tobler katsoo, että jo oikeuttamistestiin kuuluva suhteellisuusperiaate viittaisi siihen, että kyse on nimenomaan oikeuttamisesta, eri periaatteiden ja intressien punninnasta (”balancing interests”) pikemminkin kuin kausaatiosta. Toiseksi, kausaatioon perustuva lähestymistapa vähentää syrjinnän kieltojen tehokkuutta, sillä menettelyn tms. epäedullista vaikutusta ei tunnistettaisi millään lailla syrjinnäksi. On eri asia myöntää, että joku on joutunut syrjivän menettelyn kohteeksi, mutta eri suuntaan vetävät periaatteet ja intressit veivät tällä kertaa voiton, kuin todeta että menettely ei ole syrjivää lainkaan.[232] Itsekin näen välillisen syrjinnän konstruktioon kuuluvat ”hyväksyttävät syyt” nimenomaan oikeuttamisperusteina, sillä ne eivät poista sitä tosiasiaa, että jokin ryhmä kokee menettelystä haittaa, oli menettely kuinka oikeutettua tahansa.

227 Ellis 1994, 555 ss.
228 Ellis 1994, 569 ss.
229 Ellis 1994, 568.
230 Ellis 1994, 574 ss.
231 Schiek 2007, 440. Ks. myös s. 436–443.
232 Tobler 2005, 258.

4 Eräitä erityiskysymyksiä

4.1 LYHYESTI TYÖHÖNOTTOSYRJINNÄSTÄ

Työelämän erityistilanteissa tasa-arvolain työelämän syrjintäkieltoja koskeva 8 § täydentää 7 §:n syrjinnän yleiskieltoa.[233] Säännöksessä ilmaistaan syrjintäolettaman syntymisen edellytykset yksityiskohtaisesti muun muassa työhönottotilanteessa.[234] Työhönottosyrjintää koskee tasa-arvolain 8 § 1 momentin 1 kohta, joka kuuluu seuraavasti.

> Työnantajan menettelyä on pidettävä tässä laissa kiellettynä syrjintänä, jos työnantaja:
>
> 1) työhön ottaessaan taikka tehtävään tai koulutukseen valitessaan syrjäyttää henkilön, joka on ansioituneempi kuin valituksi tullut toista sukupuolta oleva henkilö, jollei työnantajan menettely ole johtunut muusta, hyväksyttävästä seikasta kuin sukupuolesta taikka jollei menettelyyn ole työn tai tehtävän laadusta johtuvaa painavaa ja hyväksyttävää syytä;

Syrjintäolettaman syntyminen siis edellyttää, että kantaja on ansioituneempi kuin valituksi tullut toista sukupuolta oleva henkilö. Syrjintäolettama syntyy vain, jos syrjäytetty työnhakija on ansioituneempi kuin valituksi tullut. Ei siis riitä, että hakijat ovat yhtä ansioituneita. Tasa-arvolain esitöiden mukaan tässä ns. ansiovertailussa on keskeinen merkitys työnantajan etukäteen vahvistamilla valintaperusteilla.[235] Esitöissä jatketaan, että yleensä huomioon tulisi ottaa ”työnhakijoiden koulutus, aikaisempi työkokemus sekä sellaiset työnhakijan ominaisuudet, tiedot ja taidot, jotka ovat eduksi tehtävän hoitamisessa ja voidaan siten katsoa lisäansioiksi”.[236] Esitöissä korostetaan erityisesti sitä, että kantajan tehtävänä on näyttää toteen, että hän on valituksi tullutta ansioituneempi. Työnantajan on tasa-arvolain 10 §:n mukaisesti annettava kuitenkin selvitys noudattamistaan valintaperusteista, valituksi tulleen koulutuksesta, työ- ja muusta kokemuksesta sekä muista valintaan vaikuttaneista, selvästi

---

233 HE 195/2004, 29.

234 Myös tasa-arvodirektiivin 54/2006/EY 14 artiklan 1 kohdassa todetaan, että ”[j]ulkisella tai yksityisellä sektorilla, julkiset laitokset mukaan lukien, ei saa olla välitöntä tai välillistä sukupuoleen perustuvaa syrjintää seuraavien seikkojen suhteen: a) työpaikan, itsenäisenä ammatinharjoittajana tehdyn työn tai toimen saamisen ehdot, valinta- ja työhönottoperusteet mukaan lukien, toimialasta ja ammattiasemasta riippumatta, uralla eteneminen mukaan lukien”.

235 HE 57/1985, 17. Ahtela ym. (2006, 78) korostavat myös eri alojen tai toimialojen tavanomaisia valintaperusteita.

236 HE 57/1985, 17.

osoitettavista olevista seikoista.[237] Tasa-arvolautakunta on lausuntokäytännössään korostanut näitä lain esitöissä mainittuja ansiovertailussa huomioon otettavia seikkoja.[238]

Tasa-arvolautakunta on lausuntokäytännössään korostanut sitä, että tasa-arvolain mukainen ansiovertailu kattaa kantajan ja valituksi tulleen selvästi osoitettavissa olevat, ns. muodolliset ansiot. Työnhakijoiden arvionvaraiset, henkilökohtaiset ominaisuudet, kuten soveltuvuus ja sopivuus työhön, eivät ole tasa-arvolain tarkoittamia ansiovertailussa huomioon otettavia ansioita. Nämä voivat kuitenkin olla hyväksyttäviä seikkoja vähemmän ansioituneen valinnalle, ja näin kumota syrjintäolettaman. Lautakunta on todennut, että hakijoiden ansiovertailun voi sinänsä suorittaa monella tavalla, kunhan arvioinnissa käytetään yleisesti hyväksyttyjä periaatteita, jotka eivät ole syrjiviä ja jotka ovat ulkopuolisellekin ymmärrettäviä. Arviointiperiaatteita tulee myös soveltaa johdonmukaisesti.[239]

Lautakunta on viitannut useasti myös tapaukseen KKO 1996:141, jonka mukaan työnantaja voi viran kelpoisuusehtojen puitteissa arvioida ja painottaa hakijoiden ansioita tavalla, jonka se on parhaiten arvioinut edistävän työnantajan tarpeita. Lautakunta on kuitenkin korostanut, että hakijoiden arvioinnissa on perusteena käytettävä kaikkia viran alaan kuuluvia tehtäviä. Vaikka eri tehtäville voidaan antaa erilainen painoarvo, yksittäistä tehtävää ja siihen liittyvää ansiota ei voi siis painottaa siinä määrin, että ansioerot jäävät muilta osin vaille merkitystä. Lisäksi ansioiden painottaminen tietyllä tavalla tulee tasa-arvolautakunnan mukaan perustella objektiivisesti.[240] Ahtela ym. toteavatkin, että korkeimman oikeuden ennakkotapaus on ongelmallinen sikäli, että se ”saattaa oikeuttaa muutoin syrjivänä pidettävän valinnan painottamalla tarkoitushakuisesti niitä ansioita, joita toimeen valitulla on, mutta kilpahakijalla ei, silloin kuin näiden ansiot painottuvat eri tavoin”. Heidän mukaansa ansioita tulisikin arvioida ja painottaa ”tiukasti kelpoisuusehtojen puitteissa ja toimen tehtävien pohjalta”.[241]

Kun kyse on valtion viroista, työhönottoa sääntelee lisäksi Suomen perustuslain 125 §:n säännös virkaylennysperusteista (kyky, taito ja koeteltu

---

237 HE 57/1985, 17.

238 Tasa-arvolautakunta on 2000-luvulla antanut kaiken kaikkiaan kahdeksan työhönottosyrjintää koskevaa lausuntoa. Ks. lausunnot N:o L 3/08, 1/06, 1/05, 2/04, 5/04, 1/04, 2/03 ja 1/00. Ks. myös KHO 2013:46.

239 Ks. esim. lausunto N:o L 1/05, 5/04, 1/04 ja 2/03.

240 Ks. lausunto N:o L 3/08.

241 Ahtela ym. 2006, 84–85. Ansioiden painottamisesta ks. myös KKO 2005:24. Tapauksessa A oli nimitetty valtion taidemuseon, ulkomaisen taiteen museon museonjohtajan virkaan. Nimityksen yhteydessä oli painotettu työkokemusta museonjohtajana ja muissa museolaitoksen tehtävissä ja pidetty A:ta ansioituneempana kuin toista sukupuolta ollutta B:tä. B oli puolestaan A:ta ansioituneempi koulutuksen, kielitaidon ja ulkomaisen taiteen teoreettisen asiantuntemuksen kannalta. KKO katsoi, että ansioiden painottamista voitiin pitää viran tehtävien menestyksellisen hoitamisen kannalta objektiivisesti arvioiden hyväksyttävänä eikä valtion katsottu syrjineen nimityksessä B:tä hänen sukupuolensa perusteella.

kansalaiskunto),[242] joihin vedotaan myös virkanimityksissä.[243] Ylipäänsä julkisella sektorilla on enemmän pätevyyttä koskevia vaatimuksia kuin yksityisellä sektorilla.[244]

Työhönottosyrjintää koskeva tasa-arvolain säännös sisältää myös oman syrjintäolettaman kumoamissääntönsä. Säännöksessä viitataan tasa-arvolain 9 a §:n mukaisesti ”muuhun, hyväksyttävään seikkaan kuin sukupuoleen”, millä tarkoitetaan lain esitöiden mukaan ensisijaisesti soveltuvuuseroa valitun ja valitsematta jääneen kesken.[245] Työnantaja voi siis kumota syrjintäolettaman osoittamalla, että tehtävän valittu on henkilökohtaisten ominaisuuksiensa vuoksi tehtävään soveltuvampi kuin valitsematta jäänyt, mutta ansioituneempi työnhakija. Arvio voi esitöiden mukaan perustua esimerkiksi testeihin ja haastatteluihin, mutta myös hakijoiden aikaisempien tehtävien hoitamisesta saatuihin tietoihin. Esitöissä korostetaan sitä, että työnantajan tulee osoittaa tosiasiallisesti punninneensa valituksi tulleen ja valitsematta jääneen kykyjä ja ominaisuuksia keskenään.[246] Myös tasa-arvolautakunta on korostanut, että soveltuvuusarvio on tehtävä tasapuolisesti, objektiivisesti ja huolellisesti. Soveltuvuuseron tulee lisäksi olla riittävän painava kumoamaan ansioituneisuuseron.[247]

Tasa-arvolain työhönottosyrjintää koskeva säännös sisältää myös toisen poikkeuksen, joka oikeuttaa syrjäyttämään ansioituneemman työnhakijan. Menettelylle voi olla ”työn tai tehtävän laadusta johtuva painava ja hyväksyttävä syy”. Alkuperäisen tasa-arvolain esitöissä tällä viitattiin sellaiseen työhön, jossa sukupuolella valintaperusteena on merkitystä. Hallituksen esityksessä esitetään esimerkkinä tilanne, jossa haetaan balettiryhmään miestanssijaa tai teatteriseurueeseen naisnäyttelijää. ”Yleiset häveliäisyyssyyt taikka maan tapa” voivat esitöiden mukaan myös edellyttää, että tiettyihin tehtäviin, kuten uimahalliin tai kylpylään, otetaan vain toista sukupuolta olevia henkilöitä.[248] Työsuhteen henkilökohtaisuus voi myös olla lainkohdassa tarkoitettu painava syy. Esi-

---

242 HE 57/1985, 17.

243 Ahtela ym. 2006, 78.

244 Ks. tarkemmin ansioituneisuuden vertailusta esim. Ahtela ym. 2006, 78–87 ja Nieminen, Kimmo 2005, 73–77.

245 HE 195/2004, 29; HE 57/1985, 18. Ahtela ym. mukaan (2006, 87) ansiovertailun tuloksesta voidaan poiketa ainakin neljällä erityyppisellä hyväksyttävällä syyllä: ensinnäkin lakiin perustuvilla rajoituksilla; toiseksi vetoamalla hakijan henkilökohtaiseen sopivuuteen; kolmanneksi vetoamalla sosiaalisiin syihin, kuten pyrkimykseen työllistää vaikeasti työelämään sijoitettava työntekijä ja neljänneksi vetoamalla siihen, että hakija ei hyväksy haettavana olevan toimen ehtoja.

246 HE 57/1985, 18.

247 Ks. tasa-arvolautakunnan lausunto N:o L 1/04. Lautakunta katsoi, että tehokkuus työssä, kyky tulokselliseen työskentelyyn ja kyvykkyys laadulliseen työskentelyyn voivat olla tasa-arvolain tarkoittamia hyväksyttäviä seikkoja. Ks. myös KKO 1996:140 ja KKO 2002:42. Ks. tarkemmin soveltuvuusarviosta ja ”muista, hyväksyttävistä seikoista” esim. Ahtela ym. 2006, 87–81 ja Nieminen, Kimmo 2005, 77–82. Ks. myös KHO 2013:46.

248 Tasa-arvovaltuutetun mukaan tasa-arvolaki ei kuitenkaan voi *velvoittaa* työnantajaa ottamaan näitä häveliäisyyssyitä huomioon. Ks. lausunto Drno TAS 80/07.

merkiksi kotiapulaiseksi tai sairaan tai vanhuksen henkilökohtaiseksi hoitajaksi voidaan valita joko nainen tai mies.[249] Tasa-arvolain kokonaisuudistusta koskevassa hallituksen esityksessä korostetaan sitä, että lainkohtaa tulee tulkita EU:n (nykyisen) tasa-arvodirektiivin 54/2006/EU mukaisesti. Direktiivin 14 artiklan 2 kohdan mukaan on mahdollista ”säätää työnsaannin ja työhön valmistavan koulutuksen osalta, että erilainen kohtelu, joka perustuu sukupuoleen liittyvään ominaisuuteen, ei ole syrjintää, jos tiettyjen työtehtävien luonteen tai niiden yhteyksien vuoksi, joissa tehtävät suoritetaan, kyseinen ominaisuus on todellinen ja ratkaiseva työhön liittyvä vaatimus, edellyttäen, että sen tavoite on oikeutettu ja että vaatimus on oikeasuhteinen”.

Näitä poikkeuksia kutsutaan EU-oikeudessa ns. *GOR-poikkeuksiksi* (genuine occupational requirements).[250] Niillä tarkoitetaan sellaisia poikkeuksellisia tilanteita, joissa työntekijän sukupuolella on merkitystä. EU-tuomioistuin on katsonut, että sukupuoli voi olla ratkaiseva edellytys vankiloiden vartijoiden ammatissa (*Komissio v Ranska* 318/86), poliisin tehtävissä, kun kyse on vakavista sisäisistä levottomuuksista (*Johnston* 222/84) tai tiettyjen erityisiskujoukkojen tehtävissä (*Sirdar* C-273/97).[251] Kuten Bell huomauttaa, useimmat EU-tuomioistuimessa käsitellyt tapaukset liittyvät jollain lailla julkiseen turvallisuuteen.[252]

EU-tuomioistuin on todennut, että koska kyse on yksilön oikeuteen tehtävistä poikkeuksista, niitä tulee tulkita suppeasti, ja niiden tulee olla suhteellisuusperiaatteen mukaisia. Poikkeukset eivät toisin sanoen saa olla laajempia kuin on asianmukaista ja tarpeen asetetun tavoitteen saavuttamiseksi. Lisäksi tasa-arvoisen kohtelun periaate tulee mahdollisimman pitkälle sovittaa yhteen yleistä turvallisuutta koskevien vaatimusten kanssa.[253] Kansallisilla viranomaisilla on kuitenkin olosuhteiden mukaan tiettyä harkintavaltaa arvioidessaan sitä, minkälaiset toimenpiteet ovat välttämättömiä yleisen turvallisuuden suojaamiseksi.[254]

Tapauksessa *Kreil* (C-285/98) EU-tuomioistuin katsoi, että Saksa oli loukannut suhteellisuusperiaatetta ja ylittänyt harkintavaltansa.[255] Tapauksessa Tanja Kreil, jolla oli elektroniikka-alan koulutus, oli hakenut Saksan armeijan vapaaehtoiseen palvelukseen sijoitustoiveenaan ase-elektroniikan varikko. Hakemus hylättiin, koska naisten ottaminen armeijan palvelukseen oli kiellettyä, jos tehtäviin kuului aseiden käsittelyä. Naisilla oli mahdollisuus päästä vain terveydenhoito- ja sotilasmusiikkitehtäviin. EU-tuomioistuin katsoi myös, että kyse ei

249 HE 57/1985, 18.
250 Ks. Bell 2007, 275 ss.
251 Ks. C-285/98 *Kreil*, tuomion kohta 21.
252 Bell 2007, 285.
253 Ks. tapaus 222/84 *Johnston*, kohta 36 ja 38, C-273/97 *Sirdar*, tuomion kohta 23 ja 26 ja C-285/98 *Kreil*, tuomion kohta 23.
254 C-285/98 *Kreil*, tuomion kohta 24.
255 C-285/98 *Kreil*, tuomion kohta 29.

voinut olla naisten suojelua koskevasta sallitusta poikkeuksesta. Tällä poikkeuksella (tasa-arvodirektiivin 28 artiklan 1 kohta) on tarkoitus suojata naisen biologista tilaa raskauden aikana ja äidin ja lapsen välistä ”erityistä suhdetta”, eikä sen perusteella voida sulkea naisia jonkin toimen ulkopuolelle siksi, että naisia pitäisi suojella enemmän kuin miehiä riskeiltä, joihin ei liity erityistä naisten suojelemisen tarvetta.[256] Kuten Bell tuo esiin, naisten sulkeminen jonkin toimen ulkopuolelle vetoamalla naisten suojeluun tai yleiseen turvallisuuteen sisältää stereotyyppisiä käsityksiä naisten heikkoudesta ja soveltumattomuudesta tiettyihin maskuliinisiksi koettuihin ammatteihin.[257] Tapaus *Kreil* on tässä suhteessa esimerkki siitä, kuinka tuollaiset stereotypiat voidaan murtaa.[258]

Suomessa tasa-arvovaltuutetun lausuntokäytännössä on käsitelty GOR-poikkeuksia muun muassa lausunnossa Drno TAS/314/2008, jossa Naisasialiitto Unioni haki vain naisia juristipäivystäjiksi. Tasa-arvovaltuutettu katsoi lausunnossaan, että menettely ei ollut miehiä syrjivää, vaan tehtävän rajaaminen vain naisten haettavaksi voidaan tulkita tasa-arvolain mukaiseksi työn tai tehtävän laadusta johtuvaksi painavaksi ja hyväksyttäväksi syyksi. Valtuutettu perusteli tätä sillä, että ”neuvontapalveluun turvautuvat naiset ovat usein vaikeassa henkilökohtaisessa tilanteessa muun muassa lähisuhdeväkivallan, seksuaalisen väkivallan tai sukupuoleen perustuvan työsyrjinnän takia. Neuvontatilanne edellyttää tällöin paitsi herkkyyttä nähdä neuvottavan tilanteeseen liittyvät sukupuolisidonnaiset piirteet myös luottamusta neuvojan ja neuvontaan turvautuvan välillä. Neuvonnan tarkoitus saattaa vaarantua, jos tätä luottamusta ei synny. Tämän johdosta on perusteltua olettaa, että tilanne, jossa Naisasialiitto Unioniin yhteyttä ottanut tai Unionin toimitiloihin tullut nainen saa neuvoja toiselta naiselta, edistää neuvontatilanteen luottamuksellisuutta.” Lisäksi valtuutettu kiinnitti huomiota siihen, että Unioni toimii vain naisten kesken, ja puhelinpäivystys on osa Unionin suunnitelmallista tasa-arvon edistämistä.

4.2 PALKKASYRJINNÄN ONGELMAKOHDISTA

Tasa-arvolain 8 § 1 momentin 3 kohta sisältää palkkasyrjinnän kiellon, joka kuuluu seuraavasti.

> Työnantajan menettelyä on pidettävä tässä laissa kiellettynä syrjintänä, jos työnantaja:
> …

---

256 C-285/98 *Kreil,* tuomion kohta 30. Samoin EU-tuomioistuin totesi jo tapauksessa *Johnston* (C-222/84), tuomion kohta 44.

257 Bell 2007, 285.

258 Tapaukseen ovat tässä suhteessa kiinnittäneet huomiota myös Cook – Cusack 2010, 26.

> 3) soveltaa palkka- tai muita palvelussuhteen ehtoja siten, että työntekijä tai työntekijät joutuvat sukupuolen perusteella epäedullisempaan asemaan kuin yksi tai useampi muu työnantajan palveluksessa samassa tai samanarvoisessa työssä oleva työntekijä.

EU-oikeuden tasolla keskeinen on SEUT 157 artikla, jonka 1 ja 2 kohta kuuluvat seuraavasti.

> 1. Jokainen jäsenvaltio huolehtii sen periaatteen noudattamisesta, jonka mukaan miehille ja naisille maksetaan samasta tai samanarvoisesta työstä sama palkka.
>
> 2. Tässä artiklassa palkalla tarkoitetaan tavallista perus- tai vähimmäispalkkaa ja muuta korvausta, jonka työntekijä suoraan tai välillisesti saa työnantajaltaan työstä tai tehtävästä rahana tai luontoisetuna.
>
> Samalla palkalla ilman sukupuoleen perustuvaa syrjintää tarkoitetaan, että:
>
> a) palkka, joka maksetaan työn tuloksen perusteella, lasketaan saman mittayksikön mukaan;
>
> b) palkka, joka maksetaan työhön käytetyn ajan perusteella, on sama samasta tehtävästä.

Lisäksi tasa-arvodirektiivin 2006/54/EY 4 artikla kuuluu seuraavasti.

> Välitön tai välillinen sukupuoleen perustuva syrjintä samasta tai samanarvoisesta työstä maksettavaan korvaukseen vaikuttavissa tekijöissä ja ehdoissa on poistettava.
>
> Erityisesti silloin, kun palkka määritellään työtehtävien luokittelun mukaan, luokittelun tulee perustua samoihin arviointiperusteisiin miehillä ja naisilla, ja se on laadittava siten, että siihen ei sisälly sukupuoleen perustuvaa syrjintää.

Palkkasyrjinnän kieltoa sovellettaessa voidaan erotella ainakin neljänlaisia ongelmakohtia. Yksi keskeisimmistä ongelmista on se, milloin töitä voidaan pitää samoina tai samanarvoisina. Kyse on siis vertailukelpoisen aseman vaatimuksen soveltamisesta. Toinen ongelma on se, milloin kyse on samasta työnantajasta. Kolmas esiin noussut ongelmakohta on kysymys siitä, voidaanko vertailua tehdä, jos sekä paremmin että huonommin palkattujen joukossa on sekä miehiä että naisia. Neljäs keskeinen kysymys on, minkälaisin perustein palkkaeron voi oikeuttaa. Seuraavaksi käsittelen näitä ongelmakohtia lyhyesti.[259]

---

[259] Ks. palkkasyrjinnästä tarkemmin Nummijärvi 2004; Ahtela ym. 2006, 109–139; Nieminen, Kimmo 2005. Erityisesti EU:n samapalkkalainsäädännöstä ks. esim. Barnard 2006, 339–381 ja Ellis 2005.

Tasa-arvolain esitöissä todetaan, että töiden vertailussa on kiinnitettävä huomiota yhtäältä työtehtävien laatuun ja sisältöön sekä toisaalta niihin oloihin, joissa työ tehdään. Esitöissä jatketaan, että arvioinnissa joudutaan ottamaan kantaa myös siihen, minkälaiset ja kuinka usein toistuvat erot työtehtävissä johtavat siihen, ettei tehtäviä voida enää katsoa samoiksi. Ratkaisevaa on tällöin se, millaisille työtehtävien eroille kyseisellä alalla annetaan merkitystä palkkoja määriteltäessä.[260] Kuten lain esitöissä todetaan, palkkaetujen vertailu ei kohdistu vain samaa, vaan myös samanarvoista työtä tekeviin. Tällöin on nojauduttava esitöiden mukaan ensisijaisesti siihen käytäntöön, tai niihin sovittuihin normeihin, joita eri aloilla noudatetaan esimerkiksi töiden luokituksesta. Esitöissä jatketaan, että jos sopimuksiin perustuvat luokitusjärjestelmät tosiasiallisesti vaikuttavat toista sukupuolta syrjivästi, työmarkkinaosapuolten tulee muuttaa ja kehittää niitä tasa-arvotavoitteita paremmin vastaaviksi.[261] Myös tasa-arvodirektiivin 4 artiklan 2 kohdassa todetaan, että työtehtävien luokittelujärjestelmien tulee perustua samoihin arviointitekijöihin miehillä ja naisilla eivätkä ne saa olla syrjiviä. Niissä tulee muun muassa huomioida tasapuolisesti sekä naisille että miehille tyypillisiä ominaisuuksia.[262] Tämä naisten ja miesten välisten erojen huomioon ottaminen ilmentääkin pyrkimystä tosiasialliseen tasa-arvoon.

EU-tuomioistuin on oikeuskäytännössään katsonut, että sen arvioimiseksi, tekevätkö työntekijät samaa työtä, on otettava huomioon työn luonne, koulutus ja työolosuhteet.[263] Koulutuksen merkitys korostui tapauksessa *Wiener Gebietskrankenkasse* (C-309/97), jossa EU-tuomioistuin katsoi, että psykologin koulutuksen saaneet, joista suurin osa oli naisia, ja lääkärin koulutuksen saaneet, joista suurin osa oli miehiä, eivät tehneet samaa työtä. Kaikki toimivat kuitenkin psykoterapeutteina ja potilaita laskutettiin yhtä paljon riippumatta siitä, hoitiko heitä lääkärin vai psykologin koulutuksen saanut psykoterapeutti. Kuten Nummijärvi on tuonut esiin, tuomiossa ei kuitenkaan oteta kantaa siihen, voitaisiinko työntekijäryhmien katsoa tekevän samanarvoista työtä. Nummijärvi katsookin, ettei erilainen koulutus yksinään voi merkitä sitä, ettei töitä voisi pitää samanarvoisina.[264]

Samanarvoisesta työstä on maksettava sama palkka. Tämä samapalkkalainsäädännön lähtökohta ilmentää hyvin tosiasiallista tasa-arvoa, sillä se ottaa huomioon työmarkkinoilla vallitsevan sukupuolen mukaisen segregaation. Sen

---

260 HE 57/1985, 19. Näin myös tasa-arvolautakunta esim. lausunnossaan N:o L 2/05, jossa kyse oli Lapin lääninhallituksen sosiaali- ja terveysosaston osastopäällikkönä toimivan sosiaali- ja terveysneuvoksen palkasta.

261 HE 57/1985, 19.

262 Ks. tapaus *Rummler* 237/85. Ahtela ym. 2006, 118–119; Nieminen Kimmo 2005, 112.

263 *Brunnhofer* C-381/99, tuomion 43 ja 48 kohdat; *Royal Copenhagen* C-400/93, tuomion 32 ja 33 kohdat; *Wiener Gebietskrankenkasse* C-309/97, tuomion 17 kohta.

264 Nummijärvi 2004, 175–176. Nummijärvi viittaa myös mm. Flynnin artikkeliin (1998), jossa tämä kritisoi ratkaisua.

sijaan että tavoitteena olisi vain purkaa tuo segregaatio ja lisätä miehiä sairaanhoitajiksi ja naisia putkimiehiksi, samapalkkalainsäädännön lähtökohta on se, että naisten työt ovat aliarvostettuja ja heidän palkkaustaan tulee korjata. Kuten Nummijärvi toteaa, ongelma ei ole se, mitä naiset tekevät, vaan se, miten siitä palkitaan. Naisvaltaisten alojen palkkaongelmat eivät ratkea sillä, että naiset siirtyvät muihin töihin.[265] Fredman toteaakin, että oikeus samaan palkkaan samanarvoisesta työstä yhdistää harvinaisella tavalla tosiasiallisen tasa-arvon eri ulottuvuuksia. Resursseja tasaava ulottuvuus (*redistributive dimension*) on keskeinen samapalkkalainsäädännön lähtökohta. Lisäksi sen tavoitteena on tuoda esiin palkkaerojen taustalla vaikuttavat käsitykset naisten töiden alempiarvoisuudesta. Naisten tekemälle työlle haetaan tunnustusta (*recognition dimension*). Samapalkkaisuus lisää myös naisten mahdollisuuksia osallistua työelämään yhdenvertaisesti miesten kanssa (*participative dimension*). Sen sijaan tosiasiallisen tasa-arvon muutokseen pyrkivää ulottuvuutta (*transformative dimension*) samapalkkalainsäädännön on vaikeampi tavoittaa. Se ei nimittäin kykene poistamaan sellaisia rakenteellisia tekijöitä, jotka ovat eriarvoisuuden taustalla.[266] Vaikka samapalkkalainsäädännöllä voidaan esimerkiksi parantaa osa-aikaisten asemaa, se ei vähennä niitä tekijöitä, joiden vuoksi naiset joutuvat usein valitsemaan osa-aikatyön (lähinnä muualla kuin Suomessa).

Koska töiden samanlaisuuden tai samanarvoisuuden vertaileminen on keskeinen osa syrjintäolettaman luomista, sen osoittaminen on kantajan tehtävä. Tapauksessa *Danfoss* (109/88) EU-tuomioistuin on katsonut, että jos yritys soveltaa palkkajärjestelmää, josta puuttuu täysin läpinäkyvyys, työnantajan asia on osoittaa, ettei sen noudattama palkanmaksukäytäntö ole syrjivä. Tällöin riittää, että kantaja osoittaa ”suhteellisen monien palkansaajien osalta” että naispuolisten työntekijöiden keskipalkka on pienempi kuin miespuolisten.[267] Tasa-arvolain esitöissä todetaan tähän tapaukseen viitaten, että yleisenä oikeusperiaatteena tämä tarkoittaa sitä, että ”kantajan todistustaakkaa on kevennettävä sellaisten tosiseikkojen osalta, joiden kohdalla tavanomaiset todisteluvaatimukset vaarantaisivat syrjinnän kieltojen tehokkaan toteuttamisen, ja jotka ovat vastaajan tiedossa tai päätettävissä, jolloin tämä pystyy ne kantajaa paremmin näyttämään toteen”.[268]

Tasa-arvolain palkkasyrjintäkiellon mukaisesti palkkoja voidaan verrata vain saman työnantajan palveluksessa olevien työntekijöiden kesken. EU-tuomioistuin on kuitenkin oikeuskäytännössään ottanut käyttöön yhden ainoan alkuperän (ns. *single source*) käsitteen, jolla samapalkkaisuuden periaate ulotetaan laajemmalle. Palkalla on oltava yksi ainoa alkuperä, josta palkkaeron voidaan

265 Nummijärvi 2004, 176–177.
266 Fredman 2011, 157.
267 Tapaus *Danfoss* 109/88, tuomion 16 kohta.
268 HE 195/2004, 38.

sanoa johtuvan. Jos tuollaista yhtä ainoaa alkuperää ei ole, ei ole olemassa myöskään sellaista tahoa, joka olisi vastuussa eriarvoisesta kohtelusta ja joka voisi taata tasa-arvoisen kohtelun toteutumisen.[269]

Tuomareiden samapalkkaisuutta koskevien juttujen (TT 2002:7–10) yhteydessä nousi esiin kysymys siitä, voidaanko palkkavertailua tehdä jos sekä paremmin että huonommin palkattujen joukossa on sekä miehiä että naisia. Kuten aiemmin perustuslain 6 §:ää käsittelevässä luvussa toin esiin, työtuomioistuin katsoi tapauksissa TT 2002: 7–10[270] syrjintäolettaman syntyneen, kun kantajat osoittivat yhdenkin vastakkaista sukupuolta olevan verrokin, joka oli sijoitettu ylempään palkkaluokkaan kuin kantajat. Merkitystä ei ollut sillä, että sekä ylemmän että alemman palkkaluokan viroissa oli sekä miehiä että naisia.

Sekä korkein hallinto-oikeus että korkein oikeus arvioivat syrjintäolettaman syntymistä toisin. Tapauksessa KHO 2005:51 viranhaltijayhdistykseen kuulumaton käräjätuomari ei voinut saattaa asiaa työtuomioistuimen ratkaistavaksi, minkä vuoksi hän teki oikaisuvaatimuksen oikeusministeriölle ja vaati työtuomioistuimen tuomioihin viitaten, että hänelle maksetaan palkka ylemmän palkkaluokan mukaisena, koska päätös, jolla hänet oli siirretty alemman palkkaluokan virkaan, oli vastoin perustuslaissa säädettyä yhdenvertaisuuden periaatetta sekä tasa-arvolakia. Korkein hallinto-oikeus katsoi ensinnäkin, että kyse ei voinut olla tasa-arvolain 8 §:n tarkoittamasta syrjinnästä *sukupuolen perusteella*, koska sekä miehiä että naisia on asetettu alempaan palkkaluokkaan kuin toista sukupuolta olevia vähemmän kokemusta omaavia käräjätuomareita.

KHO totesi, että järjestelmän ei ole väitettykään suosineen jompaakumpaa sukupuolta olevia tuomareita. Samaan tapaan argumentoi myöhemmin myös korkein oikeus tapauksessa KKO 2009:78, jossa kyse oli käräjätuomareiden nostamasta tasa-arvolain mukaisesta hyvityskanteesta. KHO ja KKO siis katsoivat, että tasa-arvolaissa tarkoitettua syrjintäolettamaa ei edes syntynyt.[271] Korkeimman hallinto-oikeuden käsittelemässä tapauksessa asiassa oli kuitenkin merkitystä sillä, että työtuomioistuin on järjestäytyneiden käräjätuomareiden kanteiden johdosta päätynyt samanlaisissa asioissa toiseen lopputulokseen. KHO totesi, että jos tässä tapauksessa päädyttäisiin toiseen lopputulokseen sen

---

269 Ks. tapaukset *Lawrence* C-320/00 ja *Allonby* C-256/01.

270 Sekä myöhemmin samaan asiaan liittyvissä tapauksissa TT 2003:80–82 ja TT 2004:10–15.

271 Tästä huolimatta KHO kuitenkin tarkasteli myös hyväksyttäviä syitä työnantajan menettelylle, ja totesi, että ”virkaehtosopimusratkaisun perusteena olevia tavoitteita voidaan perustellusti pitää sellaisina hyväksyttävinä syinä, joiden vuoksi samaa työtä tekevät aikaisemmin samaan palkkaluokkaan sijoitetut käräjätuomarit on voitu sijoittaa eri palkkaluokkiin. Tällainen menettely on ollut vakiintunut kohdennettaessa palkankorotuksia palkkaluokkiin perustuvassa virkapalkkajärjestelmässä. Virkaehtosopimuksessa sovitun palkankorotusten jakotavan katsominen oikeudenvastaiseksi vaikeuttaisi edellä mainittujen tuomioistuinten toimintakykyä turvaavien tavoitteiden toteuttamista ja rajoittaisi virkaehtosopimukseen osallisten mahdollisuuksia päättää käytettävissä olevan palkankorotusmäärän kohdentamisesta.”

vuoksi, että vaatimus on esitetty hallintolainkäytön järjestyksessä, tämä olisi ristiriidassa perustuslain 6 §:ssä ilmaistun kansalaisten yhdenvertaisen kohtelun periaatteen kanssa. Sen sijaan tapauksessa KKO 2009:78 korkein oikeus katsoi, että tuomareilla ei ollut oikeutta tasa-arvolain mukaiseen hyvitykseen, sillä kyse ei ollut KKO:n mukaan syrjinnästä *sukupuolen perusteella*, koska sekä alempaan että ylempään palkkaluokkaan oli sijoitettu sekä miehiä että naisia.

Tasa-arvolautakunta on tarkastellut tätä ongelmaa jo vuonna 2001, jolloin se antoi lausunnot kahteen palkkasyrjintää koskevaan tapaukseen. Tapauksissa vastaaja oli kiistänyt palkkasyrjinnän, koska myös toista sukupuolta olevia työntekijöitä oli sijoitettuna samassa ja samanarvoisessa työssä tuohon alimpaan palkkaryhmään, johon kantaja kuului. Vastaajan mukaan se ei ollut maksanut kantajalle alemman palkkaryhmän palkkaa ”sukupuolen perusteella”.[272] Alun perin tasa-arvolain palkkasyrjintäkieltoon ei liittynyt tuota edellytystä, vaan säännöksen mukaan työnantajan menettelyä oli pidettävä syrjintänä, jos tämä ”soveltaa työntekijään epäedullisempia palkka- tai muita palvelussuhteen ehtoja kuin vastakkaista sukupuolta olevaan työntekijään, joka on työnantajan palveluksessa samassa tai samanarvoisessa työssä”. Vuoden 1995 lainmuutoksen jälkeen työnantajan menettelyä oli pidettävä syrjintänä, jos tämä ”soveltaa työntekijään tai työntekijöihin *sukupuolen perusteella* epäedullisempia palkka- tai muita palvelussuhteen ehtoja kuin yhteen tai useampaan muuhun työnantajan palveluksessa samassa tai samanarvoisessa työssä olevaan työntekijään” (kursiivi tässä).

Tasa-arvolautakunta totesi lausunnoissaan, että ennen vuonna 1995 voimaan tullutta lainmuutosta palkkasyrjinnän voitiin katsoa syntyneen, jos voitiin osoittaa ainakin yksi vastakkaista sukupuolta oleva saman työnantajan palveluksessa oleva samaa tai samanarvoista työtä tekevä henkilö, johon sovellettiin edullisempia palkkaehtoja. Tasa-arvolautakunta arvioi lausunnossaan sitä, muuttiko vuoden 1995 lainmuutos palkkasyrjintäolettaman muodostumisen edellytyksiä tällaisen tilanteen osalta. Tällöin palkkasyrjintäkieltoon lisättiin siis edellytys ”sukupuolen perusteella”, eikä lain esitöissä (HE 90/1994) käsitelty sitä, miten tuota edellytystä tulisi palkkasyrjintäasioissa tulkita.

Tasa-arvolautakunta viittasi kuitenkin tasa-arvolain muihin esitöihin[273] sekä oikeuskirjallisuuteen[274], ja totesi, että palkkasyrjintää koskevan säännöksen muutokseen (1995) oli kaksi syytä. Säännös haluttiin ensinnäkin saada vastaamaan vuonna 1992 voimaantullutta tasa-arvolain muutosta, jonka mukaan sukupuoleen perustuvaa syrjintää on myös eri asemaan asettaminen yhtäältä raskauden tai synnytyksen vuoksi, toisaalta vanhemmuuden, perheenhuoltovelvol-

272 Ks. tasa-arvolautakunnan lausunnot N:o L 1/01 ja 2/01.
273 HE 57/1985, 18–19 ja KM 1992:35, 95–97.
274 Nummijärvi – Saloheimo 1996, 24.

lisuuden tai muun välillisesti sukupuoleen liittyvän syyn vuoksi. Toiseksi pyrkimyksenä oli saattaa laki vastaamaan EU-tuomioistuimen tulkintalinjaa, jonka mukaisesti palkkasyrjintäolettama voi syntyä myös työntekijäryhmien välisten keskimääräisten palkkaerojen perusteella. Tasa-arvolautakunnan tulkinnan mukaan palkkasyrjintää koskevan säännöksen muutoksella olikin tarkoitus laajentaa palkkasyrjinnän käsitettä kattamaan välillinen syrjintä sekä työntekijäryhmien välinen syrjintä. Sen sijaan lainmuutoksen tarkoituksena ei ollut muuttaa tai kaventaa palkkasyrjinnän käsitettä siltä osin, kun verrataan yhtä nais- ja yhtä miestyöntekijää. Tasa-arvolautakunta totesikin, että yksikin vastakkaista sukupuolta oleva verrokki riittää entiseen tapaan syrjintäolettaman muodostumiseen, jos palkkasyrjinnän muut edellytykset täyttyvät. Tämän kantansa se toisti myös myöhemmin vuonna 2003, 2005 ja 2006 antamissaan lausunnoissa.[275]

Tasa-arvolain kokonaisuudistuksessa (2005) palkkasyrjintäsäännöstä tarkistettiin vielä siten, että syrjivän teon kuvaus kohdistuu nyt teon vaikutuksiin syrjitylle eikä työnantajan menettelyn perusteeseen. Lain esitöiden mukaan muotoilulla haluttiin poistaa se mahdollisuus, että säännös ymmärrettäisiin vastoin lainsäätäjän tarkoitusta siten, että jo syrjintäolettaman syntymistä arvioitaessa selvitetään työnantajan menettelyn peruste. Esimerkiksi, jos työnantaja on soveltanut samoja, verrokkiin tai verrokkeihin verrattuna epäedullisempia palkkaehtoja sekä miehiin että naisiin, voitaisiin lain esitöiden mukaan tuolloin voimassa olleen palkkasyrjintäsäännöksen perusteella katsoa, että palkkaehtoja ei ole sovellettu sukupuolen perusteella.[276] Tällaista tulkintaa lainsäätäjä ei siis ollut tarkoittanut, mutta näin ylimmät tuomioistuimet säännöksen tulkitsivat vielä tasa-arvolain kokonaisuudistuksen jälkeenkin.

Korkein oikeus ja korkein hallinto-oikeus eivät tuomareiden palkkausta koskevissa tapauksissa tarkastelleet myöskään sitä, olisiko tapauksissa voinut olla kyse välillisestä syrjinnästä. Tällöin syrjintäolettaman syntyminen olisi edellyttänyt tilastoja, jotka olisivat osoittaneet, että alempaan palkkaluokkaan oli sijoitettu enemmän toista sukupuolta edustavia tuomareita kuin toista. Tähän liittyy kysymys siitä, ettei aina voida sanoa, onko kyse välittömästä vai välillisestä palkkasyrjinnästä. Tasa-arvolain esitöissäkin todetaan, ettei välittömän ja välillisen syrjinnän raja ole aina selvä, ja että sama menettely voi toteuttaa molemmat syrjinnän muodot.[277]

Samapalkkaisuutta koskevassa tapauksessa *Enderby* (C-127/92) EU-tuomioistuin ei edes yrittänyt tehdä eroa eri syrjinnän muotojen välillä, vaan totesi vain, että palkkatason erot samanarvoisilla aloilla edellyttävät työnantajalta hyväksyttäviä syitä.[278] Myöskään tasa-arvovaltuutettu ei ole aina määritellyt onko

---

275 Ks. tasa-arvolautakunnan lausunnot N:o L 1/03, 2/05, 4/06.

276 HE 195/2004, 30.

277 HE 90/1994, 17.

278 Ks. Nummijärvi 2004, 296–299 ja Barnard 2000, 220. Kuten Barnard toteaa, kaikkien mielestä eroa välittömän ja välillisen syrjinnän välillä ei tulisi edes säilyttää. Esimerkiksi tapauk-

kyse välittömästä vai välillisestä palkkasyrjinnästä, vaan todennut, että palkkaerot edellyttävät hyväksyttäviä syitä.[279]

Fransson toteaa väitöstutkimuksessaan, että Ruotsin oikeuskäytännössä välittömän palkkasyrjinnän tapauksissa palkkaeron ja sukupuolen kausaaliyhteys on voitu kumota perusteilla, jotka EU- tuomioistuin on luonut välillistä syrjintää koskevissa tapauksissa.[280] Barnard on todennut, että EU-tuomioistuin on useasti viitannut mahdollisuuteen oikeuttaa palkkaero hyväksyttävin syin myös silloin, kun kyse on välittömästä syrjinnästä.[281] Tämä on nähtävissä Suomessa esimerkiksi tasa-arvolakia valvovien viranomaisten lausunnoissa. Kun esimerkiksi nainen on saanut samasta tai samanarvoisesta työstä huonompaa palkkaa kuin mies, on syntynyt syrjintäolettama, jonka työnantaja on voinut kumota osoittamalla, että palkkaero johtuu muusta, hyväksyttävästä seikasta kuin sukupuolesta. Hyväksyttäviä seikkoja voivat olla esimerkiksi erot kyseisten työntekijöiden ammatillisessa osaamisessa, koulutuksessa, virkaiässä ja työkokemuksessa. Tasa-arvovaltuutettu on todennut, että eroavaisuudet näissä suhteissa voivat muodostaa hyväksyttävän syyn palkkaerolle, jos erot ovat objektiivisin kriteerein todettavissa ja niillä on merkitystä työntekijöiden tosiasiallisten työtehtävien hoitamisessa tai työntekijöiden käytettävyydessä muissa työnantajan tehtävissä. Lisäksi edellytyksenä on, että palkkaeron perusteeksi esitettävät eroavaisuudet voidaan todeta palkkaeron todellisiksi syiksi.[282] Jos siis osakin palkkaerosta jää selittämättä, ei työnantaja ole osoittanut mitään muuta hyväksyttävää syytä palkkaerolle kuin sukupuoli. Hyväksyttävällä syyllä tulee siis olla yrityksen todellisiin tarpeisiin liittyvä tavoite.[283]

Tilannetta sekoittaa lisää myös se, että välitönkin syrjintä voidaan pyrkiä näyttämään toteen tilastojen avulla.[284] Näin voidaan pyrkiä osoittamaan piilosyrjintää (Arnardottirin *covert direct discrimination*). Kuten Hervey on esittänyt, tästä oli kyse esimerkiksi *Danfoss*-tapauksessa (109/88), vaikka sitä on totuttu pitämään välillisen syrjinnän tapauksena. *Danfoss*-tapauksen mukaisesti hyväksyttäväksi syyksi ei ole katsottu muun muassa koulutuseroa, jos koulutuksella ei ole merkitystä työn suorittamisen kannalta. Vetoamalla naisen ja miehen koulutuseroihin, vaikka niillä ei työn suorittamisen kannalta itse asiassa olisi lainkaan merkitystä, työnantaja ei ole kyennyt selittämään osaa palkka-

---

sessa *Birds Eye Walls* C-132/92 julkisasiamies Van Gerven totesi, että välitöntä syrjintää ei aina voi erottaa välillisestä. Julkisasiamies Jacobs totesi tapauksessa *Schnorbus* C-79/99, että aina ei ole edes tarpeen tehdä tällaista eroa.

279 Ks. esim. tasa-arvovaltuutetun lausunto Dnro 5/53/02.

280 Fransson 2000, 380.

281 Barnard 2006, 362. Barnard viittaa tapaukseen *Brunnhofer* (C-381/99).

282 Tasa-arvovaltuutetun lausunto Dnro 5/53/02.

283 Nummijärvi 2004, 320. Ks. myös Turun HO:n 28.2.2003 antama tuomio nro 530 asiassa S 01/1471. Hyväksyttävistä palkkaerojen syistä ks. myös Ahtela ym. 2006, 127–133 ja Nieminen, Kimmo 2005, 117–129.

284 Bell 2007.

erosta eikä osoittamaan mitään muuta hyväksyttävää syytä palkkaerolle kuin sukupuolen. Kausaalisuhdetta ei saada kumottua, ja kyse on välittömästä syrjinnästä sukupuolen perusteella. Toisaalta esimerkiksi osa-aikaisten työntekijöiden erilainen kohtelu verrattuna kokoaikaisiin työntekijöihin on selkeästi katsottavissa välilliseksi sukupuolisyrjinnäksi, jos enemmistö osa-aikaisista on naisia.

4.3 SYRJINTÄ RASKAUDEN PERUSTEELLA[285]

Syrjintä raskauden perusteella on yksi yleisimmistä työelämän tasa-arvo-ongelmista. Raskaussyrjinnän yleisyys näkyy muun muassa tasa-arvovaltuutetun valvontakäytännössä sekä tuomioistuimissa. Tasa-arvolain soveltamista koskevissa oikeusjutuissa syrjintäperusteena on usein raskaus. Samoin työsyrjintärikoksissa kyse on useimmiten raskaussyrjinnästä.[286] Erityisesti on kiinnitetty huomiota raskaussyrjinnän yleisyyteen määräaikaisissa työsuhteissa.[287] Ongelman laajuutta korostaa se, että määräaikainen työsuhde on ollut jo pitkään nuorten synnytysikäisten naisten tyypillinen työsuhteen muoto. Samanikäisillä miehillä määräaikaiset työsuhteet eivät ole yhtä yleisiä.[288]

Suomessa yhtenä suurimmista syistä naisten syrjinnälle työelämässä on pidetty perhevapaajärjestelmäämme,[289] joka mahdollistaa lasten kotihoidon aina siihen asti, kunnes nuorin lapsista täyttää kolme vuotta. Suuri osa perheistä

---

285 Tämä jakso perustuu artikkeliini Anttila 2012.

286 Tasa-arvovaltuutetun lausunto Dnro TAS/84/2010. Raskaussyrjinnän yleisyys ei ole ongelma vain Suomessa. Ks. esim. Prechal ym. 2007; James 2007; Julén Votinius 2007.

287 Valtioneuvoston selonteossa naisten ja miesten välisestä tasa-arvosta (2010, 66) todetaan näin: ”Työmarkkinajärjestöt kuvasivat vuonna 2002 tehdyssä kyselyssä tyypillisimmäksi tasa-arvo-ongelmaksi määräaikaisen työsuhteen uusimatta jättämisen silloin, kun työntekijä on raskaana. Tilanne ei ole muuttunut. Tampereen yliopiston Työelämän tutkimuskeskuksen vuonna 2009 tekemän selvityksen mukaan eniten työmarkkinajärjestöissä oli käsitelty raskauteen ja perhevapaisiin liittyviä työsuhderiitoja.” Myös tasa-arvovaltuutettu on useasti kiinnittänyt huomiota raskaussyrjinnän yleisyyteen. Vuonna 2005 hän teki työministeriölle ehdotuksen työsopimuslain täydentämisestä siten, että laissa tasa-arvolain tapaan nimenomaisesti kiellettäisiin määräaikaisen palvelussuhteen uusimatta jättäminen ja keston rajoittaminen raskauden tai perhevapaan perusteella. Tällaista muutosta ei tehty työsopimuslakiin. Vuoden 2009 vuosikertomuksessaan tasa-arvovaltuutettu toteaa, että raskautta ja perhevapaita koskevat syrjintäepäilyt työllistävät tasa-arvovaltuutetun toimistoa eniten työhönotto- ja palkkasyrjintää koskevien kysymysten jälkeen (Tasa-arvovaltuutetun vuosikertomus 2009,17). Vuoden 2010 vuosikertomuksessaan hän toteaa raskauden ja perhevapaiden olevan edelleen kestoaihe (Tasa-arvovaltuutetun vuosikertomus 2010, 36). Ks. myös tasa-arvovaltuutetun lausunto selvityksestä eduskunnan työelämä- ja tasa-arvovaliokunnalle naisten ja miesten välisestä tasa-arvosta annetun lain toimivuudesta Dnro TAS/84/2010.

288 Ks. tarkemmin Anttila 2006. Tähän on kiinnitetty huomiota myös Valtioneuvoston selonteossa naisten ja miesten välisestä tasa-arvosta (2010, 142–143). Ks. myös Sutela 2013.

289 Ks. esim. Pylkkänen 2007, 44; Salmi – Lammi-Taskula – Närvi 2009; Lammi-Taskula – Salmi – Parrukoski 2009; Sipilä – Repo – Rissanen (toim.) 2010.

hyödyntääkin tämän mahdollisuuden, ja kotiin jäävät ovat tällöin suurimmaksi osaksi naisia.[290] Suomea on alettu kutsua kotiäitiyhteiskunnaksi, tai ainakin pikkulapsivaiheen kotiäitiyden on katsottu vakiintuneen.[291] Puhutaan perheen vastaiskusta ja familistisesta käänteestä.[292] Kotiäitiys on kuitenkin vain väliaikaista, sillä suurin osa naisista palaa työelämään perhevapaiden jälkeen. Tutkimukset osoittavat, että suurella osalla pitkillä hoitovapaajaksoilla olevista naisista ei kuitenkaan ole työtä mihin palata. Näiden naisten on todettu olevan todellisessa köyhyysloukussa, etenkin koska he ovat usein vähemmän koulutettuja eivätkä heidän työllistymismahdollisuutensa ole kovin hyvät.[293] Perhevapaat vaikeuttavat naisten työelämäasemaa koulutustasosta riippumatta. Kuten monet tutkijat ovat esittäneet, ne heikentävät naisten työnsaantimahdollisuuksia sekä ura- ja palkkakehitystä.[294]

Perhevapaajärjestelmästä johtuvien ongelmien ratkaisuksi esitetään etenkin hoitovastuun jakamista molempien vanhempien kesken ja perhevapaakustannusten entistä tasaisempaa jakamista eri työnantajien kesken.[295] Synnytysikäisten naisten on katsottu olevan suuri taloudellinen riski työnantajalle. Näin on siitä huolimatta, että kansaneläkelaitos korvaa työnantajalle suurimman osan henkilöstön perhevapaista aiheutuvista välittömistä kuluista.[296] Naisvaltaisilla aloilla varsinkin perhevapaiden epäsuorien kustannusten, kuten sijaisen etsimiseen ja kouluttamiseen käytetyn ajan, rahan ja vaivan, on todettukin heikentävän yrityksen kannattavuutta.[297] Eri asia on, kuinka tällaiset epäsuorat kustannukset voidaan ylipäätään jakaa oikeudenmukaisesti eri työnantajien kesken.

Toisaalta tutkimukset ovat osoittaneet, että suomalaiset haluavat pitää kiinni pitkistä perhevapaistaan.[298] Tätä on perusteltu liberalistisen ajattelun mukaisesti valinnanvapaudella. Lapsiperheet ovat tutkimuksissa perustelleet lasten kotihoitoa myös lapsen edulla.[299] Tässä näkyy taustalla suomalaisten kehityspsyko-

---

290 Salmi – Lammi-Taskula – Närvi 2009; Lammi-Taskula – Salmi – Parrukoski 2009; Repo 2007.

291 Julkunen 2010, 208.

292 Jallinoja 2006.

293 Salmi – Lammi-Taskula – Närvi 2009; Lammi-Taskula – Salmi – Parrukoski 2009; Repo 2007; Sipilä – Repo – Rissanen (toim.) 2010.

294 Salmi – Lammi-Taskula – Närvi 2009; Lammi-Taskula – Salmi – Parrukoski 2009; Sipilä – Repo – Rissanen (toim.) 2010.

295 Ks. esim. Valtioneuvoston selonteko naisten ja miesten välisestä tasa-arvosta (2010, 48–52).

296 Ks. Haataja 2007, 27. Edelleen pieni osa näistä välittömistä kustannuksista jää työnantajan maksettavaksi. Etenkin naisvaltaisten alojen pienyrittäjiä kuormittavat lisäksi raskaana olevan työntekijän sairauslomaan liittyvät kustannukset sekä työntekijän lasten sairasteluista aiheutuvat poissaolokulut (useimmiten äiti jää hoitamaan sairastunutta lasta).

297 Lilja – Asplund – Kauppinen (toim.) 2007.

298 Lainiala 2010; Repo 2007.

299 Repo 2007. Ks. myös Kivelä 2012. Päivi Kivelä totesi väitöskirjassaan, että lasten kotihoidon valitseminen palkkatyöäitiyden sijaan ei ole ainoastaan lapsen edun ohjailema arvovalinta. Naisten pitkä kotiäitiys on Kivelän tutkimuksen mukaan pikemminkin seurausta rakenteellisesta

logien omaksuma kiintymyssuhdeteoria, joka korostaa pysyvien ja turvallisten vuorovaikutussuhteiden merkitystä lapsen kehitykselle. Kiintymyssuhdeteorialla perustellaan alle kolmevuotiaan lapsen kotihoitoa, ja samalla kritisoidaan suomalaista päivähoitojärjestelmää, joka on ”luotu aikuisten tarpeita ajatellen, ei lasten”.[300] Näitä kehityspsykologien ajatuksia feministitutkijat ovat kutsuneet ”kehityspsykologisiksi populaariopeiksi ’lapsen hyvästä’”.[301] Näin asiaa ulkopuolelta seuraavalle syntyy vaikutelma, että vastakkain ovat yhtäältä pitkiä perhevapaita puolustavat kehityspsykologit ja muut varhaiskasvatuksen asiantuntijat, ja toisaalta sukupuolten tasa-arvosta huolestuneet tutkijat. Sama kahtiajako näkyy kansan keskuudessa, jossa kotiäidit ja uraäidit käyvät jatkuvaa kamppailua puolustaen omaa näkemystään ”hyvän elämän sisällöstä”.[302]

Palaan jälleen Amartya Senin esittämään kysymykseen *equality of what*? Haluammeko korostaa jokaisen ihmisen vapautta määritellä oman elämänsä hyvät, jolloin tasa-arvoa on se, että voi tehdä omanlaisiaan valintoja, vaikka ne jonkun silmissä näyttävät vääriltä? Tällöin on muistettava myös se, miten vaikea käsite vapaus on. Kuten monet muistuttavat, ihmisten valintoihin vaikuttavat myös stereotypiat ja käsitykset siitä, miten ympäröivä yhteiskunta odottaa kunkin toimivan. Myös vapautta korostavat ja liberalismia puolustavat feministit kuten Martha Nussbaum tuovat tämän esiin.

Nussbaum myöntää, että usein naisten tekemät uhraukset eivät perustu vapaaseen tahtoon. Ihmiset sisäistävät ne rooliodotukset, jotka yhteiskunta heille asettaa, ja toimivat tiedostamattaan näiden rooliodotusten mukaisesti. Ihmiset myös mukauttavat toiveensa ja halunsa sen mukaan, mikä ylipäänsä on kulloinkin mahdollista, joten he voivat jopa tyytyä osaansa. Hän toteaakin, että tilanteissa, joissa vallitsee perinteisesti jyrkkä valtahierarkia ja joissa tiedonsaanti on rajoitettua, emme voi olettaa, että naisten tekemät uhraukset perustuvat vapaaseen tahtoon. ”Let her love others and give herself away – provided she does so freely and judiciously, with the proper critical scrutiny of social norms”. Näin neuvoi meitä jo John Stuart Mill, kuten Nussbaum toteaa.[303]

Suomalaista tilannetta on kuvailtu siten, että käytännössä ”vapaa valinta” on sidoksissa sukupuolten välisen työnjaon pitkään historiaan, joka ylläpitää vanhempainvapaan tulkitsemista äidille kuuluvaksi.[304] Lisäksi on esitetty, että Suomessa perinteiset sukupuolistuneet käsitykset perhevastuiden jaosta ovat taval-

---

työttömyydestä ja naisalojen heikoista palkoista, jolloin työhön paluu on vaikeaa tai naisten työssäkäynnin merkitys perheissä vähenee.

300 Ks. esim. Kalliala 2012; Keltikangas-Järvinen 2012; Sinkkonen – Kalland 2011; Rusanen 2011.

301 Julkunen 2010, 208, joka viittaa Nätkin 2003.

302 Ks. Jallinoja 2006.

303 Nussbaum 1999, 77.

304 Salmi – Lammi-Taskula 2010.

lisia pikkulasten vanhempien keskuudessa.[305] Tältä osin on pidettävä mielessä ”väärään tietoisuuteen” (*false consciousness*) liittyvä argumentointi. Pyrkimyksenä on tällöin selittää alistetun ryhmän käyttäytyminen väärään tietoisuuteen perustuvina näennäisesti vapaina valintoina, jotka vain uusintavat ryhmän alisteista asemaa. Ongelmana tällaisessa argumentaatiossa on se, että naisille itselleen ei anneta valtaa päättää omaa elämäänsä koskevista asioista. Samalla aliarvioidaan naisen kyky itsenäiseen rationaaliseen ajatteluun.[306]

Toisaalta voimme Raija Julkusen tapaan viitata Nancy Fraserin sukupuolisen oikeudenmukaisuuden kriteereihin, jotka kehottavat ”kiinnittämään huomion köyhyyteen, erityiseen haavoittuvuuteen, taloudelliseen riippuvuuteen, marginalisointiin, miesnormisuuteen sekä tulojen, vapaa-ajan ja kunnioituksen tasa-arvoon miesten ja naisten kesken”.[307] Julkusen mukaan nämä kriteerit edellyttävät jotain aivan muuta kuin illuusioihin perustuvan valinnanvapauden korostamista. On myös palautettava mieleen Okinin esittämä Rawlsin oikeudenmukaisuusteoriaa koskeva kritiikki. Okinin keskeinen sanomahan oli, että sukupuolten tosiasiallista tasa-arvoa ei voi saavuttaa ennen kuin sukupuolen mukainen työnjako perheessä puretaan, jolloin naiset ja miehet osallistuvat yhtä lailla lasten- ja kodinhoitoon. Tämä edistäisi myös tosiasiallisen tasa-arvon osallisuutta korostavaa ulottuvuutta (*participative dimension*).

Haluammepa sitten korostaa yksilön vapautta itse määritellä oman elämänsä hyvät tai pikemminkin kiinnittää huomiomme eriarvoistaviin, sukupuolittuneisiin käytäntöihin, *perhevapaajärjestelmämme selvästi edellyttää tehokasta tasa-arvo-oikeutta.* Meidän tulisi myös arvostaa enemmän hoivaa. Tosiasiallisen tasa-arvon muutosta tavoitteleva ulottuvuus edellyttää sitä, että *työelämän on muututtava* siten, että se ottaa paremmin huomioon hoivavastuun. Vaikka todellisen muutoksen on tapahduttava asenteissa, oikeuden ulottumattomissa, myös työelämää koskevien normien tulee tehokkaasti suojata hoivavastuun kantajia syrjintää vastaan.

4.3.1 Raskauden ja tasa-arvon ongelmallinen suhde

Äitiyteen perustuvalla sukupuolierolla on historiallisesti perusteltu naisten sulkemista julkisen elämänalueen ulkopuolelle.[308] Raskaussyrjinnän ymmärtäminen sukupuolisyrjinnäksi onkin ollut vaikeaa. Kun yhdenvertaisuus ymmärrettiin pitkään vain samanlaisten samanlaisena kohteluna, oli välttämätöntä korostaa esimerkiksi naisten ja miesten samanlaisuutta, koska muutoin he eivät olisi

---

305 Salmi ym. 2009, 180.
306 Ks. Roseberry 2008, 343–344.
307 Julkunen 2010, 286.
308 Nousiainen 2001, 49.

vertailukelpoisia. Kuitenkin moni naisten kokema haitta johtuu suoraan tai välillisesti sukupuolierosta. Juuri tällaisissa tilanteissa on mahdotonta osoittaa sukupuolten samanlaisuutta.

Raskaus on mitä ilmeisin sukupuoliero. Koska raskaaksi voivat tulla vain naiset, ei heidän asemaansa voi verrata miehen saamaan kohteluun. Kompastuskivenä on ollut miesverrokin puuttuminen. Tämä on lisännyt myös tasa-arvo-oikeuden kritiikkiä. Voiko raskaana olevan työntekijän huonoa kohtelua perustella vain sillä, että mies ei koskaan voi olla samassa tilanteessa? Kuten monet kriitikot ovat esittäneet,[309] miesnormin käyttäminen tasa-arvo-oikeudessa johtaa väistämättä ongelmiin silloin, kun raskauteen perustuvaan eriarvoiseen kohteluun halutaan tarttua syrjintänä. Syrjinnän vastaisessa oikeudessa miesnormi alkaa kuitenkin pikku hiljaa heikentyä, mistä on osoituksena muun muassa uudenlainen suhtautuminen raskauteen syrjintäperusteena. Syrjinnän käsite on alkanut muuttua yhä sensitiivisemmäksi raskauteen perustuvalle sukupuolierolle.

Vuonna 1980 kuuluisassa englantilaisessa tapauksessa *Turley v. Allders* katsottiin, että työntekijän irtisanominen raskauden perusteella ei ollut sukupuolisyrjintää, sillä tilanteelle ei ollut miehistä vertailukohtaa.[310] Samaan tapaan oli argumentoitu myös Yhdysvalloissa käsitellyissä oikeustapauksissa 1970-luvun alusta lähtien.[311] *Turley*-tapauksessa eräs tuomareista totesi kuitenkin, että vertailu olisi tullut tehdä sairauslomalla olevaan mieheen.[312] Kevät Nousiainen on todennut, että naisten poliittisten oikeuksien puolustajat argumentoivat näin jo 1700-luvulla. Heidän mielestään oli outoa kieltää naisilta oikeuksia vain sen vuoksi, että he voivat joskus olla estyneitä osallistumaan poliittiseen toimintaan raskauden vuoksi. Ovathan miehetkin vilustuneita joka talvi, eikä heidän poliittista toimintakykyään silti kyseenalaisteta.[313] Myöhemmissä tapauksissa englantilaiset tuomioistuimet vertasivatkin raskaana olevan naisen asemaa sairauslomalla olevan miehen saamaan kohteluun.[314] Monet kritisoivat tätäkin lähestymistapaa, sillä raskautta ei voida pitää sairautena.[315] Uudenlaisen lähestymistavan raskaussyrjintään toi EU-tuomioistuimen vuonna 1990 käsittelemä tapaus *Dekker* (C-177/88), jossa tuomioistuin vahvisti raskaussyrjinnän olevan välitöntä sukupuolisyrjintää siitäkin huolimatta, että miespuolista vertailukohtaa ei ollut. EU-tuomioistuin tunnusti vihdoin sen, että raskaus liittyy luonnollisesti naissukupuoleen eikä ole mikään puute tai vamma, jota voisi verrata miehen sairauteen.

---

309 Esim. Fredman 1992 ja 1994; Sohrab 1993; More 1993; Lacey 1998.
310 *Turley v. Allders Department Stores* [1980] I.R.L.R 4. Ks. Ellis 1994.
311 Ks. Kay 1993 ja Nousiainen 2001, 49–52.
312 Ellis 1994.
313 Nousiainen 2001, 49.
314 Ellis 1994, 570; Fredman 1992, 121.
315 Ks. Fredman 1992, 121.

Suomessa korkein oikeus katsoi vielä vuonna 1992, että raskaus ei liity sukupuoleen. Tapauksessa KKO 1992:7 työntekijän työsopimus oli purettu koeajalla raskauden vuoksi. Korkein oikeus totesi, että purkaminen oli tehty epäasiallisella perusteella, mutta korkeimman oikeuden tulkinnan mukaan kyse ei ollut kuitenkaan sukupuolisyrjinnästä, sillä ”työsopimusta ei ollut purettu työntekijän sukupuolen vaan yksinomaan hänen raskautensa perusteella”. Tasa-arvolain syrjintäkieltoja selvennettiinkin pian tämän jälkeen, ja raskaussyrjintä määriteltiin syrjinnäksi sukupuolen perusteella.[316] Suomessa ei voitu enää sivuuttaa myöskään EU:n kautta tulevia vaikutuksia. EU-tuomioistuimen ratkaisukäytäntö oli osoittanut, että raskautta tuli pitää tasa-arvodirektiivissä 76/207/ETY kiellettynä välittömänä sukupuolisyrjintänä.

Tasa-arvolakia vuonna 2005 uudistettaessa lain esitöissä todettiin nimenomaisesti, että syrjintäolettaman muodostumiseksi kantajan tulee osoittaa joutuneensa eri asemaan verrattuna ”toista sukupuolta olevaan verrokkiin tai verrokkiin, joka eroaa kantajasta sukupuoleen liittyvän syyn osalta, taikka verrattuna tilanteeseen, missä syrjintäperusteeksi epäiltyä sukupuoleen liittyvää syytä (esimerkiksi raskaus) ei olisi ollut”.[317] Silloin kun eri asemaan joutuminen perustuu raskauteen tai vanhemmuuteen, vastakkaista sukupuolta olevaa verrokkihenkilöä ei siis välttämättä tarvita. Verrokkihenkilö voi olla myös nainen, joka ei ole raskaana tai synnyttänyt. Verrokin ei tarvitse olla konkreettinen henkilö, vaan syrjinnän osoittamiseksi riittää hypoteettinen verrokki, jos voidaan osoittaa, miten toista henkilöä vastaavassa tilanteessa kohdeltaisiin. Raskaussyrjintää epäiltäessä vertailu on usein luontevinta tehdä ”tilanteeseen, jossa syrjintäperusteeksi epäiltyä syytä ei olisi ollut”.

Syrjintäolettaman syntymistä arvioitaessa on siis olennaista pohtia sitä, miten olisi menetelty, jos nainen ei olisi tullut raskaaksi. Kyse on ns. *but for* -testistä. Kuten tasa-arvovaltuutettu on todennut, raskaussyrjintää selvitettäessä näin ollen riittää ”hypoteettinen vertailu siihen tilanteeseen, mitä olisi tapahtunut, jos henkilö ei olisi ollut raskaana”.[318] Tasa-arvolautakunta katsoi jo vuonna 2002 eräässä työsopimuksen jatkamista koskevassa lausunnossaan, että syrjintäolettaman syntymiseksi asiaa on arvioitava siltä kannalta, olisiko kantajan palvelussuhde jatkunut, jos häneen olisi sovellettu samoja kriteerejä kuin muihin työntekijöihin ikään kuin äitiysvapaata ei olisi ollutkaan.[319] Vaatimusta miesverrokin olemassaolosta ei enää ole, eikä tasa-arvo-oikeuden kritiikille enää näiltä osin ole perusteita.

Tasa-arvolain 7 § 2 momentin 2 kohdan mukaisesti välittömällä syrjinnällä tarkoitetaan eri asemaan asettamista raskaudesta tai synnytyksestä johtuvasta

---

316 Ks. tarkemmin Bruun – Kangasperko 1993; Nummijärvi 1995.

317 HE 195/2004, 39. Simon Honeyball (2000) puhuu tässä yhteydessä ns. itsevertailusta (*self-comparison*).

318 Tasa-arvovaltuutetun lausunto Drno TAS/45/2011.

319 Tasa-arvolautakunnan lausunto N:o L 1/02.

syystä. Tasa-arvolain 8 § 1 momentin 2 kohta sisältää työelämän raskaussyrjinnän kiellon, jonka mukaan työnantajan menettelyä on pidettävä syrjintänä, jos työnantaja työhön ottaessaan, tehtävään tai koulutukseen valitessaan tai palvelussuhteen kestosta tai jatkumisesta taikka palkka- tai muista palvelussuhteen ehdoista päättäessään menettelee siten, että henkilö joutuu raskauden, synnytyksen tai muun sukupuoleen liittyvän syyn perusteella epäedulliseen asemaan. Syrjintää on myös työn johtaminen, työtehtävien jakaminen tai työolojen järjestäminen siten, että yksi tai useampi työntekijä joutuu muihin verrattuna epäedullisempaan asemaan sukupuolen perusteella (8 § 1 momentin 4 kohta). Edelleen yhden tai useamman työntekijän palvelussuhteen irtisanominen, purkaminen tai lakkauttaminen taikka siirtäminen tai lomauttaminen sukupuolen perusteella on syrjintää (8 § 1 momentin 5 kohta). Kielto syrjiä sukupuolen perusteella tarkoittaa säännöksessä myös raskaussyrjinnän kieltoa.

Tasa-arvolain säännösten tulkintaa ohjaa vahvasti EU-tuomioistuimen oikeuskäytäntö. Suomessa oman erityispiirteensä raskaussyrjinnän kieltoon tuo kuitenkin määräaikaisten työsuhteiden yleisyys nuorten naisten tyypillisenä työsuhteen muotona. Seuraavaksi tarkastelen raskaussyrjinnän kiellon sisältöä työhönottoa, määräaikaista työtä, palkkasyrjintää ja irtisanomista koskevissa tilanteissa.

4.3.2 Työhönottosyrjintä raskauden perusteella

Tasa-arvolain mukaan työhön on valittava ansioitunein hakija (8 § 1 momentin 1 kohta). Työnhakijan raskaus tai lastenhankintasuunnitelmat eivät saa vaikuttaa työnantajan päätökseen eikä työnantaja saa niistä edes työnhakijalta kysyä.[320] Tasa-arvovaltuutettu on todennut, että kysymykset raskaudesta, lastenhankkimissuunnitelmista, lasten lukumäärästä ja lastenhoidon järjestämisestä ovat työhönottomenettelyn yhteydessä kiellettyjä ja voivat aiheuttaa epäilyn sukupuoleen perustuvasta syrjinnästä. Tällöin työnantajan pitää esittää näyttö siitä, että kyseiset seikat eivät ole vaikuttaneet valintapäätökseen.[321] Työsopimuslain 4 luvun 1 § 2 momentin mukaisesti työntekijän tulee ilmoittaa työnantajalle äitiysvapaasta vasta viimeistään kaksi kuukautta ennen vapaan aiottua alkamista.

Vastaavasti tasa-arvodirektiivin 2006/54/EY 14 artiklan 1 kohdan mukaan julkisella tai yksityisellä sektorilla, julkiset laitokset mukaan lukien, ei saa olla

---

320 Ahtela ym. 2006, 106–108; Koskinen – Hyvärinen 2011.

321 Tasa-arvovaltuutetun lausunto TAS 370/2010. Näin myös esim. Koskinen – Hyvärinen sekä Ahtela ym. 2006, 106–108. Ks. myös Helsingin hovioikeuden tuomio 3.12.2003 asiassa S 03/435, jossa hovioikeus katsoi, että työntekijään ei voi kohdistaa mitään epäedullisia toimenpiteitä sen perusteella, mitä työntekijä on työhaastattelussa vastannut lapsen hankkimista koskeviin kysymyksiin (ks. Ahtela ym. 2006, 107–108).

välitöntä tai välillistä sukupuoleen perustuvaa syrjintää muun muassa työpaikan, itsenäisenä ammatinharjoittajana tehdyn työn tai toimen saamisen ehdoissa, valinta- ja työhönottoperusteet mukaan lukien, toimialasta ja ammattiasemasta riippumatta, uralla eteneminen mukaan lukien (a alakohta).

Vuonna 1990 EU-tuomioistuin antoi ratkaisunsa kuuluisaksi nousseessa *Dekker*-tapauksessa (C-177/88). EU-tuomioistuin totesi, että ”koska raskaus voidaan esittää työhön ottamisesta kieltäytymisen syyksi ainoastaan naisten kohdalla, tällöin on kyse sukupuoleen perustuvasta välittömästä syrjinnästä”.[322] Syrjintää ei muuksi muuta se tosiasia, että työnhakijoiden joukossa ei ollut yhtään mieshakijaa.[323] Miesverrokin puuttumisella ei toisin sanoen ollut merkitystä asian ratkaisun kannalta. Dekker-tapauksen jälkeen sukupuolisyrjintää ei ole enää ymmärretty ainoastaan suhteessa miehiseen normiin.

Tapauksessa hollantilainen Elisabeth Dekker oli ollut kesällä 1981 neljännellä kuulla raskaana hakiessaan kouluttajan paikkaa nuorten aikuisten koulutuskeskuksesta. Vaikka Elisabeth oli ollut virkaan parhaiten soveltuva ehdokas, hän ei ollut tullut valituksi. Syynä oli hänen raskautensa, tai pikemminkin se, että työnantajan vakuutusyhtiö ei olisi tullut korvaamaan yhtiölle Elisabethille maksettuja äitiysloman aikaisia päivärahoja. Tästä johtuvien taloudellisten syiden vuoksi työnantaja ei olisi pystynyt palkkaamaan sijaista Elisabethin äitiysloman ajaksi.

Dekker-tapauksessa tuomioistuin totesi, että syrjintää ei voi perustella taloudellisilla menetyksillä, joita työnantajalle mahdollisesti aiheutuu raskaana olevan naisen työhön ottamisesta.[324] Myöhemmin tapauksessa *Mahlburg* (C-207/98) se totesi, että syrjintää ei voida perustella myöskään niillä taloudellisilla menetyksillä, jotka aiheutuvat siitä, että työhön palkattu nainen ei voi raskautensa aikana hoitaa työtehtäviään. Tapauksessa työnhakijaa ei ollut valittu avoinna olevaan leikkaussalihoitajan toimeen tämän raskauden takia, koska Saksan kansallinen lainsäädäntö kielsi raskaana olevan naisen työskentelyn leikkaussalissa. EU-tuomioistuin totesi, että tasa-arvodirektiivin mukainen raskaana olevan naisen suojelusäännös ei saa johtaa siihen, että raskaana olevaa kohdellaan epäedullisemmin työhönotossa, eikä työnantaja voi suojelusäännösten perusteella kieltäytyä ottamasta työhön raskaana olevaa hakijaa siitä syystä, ettei hän voi sijoittaa hakijaa alusta alkaen työsopimuksen mukaiseen työhön.[325]

Koska työnantaja ei voi ottaa työnhakijan raskautta huomioon palkatessaan työntekijöitä, työnhakijan ei myöskään tarvitse työnhakutilanteessa kertoa olevansa raskaana. Tämän EU-tuomioistuin on nimenomaisesti vahvistanut tapauksessa *Tele Danmark* (C-109/00). Tapauksessa raskaana oleva työntekijä ei

---

322 Tapaus *Dekker* C-177/88, tuomion 12 kohta.
323 Tapaus *Dekker* C-177/88, tuomion 17 kohta.
324 Tapaus *Dekker* C-177/88, tuomion 12 kohta.
325 Tapaus *Mahlburg* C-207/98, tuomion 27 kohta.

ollut työnhakutilanteessa kertonut olevansa raskaana, vaikka hän olisi voinut työskennellä ennen äitiyslomansa alkamista vain kahden kuukauden ja 10 päivän ajan yhteensä puolen vuoden määräaikaisen työsopimuksen kestosta. Kaksi ensimmäistä kuukautta olisi kuitenkin ollut koulutusta, eli käytännössä nainen olisi tehnyt työsopimuksen mukaista työtä vain 10 päivää. Tästä huolimatta EU-tuomioistuin totesi, että työhönottotilanteessa hakijan ei tarvinnut kertoa työnantajalle raskaudestaan. Työnantaja syyllistyi kiellettyyn syrjintään irtisanoessaan naisen raskauden tultua ilmi. Hyväksyttävä peruste työsopimuksen irtisanomiselle ei ollut se, että nainen oli raskautensa takia kykenemätön työskentelemään huomattavan osan työsopimuksen kestosta. Tuomioistuimen viesti on selvä: raskaana olevan naisen syrjintä työhönottotilanteessa on kiellettyä, oli kyse sitten toistaiseksi voimassaolevasta tai määräaikaisesta palvelussuhteesta ja riippumatta siitä, kuinka suuren osan työsopimuksen kestosta työntekijä viettää perhevapaalla.

Työnantaja voi rikkoa syrjinnän kieltoa myös jättämällä palkkaamatta perhevapaalla olevan työnhakijan. Tasa-arvovaltuutettu otti lausunnossaan TAS/92/06 kantaa erään yliopiston liikuntapäällikön virantäyttömenettelyyn. Yliopisto oli valinnut virkaan naisen, joka oli vähemmän ansioitunut kuin eräs toinen hakija, joka olisi ollut virkasuhteen alkaessa hoitovapaalla. Yliopisto perusteli valintaa sillä, että oli tärkeää täyttää virka mahdollisimman pian. Tasa-arvovaltuutettu viittasi lausunnossaan EU-tuomioistuimen ratkaisuun tapauksessa *Bilka* (C-170/84), jossa tuomioistuin muotoili välillisen syrjinnän oikeuttamisperusteet. Tasa-arvovaltuutettu totesi, että syrjinnäksi väitetyn menettelyn tavoitteen pitää olla hyväksyttävä, ja valittujen keinojen välttämättömiä tavoitteen saavuttamiseksi ja niiden tulee olla sopivia ja oikein mitoitettuja tavoitteeseen nähden. Tasa-arvovaltuutettu jatkoi, että työn aloittamisen ajankohdalla on ymmärrettävästi tärkeä merkitys työnantajalle. Työnantaja voi kuitenkin valtuutetun kannan mukaan turvautua sijaisuusjärjestelyihin, joten työn alkamisen ajankohdan kiireellisyys ei ollut sellainen seikka, jolla perhevapaalla olevan henkilön syrjäyttäminen olisi voitu perustella.

On tärkeää huomata ero välittömän ja välillisen syrjinnän kiellon välillä. Työnhakijan syrjäyttäminen raskauden tai äitiysvapaan perusteella on välitöntä syrjintää, jota ei voi oikeuttaa esimerkiksi taloudellisin perustein. Työnhakijan syrjäyttäminen vanhempain- tai hoitovapaan perusteella taas voi olla vain välillistä syrjintää, ja näin ollen helpommin oikeutettavissa, jos menettelylle esitetään hyväksyttävä tarkoitus, ja menettely on ollut välttämätöntä, sopivaa ja oikein mitoitettua tavoitteeseen nähden.

4.3.3 Määräaikainen työ

Syrjinnän kielto työhönotossa koskee myös määräaikaista työtä. Raskaussyrjintää koskevassa tasa-arvolain 8 § 1 momentin 2 kohdassa kielletään nimenomaisesti eri asemaan asettaminen raskauden perusteella palvelussuhteen kestosta tai jatkumisesta päätettäessä. Myös EU-tuomioistuin on katsonut tapauksessa *Tele Danmark* (C-109/00) antamassaan ratkaisussa, että suoja raskaussyrjintää vastaan ei riipu palvelussuhteen pituudesta. Tuomioistuimen mukaan direktiiveissä ”ei tehdä miesten ja naisten tasa-arvoisen kohtelun periaatteen ulottuvuuden osalta minkäänlaista eroa kyseisen työsuhteen keston mukaan”.[326] Tuomioistuin totesi lisäksi, että ”työsuhteen kesto on sitä paitsi erityisen sattumanvarainen seikka työsuhteen kannalta, koska työsuhde voidaan siitä huolimatta, että työntekijä on otettu palvelukseen määräaikaisella työsopimuksella, olla suhteellisen pitkä ja se voidaan lisäksi uudistaa tai sitä voidaan jatkaa”.[327] Mutta kuinka tulisi toimia tilanteessa, jolloin on varmasti tiedossa, että työsopimusta ei uusita ja työ muutenkin on kestoltaan rajattu ja lyhytkestoinen? Onko silloin mahdollista syrjäyttää raskaana oleva hakija, koska hän on kykenemätön työskentelemään huomattavan osan työsopimuksen kestosta? Tämä olisi toki työnantajan kannalta järkevin tulkinta. Miten voisi olla perusteltavissa se, että työnantaja joutuu palkkaamaan lyhyeksi rajatuksi määräajaksi työntekijän, joka kuitenkaan ei voisi työskennellä kuin esimerkiksi muutaman viikon?

Kysymys nousi esiin myös tasa-arvolain kokonaisuudistuksen yhteydessä 2000-luvun alussa. Tasa-arvolain uudistamistoimikunta pohti mietinnössään, onko raskaussyrjinnän kieltoa sovellettava poikkeuksetta työhönottotilanteessa.[328] Toimikunta totesi, että tämä tulkintaongelmia aiheuttanut kysymys on edelleen ratkaisematta. Ongelmallinen tilanne on toimikunnan mukaan esimerkiksi sellainen, jossa työ on luonteeltaan rajattu ja lyhyt, eikä sen voida olettaa

---

326 Tapaus *Tele Danmark* C-109/00, tuomion 33 kohta. Aiempien EU-tuomioistuimen ratkaisemien tapausten perusteella oli jäänyt epäselväksi, tulisiko syrjinnän kieltoa soveltaa myös määräaikaisiin palvelussuhteisiin. EU-tuomioistuimen vuonna 1994 ratkaisemia tapauksia *Webb* C-32/93 ja *Habermann-Beltermann* C-421/92 oli tulkittu siten, että määräaikaisissa palvelussuhteissa työskentelevät eivät olisi suojattuja raskaussyrjinnältä. Tapauksia kritisoitiin (ks. esim. Jacqmain 1994; Szyszczak 1995; Boch 1996), koska tuomioistuin perusteli ratkaisuja mm. sillä, että Webb ja Habermann-Beltermann oli palkattu vakituiseen työsuhteeseen. Ratkaisut mahdollistivat tulkinnan, että määräaikaisissa palvelussuhteissa työskentelevät eivät olisi saaneet samanlaista suojaa kuin vakituisessa palvelussuhteessa olevat. Tapausten perusteella esitettiinkin tulkintakannanottoja, joiden mukaan myös välitön syrjintä saattaisi olla yksittäistapauksissa, kuten määräaikaisissa palvelussuhteissa, hyväksyttyä (ks. mm. Arnull 1999, 494–500). Tässä suhteessa tapaus *Tele Danmark* toi selvyyttä epäselvään oikeustilaan. Tapauksen ratkaisuehdotuksessa julkisasiamies Colomer totesi, että aikaisemmista tuomioista esitetyt tulkinnat ovat virheellisiä ja perustuvat tuomioistuimen käyttämien sanamuotojen orjalliseen noudattamiseen (ratkaisuehdotuksen 27 kohta).

327 Tapaus *Tele Danmark* C-109/00, tuomion 33 kohta.

328 KM 2002:9, 84.

jatkuvan, ja työn laadusta johtuen on välttämätöntä, että sama henkilö tekee työn alusta loppuun. Toimikunnan mukaan on esitetty näkemyksiä, että tällaisessa tilanteessa henkilö olisi raskautensa perusteella syrjäytettävissä.

On kuitenkin muistettava myös se, että raskaussyrjintä on määritelty *välittömäksi* syrjinnäksi. Välittömän syrjinnän erottaa välillisestä syrjinnästä muun muassa se, että eriarvoiselle kohtelulle ei voida esittää oikeuttamisperusteita (hyväksyttäviä syitä). Työnantaja voi vapautua syrjintäepäilyistä vain osoittamalla eriarvoisen kohtelun johtuvan jostain muusta, hyväksyttävästä seikasta kuin sukupuolesta tai raskaudesta (tasa-arvolain 9 a §). Jos raskaussyrjinnän kieltoa ei haluta soveltaa poikkeuksetta, tulee poikkeukset kirjata lakiin. Oikeuskirjallisuudessa katsotaan kuitenkin edelleen, että työn luonne voi aiheuttaa poikkeuksen pääsääntöön. Koskisen ja Hyvärisen mukaan raskaana olevan työnhakijan syrjäyttäminen voi olla oikeutettua, jos ”työtehtävän suorittaminen kokonaisuudessaan edellyttää sitä, että työn suorittaa alusta loppuun sama henkilö”. He esittävät esimerkkinä projektiluontoiset työt, jotka voivat olla sellaisia, että ”projektin jäädessä kesken on seuraajan vaikeaa viedä se päätökseen”.[329] Korostan edelleen, että lakiin olisi saatava tällainen poikkeus (jos se katsotaan tarpeelliseksi), sillä EU-oikeuden mukaan välitön syrjintä on oikeutettavissa vain laissa mainituin perustein.

Koskinen ja Hyvärinen viittaavat myös toiseen poikkeukseen, johon oikeuskirjallisuudessa on heidän mukaansa viitattu. Tämä koskee opettajan koko lukukauden kestävää viransijaisuutta, jos ”opettajan vaihtumisesta aiheutuu oppilaille haittaa”. Koskinen ja Hyvärinen jatkavat, että ”[a]lakouluikäisten lasten kiintyminen opettajaansa voi olla hyvin tiivistä ja opettajien toistuva vaihtuminen voi aiheuttaa oppilaissa levottomuutta ja turvattomuuden tunnetta”. Koskinen ja Hyvärinen korostavat, että raskaana olevan työnhakijan syrjäyttämisen tulisi tällöin tapahtua lapsen edun nimissä, ei työnantajan.[330] Myös tällainen tulkinta on ongelmallinen, sillä se liittää välittömään syrjintään oikeuttamisperusteen EU-oikeuden vastaisesti. Raskaussyrjinnän käsitteen johdonmukainen soveltaminen edellyttää siihen liittyvien poikkeusten kirjaamista lakiin.[331] Tämä lisää myös oikeusvarmuutta.

Tässäkin yhteydessä on korostettava eroa välittömän ja välillisen syrjinnän välillä. Raskauteen ja äitiysvapaaseen perustuva eri asemaan asettaminen on välitöntä syrjintää, johon liittyvät laissa säädetyt poikkeukset. Eri asemaan asettaminen vanhempainvapaan tai hoitovapaan perusteella sen sijaan voi olla välillistä syrjintää, joka voidaan oikeuttaa avoimin oikeuttamisperustein. Tasa-arvovaltuutettu onkin katsonut lausunnossaan Dnro TAS/110/10, että syrjintä-

---

329 Koskinen – Hyvärinen 2011, 5.

330 Koskinen – Hyvärinen 2011, 5.

331 Ks. myös Lerwall 2002. *Tele Danmark* -tapausta kommentoidessaan Lerwall toteaa (s. 112), että koska raskaussyrjintä on välitöntä syrjintää, sitä koskevat vain laissa nimenomaisesti mainitut poikkeukset.

olettaman kumotakseen työnantajan on näytettävä, että hakijan syrjäyttämiselle hoitovapaalla olemisen vuoksi oli hyväksyttävä syy. Tällöin voi tulla arvioitavaksi, onko työ tai tehtävä ollut kestoltaan rajattu ja lyhyt ja sellainen, ettei sen voida olettaa jatkuvan tai toistuvan, ja onko ollut työn tai tehtävän laadusta johtuen välttämätöntä, että sama henkilö tekee työn yhtäjaksoisesti loppuun. Nämä voivat siis olla hyväksyttäviä oikeuttamisperusteita välillisen syrjinnän kohdalla, mutta eivät välittömän syrjinnän kohdalla, ellei niitä ole poikkeuksina lakiin nimenomaisesti kirjattu.

Erityiseksi ongelmaksi määräaikaisten työsuhteiden käytössä on osoittautunut työsuhteiden ketjuttaminen eli peräkkäisten määräaikaisten työsopimusten solmiminen. Määräaikaisten työsopimusten uusimatta jättäminen raskauden takia on tasa-arvovaltuutetun mukaan ollut jo pitkään yksi Suomen yleisimpiä tasa-arvo-ongelmia.[332] Tasa-arvolaissa kuitenkin todetaan, että työnantaja rikkoo syrjinnän kieltoa muun muassa silloin, jos hän palvelussuhteen kestosta tai jatkumisesta päättäessään menettelee siten, että henkilö joutuu raskauden tai synnytyksen perusteella epäedulliseen asemaan (8 § 1 mom 2 kohta). Tämä lainkohta koskee juuri määräaikaista työtä tekevien oikeuksia heidän tultuaan raskaaksi. Tilanteessa, jossa määräaikaista sopimusta ei uusita työntekijän tultua raskaaksi, olennaista on arvioida, olisiko sopimusta jatkettu, jos työntekijä ei olisi tullut raskaaksi. Jos sopimusta tuossa hypoteettisessa tilanteessa olisi jatkettu, sopimuksen uusimatta jättämisessä on kyse kielletystä syrjinnästä.[333] Oikeuskäytännössä ja esimerkiksi tasa-arvovaltuutetun lausuntokäytännössä edes ansiovertailua ei ole pidetty oikeuttamisperusteena määräaikaisen palvelussuhteen jatkamisen rajoittamiselle raskauden ja perhevapaan perusteella, jos on voitu osoittaa, että työpaikan käytäntönä on ollut uusia pätevien työntekijöiden määräaikaisuudet ilman hakumenettelyä.[334]

---

332 Ks. Tasa-arvovaltuutetun vuosikertomus 2001, 10 ja tasa-arvovaltuutetun lausunto Dnro TAS/84/2010.

333 Tasa-arvolain uudistamistoimikunta toteaa mietinnössään (KM 2002:9, 85), että lain 8 §:n 2 momentin 1 kohdan sisältämä palvelussuhteen jatkumisen rajoittamisen kielto on aiheuttanut käytännössä tulkintaongelmia. Tältä osin toimikunta viittaa hallituksen esitykseen HE 63/1992, jonka mukaan mm. raskauteen liittyvissä tilanteissa todistamisvelvollisuus siirtyy työnantajalle, kun syrjintää epäillyt on osoittanut, että hän on raskaana ja että hän on joutunut epäedulliseen asemaan. Kun harkitaan sitä, onko palvelussuhteen kestoa rajoitettu syrjintäkiellon vastaisesti, merkitystä on toimikunnan mukaan vain sillä, olisiko palvelussuhde jatkunut, jos henkilö ei olisi tullut raskaaksi. Ks. esim. Ahtela ym 2006, 144–151; Nieminen, Kimmo 2005, 92–101; Alarotu (nyk. Anttila) 2003.

334 Ks. Helsingin hovioikeuden tuomio asiassa S 00/1486 ja tasa-arvovaltuutetun lausunto dnro 8/55/00. Sekä hovioikeuden tuomiossa että valtuutetun lausunnossa todetaan, että raskaana tai perhevapaalla olevaa työntekijää ei saa määräaikaista palvelussuhdetta jatkettaessa kilpailuttaa muiden hakijoiden kanssa, mikäli hän on tehtävään pätevä ja työpaikan käytäntönä on muuten ollut uusia pätevien työntekijöiden määräaikaisuudet ilman hakumenettelyä. Ks. myös tasa-arvovaltuutetun lausunto Dnro TAS/110/10. Valtuutettu toteaa lausunnossa, että ”oikeuskäytännön mukaan ansioituneisuus ja soveltuvuus eivät yleensä ole hyväksyttäviä syitä syrjäyttää määräaikaista työsuhdetta aikaisemmin hoitanutta henkilöä. Pätevää ja soveltuvaa työntekijää ei ole so-

Korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisemassa tapauksessa KHO 1999:70 ala-asteen luokanopettajan virkaa kaksi edellistä lukuvuotta määräaikaisessa palvelussuhteessa hoitanut nainen oli jäämässä äitiys- ja vanhempainvapaalle kesäkuun ja toukokuun väliseksi ajaksi, eli käytännössä koko lukuvuodeksi. Tästä syystä koululautakunta oli päättänyt valita viran hoitajaksi toisen henkilön tämän lukuvuoden ajaksi. Kunta perusteli ratkaisuaan sillä, että raskaaksi tullut luokanopettaja olisi pystynyt hoitamaan virkaa vain merkityksettömän lyhyen ajan. KHO katsoi, että menettely oli rikkonut tasa-arvolain 7 ja 8 §:n syrjinnän kieltoja. KHO:n mukaan tapauksessa oli asiallisesti kyse jo ennestään määräaikaisessa palvelussuhteessa kuntaan olleen henkilön sopimuksen uusimatta jättämisestä tämän raskauden johdosta. Näissä oloissa sillä ei ollut merkitystä, että luokanopettaja olisi ilmeisesti tosiasiallisesti pystynyt hoitamaan virkaa lukuvuoden aikana vain lyhyen ajan. KHO antoi merkitystä myös sille, että luokanopettajan perhevapaa ajoittui niin, että opettajan vaihtumisesta kesken lukuvuoden oppilaille aiheutuva haitta olisi jäänyt vähäiseksi.[335]

4.3.4 Palkkasyrjintä raskauden ja äitiysvapaan aikana

Tasa-arvolain 8 § 1 momentin 2 kohdan mukainen syrjinnän kielto koskee myös raskauteen ja äitiysvapaaseen liittyvää epäedullista palkkauskohtelua. Suomessa työnantajalla ei kuitenkaan ole lakiin perustuvaa velvollisuutta maksaa palkkaa perhevapaiden ajalta (työsopimuslain 4 luvun 8 § 1 momentti). Myös EU-tuomioistuin on oikeuskäytännössään katsonut, ettei unionin lainsäädäntö edellytä kokonaispalkan säilyttämistä ennallaan äitiysvapaan aikana. Tällöin sovelletaan raskaussuojeludirektiiviä 92/85/ETY, joka edellyttää joko palkanmaksun

---

pivaa kilpailuttaa muiden kanssa vain hänen raskautensa tai perhevapaansa vuoksi. Hyväksyttävänä syynä työsopimuksen uusimatta jättämiselle ei voida yleensä pitää myöskään sitä, että henkilö ei raskautensa tai perhevapaansa vuoksi käytännössä voi itse hoitaa tehtäviään, vaan hänelle tarvitaan sijainen." Toisaalta jos kyse on erillisistä työhönottotilanteista, työnantajalla on oikeus tehdä valintapäätökset haluamallaan tavalla. Valtuutettu toteaa, että valintapäätöksiä tehtäessä perhevapaalla olevaa hakijaa ei silti voi asettaa muita huonompaan asemaan perhevapaan vuoksi.

[335] Ks. myös korkeimman hallinto-oikeuden päätös A:15.12.1998 T:2819. Ratkaisussaan KHO ei muuttanut Uudenmaan lääninoikeuden päätöstä (11.11.1997 D:1561/2300/97), jossa lääninoikeus oli katsonut tasa-arvolaissa kielletyksi palvelussuhteen jatkumisen rajoittamiseksi sen, että kuntayhtymä ei ollut valinnut viransijaisuutta koko edellisen vuoden hoitanutta naista uudelle sijaisuuskaudelle, koska tämä oli jäämässä äitiyslomalle. Lääninoikeuden mukaan kysymys oli jo ennestään määräaikaisessa palvelussuhteessa olevan henkilön määräyksen uusimatta jättämisestä, joten sillä seikalla ei ollut merkitystä, että nainen olisi tosiasiallisesti pystynyt hoitamaan virkaa vain noin kahden viikon ajan. Määräaikaisen palvelussuhteen katkeamisesta perhevapaaseen oli kyse myös mm. Turun hovioikeuden tuomiossa 8.7.2008 asiassa S 07/789, Itä-Suomen hovioikeuden tuomiossa 4.12.2008 asiassa S 08/404 ja Vaasan hovioikeuden tuomiossa 31.12.2008 asiassa S 08/165. Perusteettomasta määräaikaisesta työsuhteesta oli kyse mm. Kouvolan hovioikeuden tuomiossa 17.6.2009 asiassa S 08/1188 ja Helsingin hovioikeuden tuomiossa 26.6.2009 asiassa S 08/2133.

jatkumista tai riittävää korvausta (11 artikla 2 b kohta). Korvaus katsotaan riittäväksi silloin, kun se takaa työntekijälle vähintään samansuuruisen tulon kuin mitä hän saisi terveydellisistä syistä johtuvan poissaolon ajalta kansallisessa lainsäädännössä mahdollisesti määrätyn ylärajan puitteissa (11 artikla 3 kohta). Suomessa äitiyspäiväraha kytkeytyy sairauspäivärahan suuruuteen, mikä on sopusoinnussa EU:n lainsäädännön kanssa.

Kuten Anja Nummijärvi on monien muiden tutkijoiden tavoin tuonut esiin, EU-tuomioistuimen äitiysloman aikaista samapalkkaisuutta koskevat tapaukset ilmentävät osin vanhaa käsitystä raskaussyrjinnän luonteesta.[336] Tapauksessa *Gillespie* (C-342/93) kantajat vetosivat EU-tuomioistuimen luomaan uuteen doktriiniin (ns. *but for* -testiin) ja esittivät, että palkanmenetykset äitiysloman ajalta merkitsevät välitöntä sukupuolisyrjintää. Tuomioistuin kuitenkin totesi, että ”äitiyslomalla olevat naiset ovat erityistilanteessa, jossa heille on annettava erityissuojelua mutta jota ei voida rinnastaa sellaisen miehen tai naisen tilanteeseen, joka tosiasiallisesti käy työssä”.[337] Koska äitiyslomalla olevat eivät ole vertailukelpoisessa tilanteessa muiden työntekijöiden kanssa, syrjintäolettamaakaan ei näin ollen synny. Tämä ns. vertailukelpoisuustesti poikkeaa olennaisesti siitä, miten raskaussyrjintää pääsääntöisesti tulisi arvioida. Kuten monet tutkijat ovat todenneet, EU-tuomioistuin oli *Gillespie*-tapauksessa hyvin poliittisen kysymyksen äärellä.[338] Koska välittömään syrjintään ei liity oikeuttamisperusteita, tuomioistuin joutui kiertämään hyväksyttäviin syihin liittyvän punninnan tavalla, joka ei ole täysin yhteensopiva aiemmin luodun doktriinin kanssa ja joka ei ainakaan selvennä syrjinnän käsitteen logiikkaa. Tuomioistuin on myöhemmissä äitiyslomaa koskevissa palkkasyrjintätapauksissa pitäytynyt tulkinnassaan, ja todennut mm. *Boyle*-tapauksessa (C-411/96), että äitiyslomalla olevia ei voi rinnastaa myöskään sairauslomalla oleviin, joten heitä voitiin kohdella palkkauksessa eriarvoisesti.

Hieman ristiriitaisen tuntuisesti EU-tuomioistuin päätyi *Gillespie*-tapauksessa (ja myöhemmin tapauksessa *Alabaster* C-147/02) toteamaan, että äitiysvapaan ajalta maksettavassa palkassa – jos sitä siis on päätetty maksaa – on otettava huomioon työpaikalla ennen äitiyslomaa tai sen aikana toteutuneet palkankorotukset. Tuomioistuin toteaa, että ”[j]os naistyöntekijälle ei maksettaisi tällaista korotusta hänen äitiyslomansa ajalta, häntä syrjittäisiin työntekijänä, koska hän olisi saanut korotetun palkan, jos hän ei olisi ollut raskaana”.[339] Tuomioistuin siis katsoi, että palkankorotuksen osalta äitiysvapaalla olevat työntekijät ovat samanlaisessa, vertailukelpoisessa tilanteessa muiden, työssä olevien työntekijöiden kanssa. Perhevapaalta palaavalla työntekijällä on näin ollen oikeus

336 Nummijärvi 2004, 237 ja 249–252.
337 Tapaus *Gillespie* C-342/93, tuomion 17 kohta.
338 Ks. esim. Nummijärvi 2004; Prechal 2004; Hervey – Shaw 1998.
339 Tapaus *Gillespie* C-342/93, tuomion 22 kohta.

niihin työehtojen parannuksiin, jotka hän olisi saanut, ellei olisi jäänyt perhevapaalle. Äitiysvapaalla olevan työntekijän tulee myös saada samat edut muun muassa eläkkeen kertymisen ja vuosiloman suhteen kuin jos hän ei olisi tullut raskaaksi ja jäänyt äitiysvapaalle.[340]

Raskaus- ja perhevapaatapauksissa näyttäisi ylipäänsä olevan niin, että EU-tuomioistuimen kannan mukaan raskaana ja äitiysvapaalla olevan *aiempaan tai tulevaan työntekijäasemaan* ei saa vaikuttaa huonontavasti se, että työntekijä juuri nyt on raskaana tai perhevapaalla. Esimerkiksi tapauksessa *Sass* (C-284/02) EU-tuomioistuin totesi, että EU-oikeudessa naispuolista työntekijää suojataan työsuhteessa kaikelta epäedulliselta kohtelulta, joka perustuu siihen, että hän on ollut äitiyslomalla.[341] *Äitiysvapaalta palaavan työntekijän tulee siis työhön palatessaan olla samassa tilanteessa, missä hän olisi ollut, jos ei olisi ollut äitiysvapaalla.*

Jos työntekijä on raskauteen liittyvän sairauden vuoksi poissa töistä ennen kuin äitiysvapaa on ehtinyt alkaa, ei kokonaispalkkaa tarvitse säilyttää ennallaan. *McKenna*-tapauksessa (C-191/03) tuomioistuin tosin katsoi, että palkka tai korvaus ei saa tällöin olla pienempi kuin työntekijällä, joka on poissa töistä jonkin muun sairauden vuoksi. *Pedersen*-tapauksessa (C-66/96) tuomioistuin katsoi, että jos työntekijällä on kansallisen lainsäädännön mukaan oikeus saada täyttä palkkaa sairauteen perustuvassa työkyvyttömyystilanteessa, samapalkkaisuussäännökset edellyttävät täyden palkan maksamista myös ennen äitiysloman alkua olevan raskauteen liittyvän työkyvyttömyyden aikana. Suomessa raskaana olevan työntekijään sovelletaan samoja säännöksiä kuin muista syistä sairauslomalla oleviin työntekijöihin.[342] Tässä suhteessa raskaus rinnastetaan siis edelleen sairauteen.

Oikeudellisesti hankala kysymys on ollut se, tuleeko erilaisia palkanlisiä maksaa myös perhevapaalla oleville. Näitä kysymyksiä on pohdittu niin Suomessa kuin EU-tuomioistuimessakin. EU-tuomioistuin on ratkaisuissaan kiinnittänyt huomiota lisän tai korvauksen luonteeseen ja tarkoitukseen. Se on todennut, että äitiysvapaa ei saa pienentää sellaisia palkanlisiä, joilla on tarkoitus palkita tehdystä työstä. *Lewen*-tapauksessa (C-333/97) tuomioistuin katsoi, että työnantajan maksama joulubonus oli tällainen korvaus tehdystä työstä, ja äitiysvapaa tuli bonusta laskettaessa rinnastaa työskentelykausiin. Muutoin nainen tulisi syrjityksi, sillä ellei hän olisi ollut raskaana, tuo aika olisi laskettu työskentelykaudeksi. Ahtela ym. ovat katsoneet, että vastaavasti esimerkiksi tulos- ja voittopalkkioita laskettaessa äitiysvapaa tulee rinnastaa työskentelykaudeksi.[343] Myös tasa-arvovaltuutettu on katsonut, että voittopalkkion jakoperuste

---

340 KM 2002:9, 85. Ks. mm. tapaukset *Boyle* C-411/96 ja *Thibault* C-136/95.

341 Tapaus *Sass* C-284/02, tuomion 35 kohta. Näin myös Caracciolo di Torella – Masselot 2001.

342 Ahtela ym. 2006, 133–139; Nummijärvi 2004, 260–265.

343 Ahtela ym. 2006, 136.

on tasa-arvolain vastainen, jos nainen menettää äitiysvapaan vuoksi oikeuden voittopalkkioon kokonaan tai osittain.[344] Erilaiset kannustepalkkiot, joiden tarkoituksena on kannustaa työntekijöitä heidän tulevissa työsuorituksissaan tai joiden tarkoituksena on saada työntekijä pysymään työnantajan palveluksessa, voidaan äitiysvapaalla olevalle jättää kuitenkin maksamatta.[345]

Tapauksessa *Parviainen* (C-471/08) EU-tuomioistuin katsoi, että raskaana olevan työntekijän, joka oli siirretty raskautensa vuoksi väliaikaisesti muihin tehtäviin, on saatava peruspalkkansa lisäksi ammatilliseen asemaansa liittyvät palkanosat ja lisät, kuten esimiesasemaan, palvelusajan pituuteen ja ammatilliseen pätevyyteen liittyvät lisät. Sen sijaan lisiä, jotka ovat luonteeltaan korvausta muun muassa vaikeista työoloista, ei toisiin tehtäviin siirretylle tarvitse maksaa, jos maksamisen edellytykset eivät väliaikaisessa työssä täyty. Kyse oli Finnairilla työskentelevästä purserista, joka siirrettiin raskautensa takia väliaikaisesti maatyöhön. Tapauksessa *Gassmayr* (C-194/08) EU-tuomioistuin vahvisti tapauksessa *Parviainen* muotoilemansa tulkintasäännöt.[346]

Suomen työtuomioistuimessa on käsitelty muutamia erilaisiin lisiin liittyviä tapauksia. Näissä tapauksissa tuomioistuin on viitannut *Gillespie*- ja *Boyle*-tapauksiin todetessaan, että äitiysvapaan aikaisen palkan ei tarvitse vastata työssä käyvälle tai sairauslomalla olevalle työntekijälle maksettavaa palkkaa lisineen ja korvauksineen. Syrjintää ei tuomioistuimen mukaan ole se, että äitiysvapaan palkkaan ei lasketa kuuluvaksi tuntikohtaisia lisiä kuten vuosilomapalkkaa ja sairausajan palkkaa laskettaessa (TT 2003:86), tai se, että työntekijällä ei ole oikeutta arkipyhäkorvaukseen palkallisen äitiysloman aikana, vaikka muun muassa sairauslomalla olevalla työntekijällä tällainen oikeus on (TT 2010:139). Sen sijaan kokemuslisää koskevassa jutussa työtuomioistuin katsoi, että äitiys- ja vanhempainvapaa-aika on otettava huomioon kokemuslisää laskettaessa (TT 1998:34). Tuomiossa todettiin muun muassa, että kokemuslisäjärjestelmän tavoitteet ja päämäärät eivät edellytä äitiys- ja vanhempainvapaiden rajaamista sen ulkopuolelle.[347]

Arkipyhäkorvausta koskeva tapaus (TT 2010:139) on syytä nostaa tässä erityisesti esille. Eri mieltä olleen jäsen Sillanpään lausunto (johon jäsen Lehto yhtyi) antaa hyvän esimerkin siitä, miten eri doktriinien välinen vuoropuhelu voi käytännössä toimia. Erimieliset jäsenet viittasivat muun muassa perustuslain 22 §:n velvoitteeseen turvata perus- ja ihmisoikeuksien toteutuminen, ja katsoivat, että se, ketä syrjintätapauksessa pidetään verrokkina, on usein tulkinnanvaraista. Tapauksessa he olisivat pitäneet luontevana verrokkina miestä tai

---

344 Tasa-arvovaltuutetun lausunnot Dnro 11/53/98 ja 5/53/99.

345 Ks. tapaus *Lewen* C-333/97; Nieminen, Kimmo 2005, 133.

346 Ks. aiheesta myös Nummijärvi 2004, 265–268 ja Nieminen, Kimmo 2005, 131.

347 EU-tuomioistuin on käsitellyt työkokemukseen perustuvia palkanlisiä tapauksissa *Danfoss II* (109/88), *Nimz* (C-184/89), *Gerster* (C-1/95), *Hill ja Stapleton* (C-243/95) ja *Cadman* (C-17/05).

työssä olevaa naista, ja katsoneet työntekijän olevan oikeutettu arkipyhäkorvaukseen, sillä ”ellei hän olisi ollut vain naisille tarkoitetulla perhevapaalla” myös hänelle olisi maksettu tuo korvaus. Arvioinnissa käytettiin siis *but for* -testiä vertailutestin sijaan. Tulkinnassa erimieliset jäsenet katsoivat ottavansa huomioon perusoikeusmyönteisen laintulkintaperiaatteen, joka korostaa oikeudellista yhdenvertaisuutta ja tosiasiallista tasa-arvoa.

Vaikka lainsäädäntö ei edellytä, että äitiysvapaan ajalta maksetaan palkkaa, monien työ- ja virkaehtosopimusten perusteella työntekijällä on oikeus saada palkkaa äitiysvapaan ajalta. Raskaussyrjintädirektiivin 11 artiklan 4 kohdan mukaisesti palkanmaksulle voidaan asettaa kuitenkin lisäehtoja. Työ- ja virkaehtosopimuksissa onkin varsin yleisesti asetettu palkanmaksulle lisäehtoja, jotka esimerkiksi edellyttävät tietynpituista työssäoloaikaa palkanmaksuoikeuden syntymiseksi. Näiden määräysten suhde syrjinnän kieltoon on noussut ongelmaksi Suomessa.

EU-tuomioistuimen käsittelemässä *Kiiski*-tapauksessa (C-116/06) kyse oli siitä, että virka- ja työehtosopimuksen määräys myönnetyn hoitovapaan ajankohdan ja pituuden muuttamisesta esti viranhaltijaa siirtymästä uudelle (palkalliselle) äitiysvapaalle. Määräys tarkoitti Kiiskelle sitä, että hän ei voinut siirtyä hoitovapaalta suoraan uudelle palkalliselle äitiysvapaalle uuden lapsen synnyttyä. Hän siis menetti palkallisen äitiysvapaan toisen lapsensa osalta. Työehtosopimuksen mukaan viranhaltijalla oli oikeus muuttaa myönnetyn hoitovapaan ajankohtaa ja pituutta ennalta arvaamattomasta ja perustellusta syystä. Perusteltuna syynä pidettiin sellaista ennalta arvaamatonta ja oleellista muutosta lapsen hoitamisedellytyksissä, jota työntekijä ei ole voinut ottaa huomioon silloin, kun hän on hakenut hoitovapaata. Tällainen perusteltu syy oli esimerkiksi lapsen tai toisen vanhemman vakava sairastuminen tai kuolema taikka avioero. Sen sijaan perusteltuja syitä eivät yleensä olleet esimerkiksi toiselle paikkakunnalle muuttaminen, toisen palvelussuhteen syntyminen tai uusi raskaus.

EU-tuomioistuin katsoi, että työehtosopimuksen määräys, joka esti henkilöä käyttämästä äitiyslomaan liittyviä oikeuksiaan, rikkoi syrjinnän kieltoa. Verrokkiryhmäksi tuomioistuin katsoi sen hoitovapaalla olevan työntekijöiden ryhmän, joka halusi muuttaa hoitovapaansa ajankohtaa tai pituutta vedoten esimerkiksi lapsen tai toisen vanhemman vakavaan sairastumiseen tai kuolemaan taikka avioeroon. Uuden lapsen syntymisestä aiheutuva elinolosuhteiden muutos voitiin tuomioistuimen mukaan rinnastaa näihin muihin perusteisiin, ja ”vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan yhdenvertaisuutta ja syrjintäkieltoa koskevien periaatteiden noudattaminen edellyttää, että toisiinsa rinnastettavia tapauksia ei kohdella eri tavalla eikä erilaisia tapauksia kohdella samalla tavalla, ellei tällaista kohtelua voida objektiivisesti perustella”.[348] Tuomioistuin siis edellytti, että Kiiskellä tuli olla mahdollisuus siirtyä uudelle palkalliselle äitiysvapaalle

[348] Tapaus *Kiiski* C-116/06, tuomion 54 kohta.

suoraan hoitovapaalta, koska muillakin Kiiskeen rinnastettavilla ryhmillä oli tällainen mahdollisuus.

Suomessa tasa-arvolautakunta on lausunnossaan N:o L 1/2010 katsonut syrjiväksi työehtosopimuksen määräyksen, jonka mukaan uuden palkallisen äitiysvapaajakson edellytyksenä on tietyn pituinen työskentely kahden eri synnytyksen välillä.[349] Lautakunta totesi ensinnäkin, että vaikka lisäehtojen asettaminen äitiysvapaan aikaiselle palkanmaksulle on mahdollista, niitä ei voi asettaa syrjivästi.

Lautakunta totesi, että eri asemaan asetetut työntekijät erosivat toisistaan äitiysvapaan alkamisajankohdan osalta. Kantaja oli jäänyt äitiysvapaalle työssäoloehtoon nähden liian aikaisin, eli hänen raskautensa ja äitiysvapaalle jäämisensä (”liian varhaisessa vaiheessa”) katsottiin epäedullisen kohtelun perusteeksi. Jos hän ei toisin sanoen olisi tullut raskaaksi tai synnyttänyt ”liian aikaisin”, hän ei olisi saanut osakseen epäedullista kohtelua.

Lautakunta totesi, että ne äitiysvapaalle jäävät työntekijät, jotka eivät täytä työssäoloehtoa, ovat vertailukelpoisessa tilanteessa niiden työntekijöiden kanssa, jotka ovat perhevapaiden välillä ehtineet työskennellä työssäoloehdon ajan tai jotka ovat olleet esimerkiksi raskaudesta johtuvan sairauden vuoksi työssäoloajaksi laskettavalla sairauslomalla työssäolojakson aikana. Ryhmien vertailukelpoisuutta lautakunta perusteli sillä, että työssäoloehdon täyttyminen riippuu usein sattumanvaraisista seikoista eikä niinkään työntekijöiden omasta suunnitelmallisuudesta. Esimerkiksi ennenaikaista synnytystä tai raskaudesta johtuvaa sairautta voi harvoin omalla toiminnallaan estää, eikä ylipäätään uuden raskauden alkamisesta ole aina mahdollista tehdä täsmällisiä suunnitelmia.

Kahta samantapaista asiaa on käsitelty myös työtuomioistuimessa. Tapauksissa TT 2011:107–108 kyse oli siitä, voidaanko työehtosopimuksella asettaa äitiysvapaan palkan maksamiselle sellainen rajoitus, että palkkaa ei makseta työntekijälle, joka jää uudelle äitiysvapaalle suoraan palkattomalta hoitovapaalta. Työtuomioistuin päätti 28.9.2011 pyytää asioissa ennakkoratkaisua EU-tuomioistuimelta tasa-arvodirektiivin 2006/54/EY ja raskaussuojeludirektiivin 92/85/EY tulkinnasta.[350] Tapauksia voi lähestyä monesta eri näkökulmasta. Työ-

---

349 Tasa-arvolautakunnan lausunto N:o L 1/2010.

350 Julkisasiamies Kokott antoi 21.2.2013 ratkaisuehdotuksensa näissä yhdistetyissä asioissa C-512/11 ja C-513/11. Ratkaisuehdotuksessaan Kokott katsoi, ettei tapauksissa ollut rikottu raskaussuojeludirektiiviä 92/85/ETY, tasa-arvodirektiiviä 2006/54/EY eikä vanhempainvapaadirektiiviä 96/34/EY. Kokott perusteli tulkintaansa ensinnäkin sillä, että raskaussuojeludirektiivi ei edellytä palkanmaksun jatkumista äitiysvapaalla, kunhan äitiysvapaan aikainen korvaus täyttää direktiivissä asetetut vaatimukset. Toiseksi Kokott totesi, että tapauksissa miespuoliset ja naispuoliset työntekijät eivät ole vertailukelpoisessa tilanteessa, joten syrjintäolettamaakaan ei voi syntyä. Tapauksissa eri asemaan joutuivat kaksi naispuolisista työntekijöistä koostuvaa ryhmää, joten Kokottin tulkinnan mukaan asiaa ei voi arvioida tasa-arvodirektiivissä tarkoitettuna sukupuolisyrjintänä (kohdat 53–54). Kokottin tulkinnan mukaan kyse ei voi olla myöskään vanhempainvapaadirektiivissä tarkoitetusta syrjinnästä. Kokott totesi, että naisia, jotka ovat hoitovapaalla

tuomioistuin totesi, että asiassa on epäselvää, tulisiko syrjintäolettaman luomiseksi tehdä vertailukelpoisuustesti, jolloin huomio kiinnittyisi sopivan verrokin etsintään ja vertailukelpoisuuden arvioimiseen, vai *but for* -testi, joka on raskaussyrjintätapauksissa ollut pääsääntönä. Toiseksi on arvioitava sitä, erottaako äitiysvapaalle siirtyviä työntekijöitä ylipäänsä mikään kielletty syrjintäperuste.

Kuten tasa-arvovaltuutettu on lausunnossaan TAS/39/2008 katsonut, ”menettely, jossa äitiysvapaalla olevia työntekijöitä kohdellaan keskenään eri tavalla, *ei pelkästään tällä perusteella* synnytä olettamaa synnytyksestä johtuvaan syyhyn perustuvasta syrjinnästä eikä pelkästään tästä syystä kuulu tasa-arvolaissa kielletyn menettelyn piiriin”. Kielletty syrjintäperuste ei tällöin erota vertailtavia henkilöitä. Tapauksessa äitiysvapaalle jäävät työntekijät kuuluivat eri työehtosopimusten piiriin, joten osalle maksettiin palkkaa äitiysvapaan ajalta, osalle ei. Valtuutettu kuitenkin huomautti lausunnossaan, että menettely voi olla työsopimuslaissa säädetyn tasapuolisuusvelvoitteen vastaista.

Itse kiinnittäisin huomiota myös siihen, että kyse voi olla paitsi työsopimuslain tasapuolisuusvelvoitteen rikkomisesta, myös perustuslain 6 §:n loukkauksesta. Vaikka työntekijöiden ei katsottaisi eroavan kielletyn syrjintäperusteen osalta, olisi asiaa tarkasteltava yhdenvertaisuussäännöksen kannalta, kuten työtuomioistuimen luotsitapauksessa ja eduskunnan oikeusasiamiehenkanslian virkamiesten palkkausta koskevassa asiassa. Tällöin voidaan tarkastella sitä, onko samanlaisten erilainen kohtelu kuitenkin oikeutettua. Tällaiseen johtopäätökseen voidaan hyvinkin päätyä, jos katsotaan, että työehtosopimuksiin tehdyt rajoitukset äitiysvapaan ajan palkanmaksulle ovat suhteellisuusperiaatteen mukaiset.

Tasa-arvolain mukaisten syrjinnän kieltojen näkökulmasta hahmottaisin tapaukset TT 2011:107–108 seuraavasti. Tapauksia ei EU-tuomioistuimen aiemman ratkaisukäytännön perusteella voida arvioida raskaussyrjintään pääsääntöisesti sovellettavan *but for* -testin kautta. Syrjintäolettamaa ei toisin sanoen voida konstruoida itsevertailun perusteella. Äitiysvapaan ajalta ei voida vaatia palkanmaksun jatkumista vetoamalla siihen, että palkanmaksu olisi jatkunut,

---

ja joilla ei sen perusteella ole oikeutta palkanmaksun jatkumiseen siirtyessään äitiysvapaalle, ei syrjitä sellaisiin naisiin nähden, jotka tulevat raskaaksi harjoittaessaan aktiivisesti ammattitoimintaansa. On nimittäin Kokottin mukaan ”selvästi kyseenalaista, että näiden ryhmien tilanteet olisivat keskenään vertailukelpoiset. Työntekijän, joka on jo palkattomalla hoitovapaalla, tarve rahoituksellisiin joustoihin äitiysloman aikana on pienempi kuin työntekijän, joka harjoittaa aktiivisesti ammattitoimintaa raskaaksi tullessaan. Työntekijä, joka on jo palkattomalla hoitovapaalla, on nimittäin jo sopeutunut olemaan tietyn ajanjakson ilman tuloja; tulojen menetys ei tapahdu hänelle täten odottamatta.” (Ratkaisuehdotuksen kohdat 79–80.) Lisäksi Kokott katsoi, että töihin palaamisen kannustaminen on tavoitteena yhteensopiva vanhempainvapaadirektiivin 96/34 kanssa ja on siten oikeutettu. Toimenpide vaikuttaa Kokottin mukaan myös tarpeelliselta ja suppeasti tarkasteltuna oikeasuhteiselta. (Ratkaisuehdotuksen kohdat 82–83). Julkisasiamiehen ratkaisu osoittaa mielestäni erittäin hyvin, kuinka arvosidonnaista sekä eri ryhmien välisen vertailukelpoisuuden että syrjintäolettaman kumoavien oikeuttamisperusteiden arviointi on.

”ellei nainen olisi tullut raskaaksi”. Jos verrokkiryhmäksi taas katsotaan ne naiset, jotka jäävät äitiysvapaalle muutoin kuin suoraan hoitovapaalta, on arvioitava ensinnäkin kysymystä, eroavatko nämä ryhmät ylipäänsä toisistaan jonkin kielletyn syrjintäperusteen osalta. Toiseksi on arvioitava, ovatko ryhmät vertailukelpoisia. Tasa-arvolautakunta katsoi lausunnossaan Dnro 1/2010, että puolen vuoden työssäoloehto äitiysvapaan palkanmaksulle on syrjivä, koska työssäoloehdon täyttyminen voi riippua sattumanvaraisista seikoista. Työtuomioistuimessa käsiteltävissä tapauksissa kiistanalainen työssäoloehto on erilainen. Palkanmaksun edellytyksenä ei ole tietynpituinen työskentelykausi ennen seuraavaa äitiysvapaata. Ehtona on vain, että suoraan hoitovapaalta ei voi siirtyä uudelle äitiysvapaalle.

Tilanne on mielestäni luontevimmin hahmotettavissa vanhemmuussyrjinnän kautta. Huonompaan asemaan joutuivat nimittäin sellaiset työntekijät, jotka olivat käyttäneet oikeuttaan hoitovapaaseen jäädessään uudelleen äitiysvapaalle. Tällöin kyse olisi välillisestä syrjinnästä, ellei työnantaja kykene esittämään menettelylleen hyväksyttäviä oikeuttamisperusteita. Menettelyllä tulee toisin sanoen olla hyväksyttävä tavoite. Perusoikeusmyönteisen laintulkinnan mukaisesti tavoitteen tulee olla myös perusoikeusjärjestelmän kannalta hyväksyttävä. Lisäksi valittujen keinojen tulee olla aiheellisia ja tarpeellisia tähän tavoitteeseen nähden. Erottelulla on toisin sanoen oltava tosiasialliset mahdollisuudet saavuttaa sääntelylle asetetut päämäärät. Lisäksi on arvioitava, olisivatko perusoikeusjärjestelmän kannalta hyväksyttävät tavoitteet saavutettavissa jollain vaihtoehtoisella, syrjimättömällä tavalla. Sääntelyn tulee olla myös oikeasuhtaista. Rajoitus ei saa olla epäsuhteessa sillä tavoiteltavaan päämäärään.

4.3.5 Irtisanominen

Sekä tasa-arvolaissa että työsopimuslaissa on säännös raskaana olevan irtisanomiskiellosta (tasa-arvolain 8 § 1 momentin 5 kohta ja työsopimuslain 7 luvun 9 §). Tasa-arvodirektiivin 2006/54/EY 14 artiklan 1 kohdan mukaan julkisella tai yksityisellä sektorilla, julkiset laitokset mukaan lukien, ei saa olla välitöntä tai välillistä sukupuoleen perustuvaa syrjintää työehdoissa ja työoloissa, mukaan lukien irtisanominen (c alakohta). Raskaussuojeludirektiivin 92/85/ETY 10 artiklassa kielletään irtisanominen raskauden alkamisen ja äitiysloman loppumisen välisenä aikana.[351]

---

[351] Tapauksessa *Mayr* (C-506/06) nousi esiin mielenkiintoinen tulkintakysymys siitä, milloin raskauden voidaan katsoa alkaneen. Kyse oli sellaisena ajankohtana tapahtuneesta irtisanomisesta, jolloin hedelmöityshoitoja saaneen työntekijän munasolu oli hedelmöitetty koeputkessa, mutta niitä ei ollut vielä ehditty siirtää hänen kohtuunsa. EU-tuomioistuin katsoi, että raskaussuojeludirektiivin 10 artiklaa ei ollut rikottu, mutta että kyse oli tasa-arvodirektiivin 76/207/ETY vastaisesta syrjinnästä, jos irtisanominen perustui siihen, että työntekijälle annettiin hedelmöityshoi-

Kuten Ahtela ym. toteavat, työntekijän irtisanominen raskauden perusteella ei edellytä vertailua toiseen työntekijään, sillä irtisanotulle koitunut haitta ilmenee ilman vertailuakin.[352] Raskaana olevilla ja perhevapaita käyttävillä työntekijöillä on muutoinkin tehostettu työsuhdeturva, sillä heitä ei työsopimuslain mukaan saa irtisanoa edes tuotannollis-taloudellisista syistä ennen kuin he palaavat perhevapaalta, ellei työnantajan toiminta pääty kokonaan (TSL 7:9). Vaikka työsopimuksen purkaminen koeajalla ei edellytä irtisanomis- tai purkuperusteiden olemassaoloa, työsopimusta ei koeajallakaan saa työsopimuslain mukaan (TSL 1:4.4) purkaa syrjivillä tai muutoinkaan koeajan tarkoitukseen nähden epäasiallisilla perusteilla. Työsopimuksen purkaminen koeajalla raskauden tai perhevapaan vuoksi on aina kiellettyä syrjintää.[353]

EU-tuomioistuin katsoi jo vuonna 1994 tapauksessa *Habermann-Beltermann* (C-421/92), että irtisanominen raskauden perusteella on kiellettyä syrjintää. Tapauksessa saksalainen sairaanhoitaja Gabriele Habermann-Beltermann oli aloittanut huhtikuussa 1992 työt eräässä vanhainkodissa. Perhesyistä hän teki ainoastaan yövuoroja. Pian hän kuitenkin huomasi olevansa raskaana. Kerrottuaan tästä työnantajalleen tämä irtisanoi hänet, sillä Saksan lainsäädännön mukaan raskaana olevien naisten yötyö oli kiellettyä. EU-tuomioistuin katsoi, että kyse oli välittömästä sukupuolisyrjinnästä kuten aiemmin käsitellyssä *Dekker*-tapauksessakin.

Muutamaa kuukautta myöhemmin EU-tuomioistuin antoi ratkaisunsa asiassa *Webb* (C-32/93). Englantilainen Carole Webb oli palkattu erääseen yhtiöön äitiyslomalle lähtevän työntekijän sijaiseksi. Tarkoitus oli jatkaa työsuhdetta myös sijaisuuden päätyttyä. Muutaman viikon kuluttua myös Webb huomasi olevansa raskaana, minkä vuoksi työnantaja irtisanoi hänet. Tuomioistuin totesi edelleen, että työntekijän irtisanominen hänen raskautensa perusteella on välitöntä sukupuoleen perustuvaa syrjintää. Tuomioistuin jatkoi, että EU-oikeudessa naiselle hänen raskautensa aikana ja synnytyksen jälkeen taattu suoja ei saa olla riippuvainen siitä, onko asianomaisen läsnäolo hänen raskautensa aikana välttämätön yrityksen asianmukaiselle toiminnalle, eikä työntekijän irtisanomista raskauden perusteella voida perustella sillä, että työntekijä on väliaikaisesti estynyt tekemästä työtä, johon hänet on palkattu.[354] Irtisanomisen valmistelu perhevapaan aikana on yhtä lailla syrjivää, vaikka itse irtisanominen tapahtuisi perhevapaan jälkeen.[355]

---

toa. Tuomioistuin perusteli ratkaisuaan mm. sillä, että jos raskaussuojeludirektiivin 10 artiklan katsottaisiin ulottuvan myös tällaisiin tilanteisiin, irtisanomissuojaa voisi saada jopa useita vuosia, jos hedelmöittyneen munasolun siirtoa kohtuun syystä tai toisesta lykätään. (Ks. tuomion kohta 42.)

352 Ahtela ym. 2006, 152.

353 Ahtela ym. 2006, 153–154; Nieminen, Kimmo 2005, 159–161.

354 Tapaus *Webb* C-32/93, tuomion 26 ja 27 kohdat.

355 Ks. tapaus *Paquay* C-460/06.

EU-tuomioistuimessa on käsitelty useita tapauksia, jotka ovat koskeneet irtisanomista raskauteen liittyvän sairauden johdosta. Tapauksia on kritisoitu, sillä ne poikkeavat osittain aiemmista, *Dekker*-tapaukseen pohjautuvista ratkaisuista, ja näyttävät myös vesittävän doktriinin raskaussyrjinnästä välittömänä syrjintänä, joka ei edellytä vertailua.[356] Ensimmäisessä tapauksessa *Herz* (C-179/88) vuodelta 1990 tuomio annettiin samana päivänä kuin asiassa *Dekker*. Tapauksessa tanskalaisen Aldi-Markedin kassanhoitaja-myyjä Birthe Herz oli irtisanottu äitiyslomansa jälkeen toistuvien sairauspoissaolojen vuoksi. Sairaus oli ollut seurausta raskaudesta ja synnytyksestä. Tuomioistuin totesi tuomiossaan, että ”koska kysymyksessä on äitiysloman jälkeen ilmaantunut sairaus, ei ole syytä erottaa raskaudesta tai synnytyksestä johtuvaa sairautta mistä tahansa muusta sairaudesta. Näin ollen tällainen patologinen tila kuuluu sairaustapauksiin sovellettavan yleisen järjestelmän soveltamisalaan”. Tuomioistuin jatkoi, että ”nais- ja miespuoliset työntekijät ovat yhtä lailla sairaudelle alttiita. Vaikka pitää paikkansa, että tietyt vaivat ovat jommallekummalle sukupuolelle ominaisia, on kysymys vain siitä, onko nainen irtisanottu samoin edellytyksin kuin mies sairaudesta aiheutuneiden poissaolojen vuoksi. Jos näin on, kysymyksessä ei ole sukupuoleen perustuva välitön syrjintä”.[357]

Tapauksessa *Larsson* (C-400/95) tanskalainen Helle Larsson oli joutunut jo raskausaikanaan olemaan sairauslomalla töistään Fotex Supermarkedista raskaudesta johtuvan lantionseudun veltostumisen vuoksi. Vaiva jatkui vielä äitiysloman jälkeenkin, ja lopulta työnantaja irtisanoi Larssonin. Tuomioistuin totesi edelleen, että ”vaikka tietyt vaivat ovat tyypillisiä toiselle sukupuolelle, on ainoastaan selvitettävä, irtisanotaanko nainen sairaudesta johtuvan poissaolon perusteella samoin edellytyksin kuin miespuolinen työntekijä; jos näin on, kyseessä ei ole sukupuoleen välittömästi perustuva syrjintä”.[358] Irtisanomisesta ei tehnyt syrjivää se, että se perustui raskaudesta johtuvaan sairauteen.

Tapauksessa *Brown* (C-394/96) kyse oli edelleen irtisanomisesta raskaudesta johtuvan sairauden perusteella. Englantilainen Mary Brown työskenteli autonkuljettajana Rentokil-nimisessä yhtiössä. Hänen raskautensa aikana ilmeni komplikaatioita, ja raskaan työnsä vuoksi hän joutui jäämään sairauslomalle. Brown irtisanottiin jo raskauden aikana ennen synnytystä. Ratkaisussaan EU:n tuomioistuin totesi, että ”vaikka raskaudentila ei mitenkään olekaan rinnastettavissa jostakin sairaudesta aiheutuneeseen terveydentilan heikkenemiseen on silti todettava että raskausaika on ajanjakso, jonka kuluessa mahdollisesti yllättäenkin esiintyy sellaisia vaivoja ja komplikaatioita, joiden johdosta naisen on pysyttävä lääkärin tarkassa valvonnassa ja tarpeen mukaan myös täydellisessä levossa koko raskautensa ajan tai osan siitä. Nämä vaivat

356 Ks. Nummijärvi 2004, 244–247.
357 Tapaus *Herz* C-179/88, tuomion 16 ja 17 kohdat.
358 Tapaus *Larsson* C-400/95, tuomion 18 kohta.

ja komplikaatiot, joista saattaa aiheutua työkyvyttömyys, ovat raskaudentilalle ominaisia vaaroja ja näin ollen tämän tilan erityispiirteitä".[359] Tuomioistuin jatkoi, että jos naisille myönnetään suojaa irtisanomista vastaan äitiysloman aikana, syrjintäkielto edellyttää samanlaista suojelua koko raskauden ajan. Kiellettyä syrjintää on näin ollen irtisanoa työntekijä paitsi äitiysloman myös raskauden aikana, jos sairauspoissaolot johtuvat raskauden aiheuttamasta sairaudesta. Jos taas sairaus ilmeneekin vasta äitiysloman jälkeen, tilannetta on arvioitava sairauksiin yleensä sovellettavan säännöstön kannalta. Tuomioistuin toteaa, että "tällaisessa tilanteessa on harkittava ainoastaan sitä, kohdellaanko äitiysloman jälkeen sattuneita, näistä vaivoista aiheutuneeseen työkyvyttömyyteen perustuneita naispuolisen työntekijän poissaoloja samalla tavoin kuin miespuolisen työntekijän työkyvyttömyyteen perustuvia samanpituisia poissaoloja; jos tämä vaatimus täyttyy, kysymys ei ole sukupuoleen perustuvasta syrjinnästä".[360]

Tuomiota on kritisoitu siitä, että raskaudesta johtuva pitempiaikainenkin sairaus liittyy olennaisesti naissukupuoleen, eikä äitiysloman loppuminen tätä asiaa muuksi muuta.[361] Lisäksi tällainen tulkinta tekee suojan riippuvaiseksi äitiysvapaan pituudesta, joka taas vaihtelee eri maissa. Raskaudesta johtuvasta sairaudesta kärsivän työntekijän vertaaminen sairastelevaan mieheen onkin askel taaksepäin arvioitaessa raskautta tasa-arvokysymyksenä. Irtisanomiskieltoa tulkitessa tulisikin ottaa huomioon myös se, että perustuslain 18 § 3 momentin mukaan ketään ei saa ilman lakiin perustuvaa syytä erottaa työstä. Lisäksi EU:n perusoikeuskirjan 33 artiklan mukaan jokaisella on oikeus suojaan irtisanomiselta äitiyteen liittyvän syyn vuoksi. Myös monissa ihmisoikeussopimuksissa kielletään irtisanominen raskauden perusteella. Tulkittaessa irtisanomiskieltoa perus- ja ihmisoikeusmyönteisellä tavalla on siis perusteita katsoa, että irtisanominen raskaudesta johtuvan sairauden perusteella olisi syrjivää riippumatta siitä, onko irtisanominen toteutettu äitiysvapaan aikana vai sen jälkeen.

---

359 Tapaus *Brown* C-394/96, tuomion 22 kohta.

360 Tapaus *Brown* C-394/96, tuomion 26 kohta.

361 Fredman 1992. Vrt. Ellis 1999b. *Brown*-tapausta kommentoidessaan Ellis toteaa, että raskaussuojan ulottaminen myös raskaudesta johtuvaan sairauteen ei ollut raskaussyrjinnän kiellon kannalta toivottava ratkaisu. Ellis viittaa mm. siihen, että tällöin raskaus rinnastetaan perusteettomasti sairauteen. Ellis toteaa lisäksi, että myös työnantajan irtisanomisoikeutta puoltavat seikat tulisi huomioida. Ks. myös Kilpatrick 1996. Kilpatrick kartoittaa (s. 85–86) tapauksista 1990-luvun alussa käytyä keskustelua, jossa osa katsoi, että raskaussuojaa ei ulotettu tarpeeksi pitkälle, ja osa taas katsoi, että EU-tuomioistuin jo nyt ulottanut suojan liian pitkälle.

4.3.6 Lopuksi

Tasa-arvo-oikeudessa raskauteen suhtaudutaan edelleen hieman ristiriitaisesti. Toisaalta on luotu hyvin tiukka systeemi, jossa työntekijän raskaus ei millään tavalla saa vaikuttaa hänen oikeuksiaan huonontavasti. Pääsäännön mukaan työntekijää on kohdeltava ikään kuin hän ei olisi raskaana tai äitiysvapaalla. Työntekijän *aiempaan tai tulevaan työntekijäasemaan* ei saa vaikuttaa huonontavasti se, että työntekijä on parhaillaan tai on ollut raskaana tai äitiysvapaalla. Esimerkiksi työhönotossa tai irtisanottaessa raskaussyrjintä on kiellettyä. Samoin äitiysvapaalla olevan tulee saada ne palkankorotukset ja muut työehtojen parannukset hyväkseen, jotka on toteutettu tämän äitiysloman aikana. Palkankorotukset vaikuttavat nimittäin työntekijän tulevaan työntekijäasemaan. Samalla perusteella äitiysvapaa tulee ottaa huomioon kokemuslisää kartuttavana aikana. Merkitystä ei ole sillä, että raskaana tai äitiyslomalla oleva ei itse asiassa ole vertailukelpoisessa tilanteessa muiden työntekijöiden kanssa. Tämän vuoksi ei voida myöskään sanoa, että vertailukelpoisen tilanteen vaatimus olisi yleinen oikeusperiaate syrjintäasioissa.

Miesnormista ollaan näin vähitellen siirtymässä kohti sukupuolieron huomioonottavaa lähestymistapaa raskauteen. Käytännössä raja on tullut vastaan palkkausta ja osin myös raskauteen liittyviä sairauspoissaoloja koskevissa kysymyksissä. Jos palkkakysymyksissä noudatettaisiin pääsääntöä, työntekijä voisi vaatia täyttä palkkaa myös äitiysvapaan ajalta, koska ”jos hän ei olisi tullut raskaaksi, hänelle olisi maksettu täysi palkka”. Koska työnantaja ei voi esittää hyväksyttäviä syitä raskaussyrjinnälle, palkkauskysymyksissä syrjintä on konstruoitu muutoin kuin itsevertailun kautta ja vertailukohteena on käytetty jonkin toisen ryhmän saamaa kohtelua. Tällöin on arvioitu myös vertailtavien ryhmien vertailukelpoisuutta. On todettu, että äitiysvapaan ajalta ei tarvitse maksaa palkkaa, sillä äitiysvapaalla olevia työntekijöitä ei voi rinnastaa sellaisen miehen tai naisen tilanteeseen, joka tosiasiallisesti käy työssä tai on esimerkiksi sairauslomalla. Samalla logiikalla katsottiin aiemmin, ettei eri asemaan asettaminen raskauden perusteella ole sukupuolisyrjintää lainkaan. Kun miespuolista verrokkia ei ollut saatavilla, katsottiin, että kyse ei voinut olla sukupuolisyrjinnästä.

Palkkasyrjintäasioissa omaksuttu lähestymistapa liittyy siihen, että välittömän syrjinnän doktriini perustuu EU-oikeudessa ns. suljetulle systeemille.[362] Suljetussa systeemissä syrjintäperusteiden luettelo on tyhjentävä, ja syrjinnän sääntely muutoinkin yksityiskohtaista. Tällöin välittömän syrjinnän kiellon johdonmukainen soveltaminen edellyttää syrjinnän kieltoon liittyvien poikkeuksien kirjaamista lakiin. Tämä edellytys liittyy syrjinnän kiellon käsitteen

[362] Prechal 2004. Ks. avoimien ja suljettujen systeemien erosta mm. Heringa 1999. Ks. myös Nummijärvi 2004, 280–283 ja 249–252.

sisäiseen logiikkaan ja lisää myös oikeusvarmuutta. EU-oikeuden doktriinissa tämä tarkoittaa sitä, että välittömän syrjinnän kiellosta ei voi poiketa kuin perustamissopimuksessa tai sekundaarilainsäädännössä säädettyjen poikkeuksien perusteella. Kuten Prechal toteaa, ns. suljettu systeemi on välittömän syrjinnän doktriinin heikkous ja vahvuus EU-oikeudessa. Vahvuus se on siinä mielessä, että syrjinnän kieltoon tehtävät poikkeukset ovat lainsäädäntöön kirjattuja, rajattuja ja selkeitä. Heikkoutena sitä voidaan pitää silloin, kun välittömän syrjinnän doktriinista tulee jäykkä ja joustamaton. Tällöin tuomioistuin joutuu kiperissä tilanteissa nojautumaan yhdenvertaisuusperiaatteeseen ja toteamaan, ettei kyseessä ole vertailukelpoinen tilanne.[363] Prechalin mukaan tällainen lähestymistapa on harvoin läpinäkyvä eikä perusteluja ole useinkaan helppoa seurata. Lisäksi vertailukelpoisuuden arviointiin voivat vaikuttaa subjektiiviset arvostelmat esimerkiksi sukupuolirooleista.[364]

Välittömän syrjinnän avaaminen avoimille oikeuttamisperusteille johtaisi kuitenkin moniin ongelmiin, kuten oikeusvarmuuden heikkenemiseen ja siihen, että tuomioistuimet saisivat lisää valtaa määrittää, mikä on hyväksyttävää eriarvoista kohtelua ja mikä kiellettyä syrjintää.[365] Toisaalta voidaan sanoa, että arviointi sen suhteen, mitkä ihmisryhmät ovat samanlaisia ja mitkä erilaisia, on sekin hyvin arvostuksenvaraista eikä lisää oikeusvarmuutta millään tavalla. Välittömän syrjinnän poikkeusten tulisikin olla laissa, ja sinne olisi syytä lisätä palkkausta koskeva poikkeus, ettei äitiysvapaaseen liittyvissä samapalkkaasioissa syrjintäolettamaa tarvitsisi konstruoida vertailtavuuselementin kautta. Raskauteen ja äitiyteen liittyvissä kysymyksissä on kovin vaikea muodostaa järkevää vertailuasetelmaa edes sellaisissa tilanteissa, joissa naisille koituva haitta on ilmeinen.

Äitiysvapaisiin liittyvät palkkasyrjintätilanteet ovat usein oikeudellisesti vaikeita eikä niihin aina saa oikeuslähteistä yksiselitteistä vastausta. Selvää on, että äitiysvapaata ja palkkasyrjintää koskeviin tapauksiin ei poikkeuksetta voida soveltaa raskaussyrjintää koskevaa pääsääntöä, jonka mukaan olennaista on arvioida vain sitä, miten olisi menetelty, jos työntekijä ei olisi tullut raskaaksi. Asian ratkaisun kannalta ydinkysymyksenä voitaneen pitää sitä, minkälaisesta palkkaetuudesta kulloinkin on kyse. Tarkasteltaessa etuuden tavoitetta ja päämäärää on arvioitava, miksi äitiysvapaalla olevat olisi asetettava juuri kyseisen etuuden suhteen samaan tai eri asemaan kuin muut työntekijät tai tietyt ryhmät, kuten sairauslomalla olevat. Tämä vastaa EU-tuomioistuimen tulkintaa siitä, kuinka vertailukelpoisuutta tulisi arvioida.[366] Raskaussyrjinnän kiellon logiik-

---

363 Ks. esim. Prechal 2004; McColgan 2006; Burri – Prechal 2008; Costello – Davies 2006.

364 Prechal 2004, 545–546.

365 Ks. etenkin Ellisin esittämä kritiikki (1998).

366 Kuten olen aiemmin tuonut esiin, EU-tuomioistuimen mukaan tilanteiden vertailukelpoisuutta on tutkittava erityisesti erilaisen kohtelun vahvistavan sääntelyn tavoitteeseen nähden. Ks. esim. tapaus *Kleist* C-356/09.

kaa vähemmän rikkova keino olisi kuitenkin vertailtavuusperiaatteen soveltamisen sijaan luetella raskaussyrjintää koskevat, kuten palkkaukseen liittyvät poikkeukset, lain tasolla, jolloin vertailtavuustestiin ei olisi tarvetta. Tällöin ei tarvitsisi poiketa siitä pääsäännöstä, jonka mukaan raskaussyrjinnässä arvioidaan vain sitä, miten työntekijää itseään olisi kohdeltu, jos hän ei olisi tullut raskaaksi.

Myös äitiyteen ja vanhemmuuteen liittyvissä syrjintätapauksissa tulisi huomioida perus- ja ihmisoikeuskonteksti. Esimerkiksi tapauksessa TT 2003:86 työtuomioistuin katsoi, että äitiysvapaan palkan maksaminen ilman tuntikohtaisia lisiä ei ollut sukupuoleen perustuvaa syrjintää, vaikka lisät maksettiin vuosilomalla ja sairauslomalla oleville työntekijöille. Tuomiossaan työtuomioistuin nojautui EU-tuomioistuimen oikeuskäytännön varaan, jonka mukaisesti EU-oikeuden samapalkkaisuussäännöt eivät määrittele äitiysloma-ajan palkan suuruutta. Työtuomioistuin totesi, että kansallisella lailla EU-oikeuden vähimmäisvaatimukset voidaan sinänsä ylittää, mutta vertailukelpoisen tilanteen edellytys on kuitenkin tasa-arvolain 7 §:n mukaan sama kuin yhteisöoikeudessa omaksutuissa syrjinnän määritelmissä.[367] Asiassa ei työtuomioistuimen mielestä ollut perusteita tulkita tasa-arvolakia niin, että sen piiriin kuuluisivat myös kanteessa tarkoitetut vertailuasetelmat. Äitiysvapaan palkan maksaminen ilman tuntikohtaisia lisiä ei ollut tuomioistuimen mukaan sukupuoleen perustuvaa syrjintää, vaikka työehtosopimuksen mukaan nuo lisät maksetaan vuosilomalla ja sairauslomalla oleville työntekijöille.

Oikeudellista arviointia olisi syventänyt asian tarkastelu perustuslain 6 § 2 momentin kannalta. Vaikka EU-oikeuden mukaan välittömän syrjinnän käsite ei sisällä mahdollisuutta avoimiin oikeuttamisperusteisiin, perustuslain mukainen syrjinnän kielto rakentuu eri tavoin. Vertailuasetelmat eivät välttämättä muodostu samalla tavalla, ja pääpaino on hyväksyttävien perusteiden arvioinnissa. Pyrkimys tosiasialliseen tasa-arvoon viittaa siihen, että vertailuasetelmat eivät voi olla liian tiukat. EU-tuomioistuin on eräissä raskaussyrjintää koskevissa tapauksissa todennut, että tasa-arvodirektiivillä pyritään tosiasiallisen, ei muodollisen yhdenvertaisuuden toteutumiseen.[368] Tosiasiallisen yhdenvertaisuuden ja vertailukelpoisen tilanteen periaatteita tulisikin punnita avoimemmin keskenään, sillä esimerkiksi raskaussyrjintätapauksissa tosiasiallisen yhdenvertaisuuden periaate edellyttää vertailukelpoisuudesta tinkimistä ja erilaisuuden huomioon ottamista. Tällöin olennaista on arvioida menettelyn oikeuttamisperusteita. Tapauksessa TT 2003:86 relevantteja kysymyksiä olisivat olleet ainakin seuraavat. Miksi äitiysvapaan palkka maksettiin ilman tuntikohtaisia lisiä – mihin tällä pyrittiin? Voitiinko menettelyä perustella perusoikeusjärjestelmän

---

367 Näin todetaan myös tasa-arvolain uudistamistoimikunnan mietinnössä 2002:9, 76.

368 Tapaukset *Sass* C-284/02, tuomion 34 kohta; *Merino Gómez* C-342/01, tuomion 37 kohta ja *Thibault* C-136/95, tuomio 26 kohta.

kannalta hyväksyttävällä tavoitteella? Oliko tämä suhteellisuusperiaatteen mukainen keino tavoitteen saavuttamiseksi – ottaen huomioon, että vuosilomalla ja sairauslomalla oleville työntekijöille lisä maksettiin?

Suomen perustuslain 6 § 1 momentin mukainen yhdenvertaisuussäännös taas edellyttää, että samanlaisessa tilanteessa olevia ei voida kohdella eri tavalla ilman hyväksyttävää perustetta. Tällöin esimerkiksi kaikkia äitiysvapaalla olevia työntekijöitä on lähtökohtaisesti kohdeltava samalla tavalla.

4.4 TYÖSYRJINTÄ RIKOKSENA

Vaikka työsyrjintärikokset eivät ole tämän väitöskirjatyön keskiössä, tässä yhteydessä on syytä tuoda esiin, että esimerkiksi raskaussyrjintätapaukset tulevat tuomioistuimessa vireille usein rikosasioina.[369] Tällöin sovelletaan työsyrjintää koskevaa rikoslain 47 luvun 3 §:ää, jonka mukaan työnantaja tai tämän edustaja, joka työpaikasta ilmoittaessaan, työntekijää valitessaan tai palvelussuhteen aikana ilman painavaa, hyväksyttävää syytä asettaa työnhakijan tai työntekijän epäedulliseen asemaan muun muassa sukupuolen perusteella, on tuomittava työsyrjinnästä sakkoon tai vankeuteen enintään kuudeksi kuukaudeksi. Tasa-arvolain 14 a §:ssä viitataan myös rikoslain työsyrjintäsäännökseen, ja todetaan, että rangaistus syrjinnästä työelämässä säädetään rikoslain 47 luvun 3 §:ssä. Rikoslain säännöstä on tulkittava tasa-arvolain syrjinnän kieltojen mukaisesti.[370]

Syrjintä on säädetty rangaistavaksi vain tahallisena. Rangaistavalta syrjinnältä ei lain esitöiden mukaan edellytetä kuitenkaan nimenomaista, kyseisistä perusteista johtuvaa syrjintätarkoitusta. Työnantajan tai tämän edustajan menettelyn motiivina voi olla esimerkiksi taloudellinen etu tai työn sujuvuuden turvaaminen, mutta siitä huolimatta esimerkiksi työntekijän irtisanominen raskauden perusteella on rangaistavaa. Tahallista työsyrjintä voi olla kuitenkin vain silloin, kun tekijä on ollut tietoinen syrjintäperusteesta.[371] Oikeuskirjallisuudessa on

---

369 Ks. esim. Helsingin hovioikeuden tuomio 22.10.2009 asiassa R 09/1005, HelHO:2009:10, jossa kyse oli perhevapaalta palaavan lomauttamisesta tilanteessa, jossa työntekijän sijaiseksi otettu työntekijä oli vakinaistettu. Turun hovioikeuden tuomiossa 31.1.2011 asiassa R 09/2344 kyse oli irtisanomisesta raskauden perusteella. Turun hovioikeuden tuomiossa 28.11.2011 asiassa R 11/316 oli kyse raskaana olevan lomauttamisesta.

370 Tämän on korkein oikeus todennut nimenomaisesti tapauksessa KKO 2010:1. Ks. myös HE 94/1993, 171. Rikoslain esitöissä todetaan, että sukupuoleen perustuvan syrjintäkiellon sisältöä on täsmennetty tasa-arvolaissa, jota voidaan käyttää syrjintää työelämässä estävän rikossäännöksen tulkinta-apuna. Esitöiden mukaan sukupuolisyrjinnän perusteena pidetään paitsi sukupuolta sinänsä, myös sukupuoleen suoranaisesti tai tyypillisesti liittyvää seikkaa, kuten raskautta. Ks. myös tasa-arvolautakunnan lausunto N:o L 2/08, jossa lautakunta lausui tasa-arvolain tulkinnasta työsyrjintää koskevassa rikosasiassa.

371 HE 94/1993, 172.

katsottu, että työehtosopimusten syrjivien määräysten noudattaminen poistaisi tahallisuuden ja teon rangaistavuuden, vaikka tällaista muodollista perustetta ei voida pitää tasa-arvolain mukaisena hyväksyttävänä syynä eri asemaan asettamiselle.[372]

Rikoslain esitöissä todetaan, että syrjintään kuuluu tietty vertailuasetelma. Esitöissä jatketaan, että tavallisesti vertailukohtana voidaan käyttää muita työnhakijoita taikka työnantajan palveluksessa olevia toisia työntekijöitä, jotka työskentelevät samoissa tehtävissä tai muuten samanlaisissa oloissa kuin syrjitty. Monesti vertailukohtaa ei tarvitsisi erityisesti hakea, kuten jos kysymys on yrityksen kaikkien työntekijöiden haettavissa olevan etuuden myöntämisestä syrjivin perustein. Toisaalta rikoslain esitöissäkin todetaan, että rangaistavuus ei aina edellytä yksilöidyn vertailukohdan osoittamista saman työnantajan muiden työntekijöiden joukosta. Vertailun mittapuuna voidaan käyttää myös niitä työnhakijoita ja työntekijöitä, joita muut työnantajat kohtelevat lainmukaisesti ja tasapuolisesti. Kaikissa tapauksissa edellytettäisiin kuitenkin, että työnhakija tai työntekijä joutuu objektiivisesti arvioiden epäedullisempaan asemaan kuin muut. Pelkkä erilainen kohtelu ei siten perusta rangaistavuutta.[373]

Rikoslain työsyrjintää koskevassa säännöksessä tarkoitettu epäedulliseen asemaan saattaminen ei ole rangaistavaa, jos siihen on *painava*, hyväksyttävä syy. Työsyrjinnän kriminalisointi eroaa rikoslain yleisestä syrjintäkriminalisoinnista (RL 11:11) edellyttämällä hyväksyttävältä syyltä painavuutta. Esitöissä korostetaankin työelämää keskeisenä elämänalueena, jonka piirissä syrjintään on suhtauduttava ankarammin kuin syrjinnän yleisessä kriminalisoinnissa. Lain esitöiden mukaan painavan, hyväksyttävän syyn on yleensä oltava tavalla tai toisella työhön liittyvä. Työtehtävä voi esimerkiksi edellyttää tiettyä sukupuolta. Esimerkkeinä lain esitöissä mainitaan laulajan, näyttelijän tai naisjärjestön johtavan toimihenkilön valinta. Joissakin tapauksissa hyväksyttävä syy voi sisältyä menettelyyn, jolla työnantaja tietoisesti pyrkii parantamaan erityistä suojelua tarvitsevien työntekijöiden asemaa.[374] Tasa-arvolain mukainen positiivinen erityiskohtelu ei siis ole rikoslain tarkoittamaa syrjintää.

Tasa-arvolain mukaista todistustaakan jakoa ei sovelleta rikosprosessissa. Tämä todetaan myös tasa-arvolain 9 a §:ssä. Rikosasiassa syyttäjän velvollisuutena on näyttää syyte toteen. Toki vastaajalle on edullista, jos hän pystyy osoittamaan painavia, hyväksyttäviä syitä menettelylleen.

Kiskonnantapaisesta työsyrjinnästä on kyse rikoslain 47 luvun 3 a §:n mukaan silloin, kun työsyrjinnässä asetetaan työnhakija tai työntekijä huomattavan epäedulliseen asemaan käyttämällä hyväksi työnhakijan tai työntekijän taloudellista tai muuta ahdinkoa, riippuvaista asemaa, ymmärtämättömyyttä,

372 Nieminen, Kimmo 2005, 209–210.
373 HE 94/1993, 171.
374 HE 94/1993, 171.

ajattelemattomuutta tai tietämättömyyttä. Rangaistuksena kiskonnantapaisesta työsyrjinnästä on tuomittava sakkoa tai vankeutta enintään kaksi vuotta.

5 Kokoavasti syrjinnän elementeistä

Todistustaakan jaon periaatteen mukaisesti syrjinnän toteaminen edellyttää kaksivaiheista menettelyä. Ensimmäisessä vaiheessa selvitetään, onko syrjintäolettama syntynyt. Toisessa vaiheessa selvitetään, onko menettely johtunut muusta, hyväksyttävästä seikasta kuin sukupuolesta (syrjintäolettaman kumoaminen).

5.1 VÄLITÖN SYRJINTÄ (TASA-ARVOLAIN 7 § 2 MOMENTTI)

Tasa-arvolain mukaisessa välittömässä syrjinnässä kielletyt syrjintäperusteet ovat sukupuoli, raskaus ja synnytyksestä johtuva syy.

Syrjintäolettaman luomiseksi kantajan on osoitettava joutuneensa eri asemaan johonkin vertailukohteeseen verrattuna sekä syrjintäperusteen olemassaolo. Vastaaja voi kiistää eri asemaan joutumisen tai kantajan ja verrokin vertailtavuuden. Vastaaja voi myös kiistää sen, että hän olisi tiennyt syrjintäperusteen, kuten raskauden, olemassaolosta.

Olen pyrkinyt osoittamaan, minkälaisia ongelmia verrokin valitsemisessa ja vertailukelpoisuuden arvioimisessa voi syntyä. Arviointiin voivat vaikuttaa esimerkiksi sukupuolirooleihin liittyvät stereotypiat ja lainkäyttäjien omat arvostukset. Vertailtavuustestin sijaan voidaan soveltaa myös ns. haittatestiä, jossa keskeistä ei ole niinkään vertailtavuus, vaan erilaisen kohtelun aiheuttama haitta tai vahinko, joka tulee jollain tavalla korvata. Tätä edellyttää tosiasiallisen tasa-arvon resursseja tasaava ulottuvuus. Raskaussyrjintätapauksissa on jo vakiintunut ns. *but for* -testi, jonka mukaisesti raskaana ja äitiysvapaalla olevia on kohdeltava ikään kuin nämä eivät olisi raskaana tai äitiysvapaalla. Äitiysvapaaseen liittyvissä palkkasyrjintätapauksissa tästä pääsäännöstä on poikettu soveltamalla vertailtavuustestiä. Ratkaisu liittyy pitkälti siihen, että EU-oikeuden kontekstissa syrjinnänvastainen oikeus perustuu ns. suljetulle systeemille, jossa syrjinnän kieltoon tehtävät poikkeukset määräytyvät suoraan laissa. Koska poikkeaminen syrjinnän kiellosta ei ole mahdollista, oikeuttamistestin sijaan on käytettävä vertailtavuustestiä. Molemmissa on omat heikkoutensa ja vahvuutensa.

Äitiysvapaata ja samapalkkaisuutta koskevat tapaukset osoittavat, että vertailukelpoisen tilanteen vaatimus siihen sisältyvistä heikkouksista huolimatta on joissain tapauksissa välttämätön, jos halutaan säilyttää välittömän syrjinnän konstruktio eheänä (toisin sanoen oikeuttamisperusteita ei hyväksytä). Toisaal-

ta syrjinnän konstruktion logiikan kannalta äitiysvapaata ja samapalkkaisuutta koskeva dilemma tulisi mielestäni ratkaista sisällyttämällä lainsäädäntöön asiaa koskeva poikkeussääntö, ettei äitiyslomaan liittyvissä samapalkka-asioissa syrjintäolettamaa tarvitsisi konstruoida vertailtavuuselementin kautta. Toinen keino on tarkastella erilaisen kohtelun oikeuttamisperusteita perus- ja ihmisoikeusdoktriinin mukaisesti silloin, kun vertailtavuus on epävarmaa.

Tasa-arvolain 8 §:n työelämän syrjintäkielto sisältää yksityiskohtaisemmat säännöt, kuinka luoda syrjintäolettama esimerkiksi työhönotto- ja palkkasyrjintätilanteissa.

Syrjintäolettaman kumoamiseksi vastaaja voi

– *kumota syy-yhteyden* eri aseman ja kielletyn syrjintäperusteen välillä osoittamalla, että eri asemaan asettaminen on johtunut muusta, hyväksyttävästä seikasta kuin sukupuolesta (9 a §)
– vedota tasa-arvolain 9 §:n mukaisiin *poikkeuksiin*, joita ovat:
    - naisten erityinen suojelu raskauden tai synnytyksen vuoksi,
    - asevelvollisuuden säätäminen ainoastaan miehille,
    - vain joko naisten tai miesten hyväksyminen muun yhdistyksen kuin varsinaisen työmarkkinajärjestön jäseniksi, jos tämä perustuu yhdistyksen säännöissä olevaan nimenomaiseen määräykseen; jos yhdistys on muu ammatillista edunvalvontaa harjoittava järjestö, edellytetään lisäksi, että järjestö pyrkii tämän lain tarkoituksen toteuttamiseen, ja
    - väliaikaiset, suunnitelmaan perustuvat erityistoimet tosiasiallisen tasa-arvon edistämiseksi, joilla pyritään tasa-arvolain tarkoituksen toteuttamiseen.
– työhönottosyrjinnässä vedota tasa-arvolain 8 § 1 momentin 1 kohdan mukaiseen *oikeuttamisperusteeseen* (sukupuolella on työn tai tehtävän laadusta johtuen merkitystä)

Jos syrjintäolettama on syntynyt, ei vastaajalla ole enää mahdollisuutta oikeuttaa menettelyään vetoamalla esimerkiksi taloudellisiin syihin. Vastaaja voi vain pyrkiä kumoamaan syy-yhteyden eri aseman ja syrjintäperusteen välillä osoittamalla menettelylle jonkin muun, hyväksyttävän seikan kuin sukupuolen. Esimerkiksi työhönottosyrjinnässä tällä on vakiintuneesti tarkoitettu ensisijaisesti soveltuvuuseroa valitun ja valitsematta jääneen välillä. Palkkaerojen hyväksyttävinä syinä taas on pidetty muun muassa eroja työntekijöiden ammatillisessa osaamisessa, koulutuksessa, virkaiässä ja työkokemuksessa.

Välittömään syrjintään liittyvistä poikkeuksista on siis EU-oikeuden mukaan säädettävä lailla. Tasa-arvolain systematiikassa positiivinen erityiskohtelu määritellään poikkeukseksi syrjinnän kiellosta. EU-oikeuden mukaan positiivisen erityiskohtelun rajat voidaan tiivistää seuraavasti. Ensinnäkin on osoitettava, että naiset ovat tietyllä alalla aliedustettuina. Toiseksi, yhtäläisten mahdolli-

suuksien ja yhdenvertaisen kohtelun periaate ilmenee vaatimuksena, että etusija ei saa olla automaattinen eikä ehdoton. Kolmanneksi, positiivisen erityiskohtelun tulee täyttää suhteellisuusperiaatteen vaatimukset. Soveltuvuusvaatimus edellyttää, että positiivisella erityiskohtelulla voidaan korjata konkreettinen tilanne. Positiivisesta erityiskohtelusta koituvien hyötyjen tulee myös olla tasapainossa muille yksilöille koituvien haittojen kanssa.

Välittömään syrjintään liittyy vain yksi oikeuttamisperuste, työhönottoa koskeva tasa-arvolain 8 § 1 momentin 1 kohdan mukainen työn tai tehtävän laadusta johtuva painava ja hyväksyttävä syy. EU-oikeudessa nämä ovat ns. GOR-poikkeuksia (*genuine occupational requirements*), jolloin sukupuoleen liittyvä ominaisuus on todellinen ja ratkaiseva työhön liittyvä vaatimus.

5.2 LOPPUTULOSLÄHTÖINEN VÄLILLINEN SYRJINTÄ (TASA-ARVOLAIN 7 § 3 MOMENTIN 1 KOHTA)

Syrjintäolettaman luomiseksi kantajan on lopputuloslähtöisessä välillisessä syrjinnässä (tasa-arvolain 7 § 3 momentin 1 kohta) tilastoin tai muulla tavoin osoittava, että sinänsä sukupuolineutraali menettely on asettanut tai on omiaan asettamaan hänet tosiasiallisesti epäedulliseen asemaan sukupuolen perusteella. Kantaja tarvitsee tällöin tietoja menettelyn vaikutuksista omaan sukupuoleensa yleensä. Tämä vaikutus voidaan osoittaa kvantitatiivisen tiedon kuten tilastojen avulla tai kvalitatiivisen, ts. sellaisen yleisen sosiologisen tiedon perusteella, joka osoittaa, että esimerkiksi naisilla on riski joutua menettelyn seurauksena miehiä epäedullisempaan asemaan. Puhutaan yhtäältä individuaalisen välillisen syrjinnän kiellosta, ja toisaalta välillisen syrjinnän kiellosta, joka suojaa pikemminkin ryhmiä. Tilastoja voidaan arvioida sekä niiden merkitsevyyden (luotettavuuden) että merkittävyyden (onko sukupuolivaikutusten ero tarpeeksi suuri synnyttääkseen syrjintäolettaman) osalta. Syrjintäkieltojen tehokkuusperiaatteen mukaisesti kantajan todistustaakkaa on erityisesti välillisen syrjinnän osalta joissain tapauksissa laskettava.

Vertailuun liittyen ongelmallisia kysymyksiä ovat vertailupiirin valinta sekä vertailukelpoisen tilanteen vaatimus. Vertailupiirit muodostetaan pääsääntöisesti syrjiväksi väitetyn lainsäädännön tai käytännön soveltamisalaan kuuluvista henkilöistä. Olen pyrkinyt osoittamaan, että muodollisen yhdenvertaisuuden periaatetta ilmentävä doktriini samanlaisten kohtelusta samalla tavalla ja siihen liittyvä vertailukelpoisen tilanteen vaatimus eivät kuulu välillisen syrjinnän konstruktioon. Tällöin merkitystä ei ole kohtelun samanlaisuudella tai erilaisuudella vaan sillä, että jokin suojelua saava ryhmä joutuu menettelyn vuoksi haitalliseen asemaan.

Syrjintäolettaman kumoamiseksi vastaaja voi esittää ns. oikeuttamisperusteita. Oikeuttamisella tarkoitetaan tässä sitä, että vaikka menettelyllä onkin epäedullisia sukupuolivaikutuksia, sillä tavoitellaan suhteellisuusperiaatteen mukaisesti jotakin hyväksyttävää päämäärää. Perinteisen näkemyksen mukaan välillisen syrjinnän oikeuttamisperusteet eivät kumoa syy-yhteyttä epäedullisen aseman ja sukupuolen välillä, vaan *oikeuttavat syrjivät sukupuolivaikutukset*. Ellisin kausaatio-opin mukaan taas välillisessä syrjinnässä epäedulliseen asemaan joutumisen perimmäinen syy on epäselvä, jolloin vastaaja voi pyrkiä osoittamaan, että tuo perimmäinen syy ei ole sukupuoli. Kausaaliyhteys epäedullisen aseman ja sukupuolen välillä kumotaan osoittamalla menettelyn suhteellisuusperiaatteen mukaisuus. Suhteellisuusperiaatteen mukaisuutta arvioidaan eri tavalla riippuen syrjinnän lähteestä.

EU-tuomioistuin on luonut kolmiportaisen testin välillisen syrjintäolettaman kumoamiseksi. Ensinnäkin on arvioitava sitä, onko menettelyllä objektiivisesti perusteltavissa oleva hyväksyttävä tavoite. *Bilka*-tapauksen perusteella työnantajan tulee osoittaa, että yrityksellä on syrjiväksi oletetulle menettelylle todellinen tarve. Tämä on suurempi vaatimus kuin pelkkä ”hyväksyttävä tavoite”. Objektiivisuus tarkoittaa muun muassa sitä, että työnantajan subjektiiviset mieltymykset eivät voi oikeuttaa syrjivää menettelyä. Myöskään yleistykset tietyistä työntekijäryhmistä ilman konkreettista näyttöä eivät riitä hyväksyttäväksi perusteeksi välillisesti syrjivälle menettelylle. Työn luonteeseen liittyvät perusteet, kuten koulutuserot palkkaeron perusteena, ovat hyväksyttäviä vain, jos niillä on todellista merkitystä työn suorittamisen kannalta. Talousarvioon perustuvat näkökohdat tai työtehtävien suunnitteluun ja jakamiseen liittyvät kohtuuttomat rasitteet eivät ole hyväksyttäviä syitä syrjivälle menettelylle.

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

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

Kaksi viimeistä kohtaa ilmentävät suhteellisuusperiaatetta, joka on EU-oikeuden yleinen oikeusperiaate. Välillisesti syrjiväksi oletetun menettelyn tai säännön oikeuttamisessa suhteellisuusperiaatteella on tärkeä merkitys arvioita-

essa sitä, oikeuttavatko menettelyyn ryhtymisen syyt menettelystä aiheutuneet syrjivät sukupuolivaikutukset.

5.3 VANHEMMUUTEEN TAI PERHEENHUOLTOVELVOLLISUUTEEN PERUSTUVA VÄLILLINEN SYRJINTÄ (TASA-ARVOLAIN 7 § 3 MOMENTIN 2 KOHTA)

Jos eri asemaan asettamisen peruste on vanhemmuus tai perheenhuoltovelvollisuus, kyse on välillisestä syrjinnästä.

Syrjintäolettaman luomiseksi kantajan on osoitettava joutuneensa eri asemaan verrattuna verrokkiin, joka eroaa kantajasta sukupuoleen liittyvän syyn osalta tai verrattuna tilanteeseen, jossa syrjintäperusteeksi epäiltyä sukupuoleen liittyvää syytä ei olisi ollut. Esimerkiksi vanhempainvapaalla tai hoitovapaalla olevia on lähtökohtaisesti kohdeltava ikään kuin he eivät olisi perhevapailla. Heidän asemansa eroaa kuitenkin raskaana tai äitiysvapaalla olevien asemasta, joiden kohtelua arvioidaan välittömän syrjinnän kiellon perusteella. Koska syrjintä vanhemmuuden tai perheenhuoltovelvollisuuden perusteella on välillistä syrjintää, syrjintäolettama voidaan kumota avoimin oikeuttamisperustein.

Syrjintäolettaman kumoamiseksi vastaaja voi ensinnäkin pyrkiä kumoamaan syy-yhteyden eri aseman ja kielletyn syrjintäperusteen välillä. Toiseksi vastaaja voi oikeuttaa menettelyn osoittamalla, että sillä pyritään hyväksyttävään tavoitteeseen, ja että valittuja keinoja on pidettävä suhteellisuusperiaatteen mukaisesti aiheellisina ja tarpeellisina tavoitteeseen nähden.

VI
JOHTOPÄÄTÖKSIÄ

Yhdenvertaisuutta on länsimaisessa ajattelussa pidetty oikeudenmukaisuuden ydinkohtana. Naisliikkeen sitkeiden ponnistelujen ansiosta yhdenvertaisuusperiaate tarkoittaa tänään myös naisten ja miesten välistä yhdenvertaisuutta. Sukupuolten välinen yhdenvertaisuus tarkoitti aluksi muodollista yhdenvertaisuutta, jonka avulla naisten tosiasiallisen aseman parantaminen osoittautui vaikeaksi. Vähitellen yhdenvertaisuuden käsite laajeni kattamaan myös tosiasiallisen tasa-arvon, erilaisten erilaisen kohtelun. Tämä vastaa sukupuolten erilaisuutta ja moninaisuutta korostavien feminististen vaatimuksia.

Kuten Hanna Ylöstalo on omassa työpaikkojen tasa-arvotyötä koskevassa väitöskirjassaan (2012) esittänyt, tasa-arvotyön tulisi olla moniäänistä. Se voi sisältää monia erilaisia tulkintoja tasa-arvosta ja sukupuolesta. Erilaiset tulkinnat tasa-arvosta voivat perustua käsityksiin sukupuolten samuudesta, erilaisuudesta tai moninaisuudesta. Kuten Ylöstalo toteaa, mikään tasa-arvomääritelmä ei ole yksinään riittävä, ja kaikkia tasa-arvomääritelmiä voidaan kritisoida jostakin toisesta näkökulmasta. Tärkeintä on, että näistä keskustellaan.[1] Tämä pitää paikkansa myös oikeuden kontekstissa. Tietyissä tilanteissa sukupuolet voidaan ymmärtää samanlaisina. Esimerkiksi lasten hoitamisen suhteen ei ole perusteltua katsoa sukupuolten olevan erilaisia. Isäkin on oikeutettu imetysvapaaseen, jos lapsi saa korviketta, kuten EU-tuomioistuin kunniakkaasti katsoi tapauksessa *Roca Alvarez* (C-104/09). Myös Euroopan ihmisoikeustuomioistuin on lähtenyt purkamaan tällaisia traditionaalisiin sukupuolirooleihin perustuvia stereotypioita. *Vetoaminen sukupuolten samanlaisuuteen on näin vahvistanut tosiasiallisen tasa-arvon transformatiivista ulottuvuutta.* Toisenlaisissa konteksteissa on korostettava sukupuolieroa. Raskaussyrjintä on tästä mitä ilmeisin esimerkki. Kyky tulla raskaaksi erottaa naiset ja miehet biologisesti toisistaan. *Tosiasiallisen tasa-arvon resursseja tasaava ulottuvuus edellyttää, että sukupuolierosta ei aiheudu naisille haittaa*. Tämä on ollut EU-tuomioistuimen lähtökohta raskaustapauksissa jo *Dekker*-tapauksesta lähtien. Erilaisuus huomioidaan myös positiivisessa erityiskohtelussa, jossa korostuu tosiasiallisen tasa-arvon resursseja tasaava ulottuvuus. Moninaisuus taas on huomioitava moniperusteisessa syrjinnässä.

Käsityksemme oikeudenmukaisuudesta perustuu pitkälti John Rawlsin oikeudenmukaisuusteoriaan. Syrjinnän vastaisen oikeuden kannalta teoria on merkittävä, koska se ei hyväksy vähemmistöjen uhraamista enemmistön etujen hyväksi. Kaikkien tulee nauttia yhtäläisistä perusvapauksista ja mahdollisuuksien tasa-arvosta. Eroperiaatteen mukaisesti eriarvoisuudet voidaan oikeuttaa

1 Ylöstalo 2012, 276.

vain sillä, että ne hyödyttävät myös huono-osaisia. Nämä oikeudenmukaisuuden periaatteet jokainen valitsisi tietämättömyyden verhon takaa. Teoriaa on myös kritisoitu paljon. Amartya Senin ja Martha Nussbaumin keskeinen kritiikki on se, että kaikilla ei ole tosiasiallisia mahdollisuuksia saavuttaa haluamiaan elämänsisältöjä. Heidän mukaansa oikeudenmukaisuuden toteutumisen kannalta onkin olennaista se, onko yksilöillä tosiasiallinen vapaus tehdä haluamiaan elämänvalintoja. Nancy Fraser taas on korostanut oikeudenmukaisuuden keskeisinä osapuina resurssien oikeudenmukaista jakoa (*redistribution*), erilaisuuden tunnustamista (*recognition*) ja osallisuutta (*representation*). Sandra Fredman on kehittänyt näitä ajatuksia muotoillessaan tosiasiallisen tasa-arvon neljä ulottuvuutta: resurssien tasaamista koskevan ulottuvuuden, yhtäläistä ihmisarvoa korostavan ulottuvuuden, transformatiivisen ulottuvuuden ja osallistavan ulottuvuuden.

Syrjinnänvastaista oikeutta luodaan eri doktriinien välisen vuoropuhelun kautta. Näin syrjinnänvastainen oikeus muodostuu pienistä paloista, ja palapelin kokoaminen yhtenäiseksi kokonaisuudeksi edellyttää eri doktriinien huomioon ottamista. Palapelin osaset tulisi asetella siten, että valmis palapeli, asian ratkaisu kussakin yksittäistapauksessa, vastaisi mahdollisimman pitkälle tosiasiallista tasa-arvoa ja sen eri ulottuvuuksia. Tällöin tärkeintä on taata korkein suojan taso, joka ei välttämättä aina ole johdettavissa EU-oikeudesta.

EU-oikeuden ja Euroopan ihmisoikeussopimuksen välillä vallitsee selkeä interlegaliteetin tilanne. EU:n perusoikeuskirjassa korostetaan ihmisoikeussopimuksen merkitystä, ja EU:lla on myös oikeusperusta liittyä itse sopimukseen. Sekä EU-tuomioistuin että Euroopan ihmisoikeustuomioistuin ovat viitanneet toistensa oikeuskäytäntöön. Euroopan ihmisoikeustuomioistuin on omaksunut muun muassa välillisen syrjinnän käsitteen EU-oikeudesta. Doktriinien välillä on kuitenkin eroja.

Ensinnäkin EU:n syrjinnänvastainen oikeus perustuu suljetulle systeemille, jossa syrjintäperusteiden luettelo on tyhjentävä, ja jossa välittömän syrjintä olettaman voi kumota vain laissa määritellyin poikkeuksin. Kevät Nousiaisen mukaan tämä muistuttaa syrjinnänvastaisen oikeuden yhteyksistä vahingonkorvausoikeuteen. Tällöin syrjintää määrittää yhtäältä haitan tai vahingon aiheuttaminen, toisaalta syy-seuraussuhde kielletyn perusteen ja haitan välillä. Jos syy-seuraussuhde kyetään osoittamaan, ei menettelyä voida oikeuttaa. Jos hyväksyttäviä syitä olisi mahdollista esittää, luotaisiin uusia poikkeuksia, vaikka niiden määrittäminen on lainsäätäjän tehtävä.[2] Kiperät tilanteet on siis ratkaistava vertailtavuusperiaatetta soveltamalla. EU-tuomioistuimen äitiysvapaa-ajan palkkausta koskevat tapaukset ovat tästä hyvä esimerkki.

Ihmisoikeussopimuksen syrjintäperusteiden luettelo taas on avoin. Uusia syrjintäperusteita syntyy ajan myötä, kuten oikeuskäytäntö on osoittanut. Eri-

[2] Nousiainen 2008b.

laisia poikkeuksia ei voi muotoilla kovin yksityiskohtaisesti etukäteen. Oikeuttamisperusteet ovat avoimet, jotta tuomioistuimet voivat soveltaa syrjinnän kieltoa yhteiskunnallisen kehityksen edellyttämällä tavalla. Tämä on mahdollistanut sen, että ihmisoikeustuomioistuin on voinut keskittyä arvioimaan menettelyn hyväksyttävyyttä, toisin sanoen sitä, onko menettelylle ollut hyväksyttävä tavoite, joka on tarpeeksi tärkeä oikeuttaakseen ihmisoikeuden rajoittamisen, ja ovatko käytetyt keinot suhteellisuusperiaatteen mukaisessa kohtuullisessa suhteessa tavoitteeseen nähden. Syrjintäolettaman luomisessa vertailtavuusperiaatteella ei ole ollut suurta merkitystä, etenkään sukupuolisyrjinnän tapauksissa. Avoin systeemi on mahdollistanut myös sen, että ihmisoikeustuomioistuin on voinut määritellä tietyt syrjintäperusteet ns. epäilyttäviksi perusteiksi (*suspect grounds*). Sukupuoli on yksi näistä epäilyttävistä perusteista, joiden oikeuttamiseksi edellytetään hyvin painavia syitä (*very weighty reasons*). Kevät Nousiainen on katsonut,[3] että epäilyttäviä syrjintäperusteita on pidettävä nimenomaan sääntöinä, ei periaatteina. Epäilyttävät syrjintäperusteet ovat Nousiaisen mukaan syrjintäkiellon ydinalue, jolla syrjintäkiellon ei pitäisi väistyä oikeudellisten periaatteiden tieltä.

Toiseksi EU-oikeudessa ei ole vastaavaa valtion harkintamarginaalia koskevaa oppia kuin Euroopan ihmisoikeussopimusta sovellettaessa. Esimerkiksi kiperiä moraalikysymyksiä sisältävissä tapauksissa ihmisoikeustuomioistuin on konsensusperiaatteen mukaisesti nojautunut tähän oppiin ja todennut, ettei asiasta ole yhteistä eurooppalaista mittapuuta. Tällöin erilainen kohtelu on katsottu oikeutetuksi myös tiukasta oikeuttamistestistä huolimatta. EU-tuomioistuimen rooli on kuitenkin erilainen, sillä sen tavoitteena on pikemminkin luoda yhteinen mittapuu siten, että EU-oikeutta sovellettaisiin yhtenäisesti jokaisessa jäsenmaassa. EU-tuomioistuimen tulisikin toimia suunnannäyttäjänä näissä ns. kiperissä, arvovalintoihin liittyvissä kysymyksissä, joihin usein liittyy ihmisten erilaista kohtelua jonkin vahvasti yksilön identiteettiin liittyvän perusteen, kuten seksuaalisen suuntautumisen perusteella.

Suomen perustuslain syrjinnän kielto vastaa pitkälti Euroopan ihmisoikeussopimuksen 14 artiklan tulkintaa. Perustuslakivaliokunnan lausuntokäytännössä tai tuomioistuinten oikeuskäytännössä vertailtavuusperiaate ei ole ollut lainkaan esillä syrjintäolettamaa luotaessa, vaan pääpaino on ollut menettelyn hyväksyttävyyden arvioinnissa. Ihmisoikeuskontekstissa muotoiltuja epäilyttäviä syrjintäperusteita vastaavasti oikeuttamisperusteille asetetut vaatimukset ovat korkeat syrjintäsäännöksessä lueteltujen perusteiden kohdalla. Myös oikeuttamisperusteet vastaavat ihmisoikeuskontekstissa muotoiltuja suhteellisuusperiaatteen vaatimuksia. Perustuslakivaliokunta on luonut valtion harkintamarginaalia koskevaa oppia vastaavan doktriinin lainsäätäjän harkintaval-

[3] Nousiainen 2008b.

lasta, jota se on käyttänyt yhteiskunnan arvovalintoihin liittyvien, ns. kiperien lakihankkeiden yhteydessä.

Työtuomioistuimen perustuslain 6 §:ää koskevista tapauksista käy hyvin ilmi se, mikä ero on yhdenvertaisuudella *samanlaisten samanlaisena kohteluna* ja yhdenvertaisuudella *syrjimättömyytenä*. Käsitteiden erottamisella toisistaan on muun muassa se etu, että välittömän syrjinnän kieltoa ja muodollista yhdenvertaisuutta ei nähdä enää saman kolikon eri puolina. Tällöin syrjintäolettaman luomisessa on mahdollista irtaantua vertailtavuusperiaatteesta, joka koskee pikemminkin muodollista yhdenvertaisuutta. Perustuslain 6 § rakentuu näin, samoin KP-sopimuksen 26 artikla. Molemmissa on ilmaistu sekä yhdenvertaisuusperiaate että syrjinnän kielto. Tapaus *Kavanagh v. Irlanti* olikin hyvä esimerkki siitä, miten yhdenvertaisuusperiaate ja syrjimättömyys eroavat toisistaan. Ihmisoikeussopimuksen 14 artikla on muotoiltu suppeammin, sillä se sisältää vain syrjinnän kiellon, ei erillistä yhdenvertaisuuslauseketta. Myös EU-oikeudessa välittömän syrjinnän kielto ilmaistaan muodollisen yhdenvertaisuusperiaatteen ja vertailtavuuden kautta. Tässä suhteessa perusoikeusdoktriinilla olisi paljon annettavaa myös sukupuolten tasa-arvolle. Merkkejä tästä osoittaa työtuomioistuimen tapauksessa TT 2010:139 vähemmistöön jääneiden jäsenten eriävä mielipide, jossa hylättiin EU-oikeuden mukainen vertailtavuusperiaate ja sovellettiin sen sijaan perusoikeusmyönteisen laintulkintaperiaatteen mukaisesti tosiasiallista tasa-arvoa. Tulkintavaikutuksen ohella tuomioistuimilla on nyt myös järeämpiä keinoja antaa etusija perusoikeusnormille, kuten olen osoittanut perustuslain 106 §:ää koskevassa jaksossa (III.4.3).

Ihmisoikeusystävällisen laintulkintaperiaatteen mukaisesti myös CEDAW-sopimus tulisi ottaa säännönmukaisemmin huomioon syrjinnän kieltoja sovellettaessa. CEDAW-sopimus ilmentää ennen kaikkea tosiasiallisen tasa-arvon transformatiivista ulottuvuutta, ja sen merkitys tulisi huomioida etenkin sukupuoleen perustuvien stereotypioiden purkamisessa. CEDAW-komitea on myös todennut positiivisen erityiskohtelun (*temporary special measures*) olevan keino edistää naisten tosiasiallista tasa-arvoa, ei poikkeus yhdenvertaisuudesta ja syrjinnän kiellosta. CEDAW-komitean mukaan positiivinen erityiskohtelu voi joissain tilanteissa olla jopa valtion velvollisuus. Tätä on korostanut myös TSS-komitea. EU-oikeudessa taas tasapainoillaan selkeämmin yksilön syrjintäsuojan ja ryhmien välisen tosiasiallisen tasa-arvon välillä. Positiivisen erityiskohtelun käyttö on sidottu tiukempiin kriteereihin, joissa ilmenee EU-oikeuden mahdollisuuksien tasa-arvoa korostava lähestymistapa tasa-arvoon.

Syrjinnän kiellot eivät yksinään ole riittävä keino tosiasiallisen tasa-arvon edistämiseksi. Tähän tarvitaan myös muita tasa-arvo-oikeuden ja -politiikan keinoja. Tasa-arvo-oikeuteen perustuvia keinoja ovat positiivisen erityiskohtelun lisäksi tasa-arvon edistämisvelvoitteet, joihin voidaan myös PL 6 § 4 momentin katsoa velvoittavan. Velvollisuutta edistää sukupuolten tasa-arvoa korostetaan myös esimerkiksi CEDAW-sopimuksessa. Viime aikoina myös Eu-

roopan ihmisoikeustuomioistuin on alkanut tulkita ihmisoikeussopimuksen 14 artiklaa siten, että se voi joissain tilanteissa asettaa valtioille positiivisen velvollisuuden ryhtyä tasa-arvon edistämistoimiin. Sekä positiivinen erityiskohtelu että tasa-arvon edistämisvelvoitteet ilmentävät ajatusta tosiasiallisesta tasa-arvosta ja ovat sitä kautta myös osa yhdenvertaisuusperiaatetta, eivät poikkeuksia siitä.

Tutkimuksen johdannossa viittasin Pirkanmaan käräjäoikeuden ratsastajapatsaaseen, oikeudenjumalatar Themikseen, joka istuu ratsunsa selässä kypärä silmillä, valmiina taisteluun oikeudenmukaisuuden puolesta. Tässä taistelussa on pidettävä kirkkaana mielessä paitsi EU-oikeuden, myös perus- ja ihmisoikeusvelvoitteiden merkitys ja niiden asema Suomen oikeudessa, sekä syrjinnän vastaisen oikeuden kokonaisuuden hahmottamisen tärkeys – palapelin kokoaminen siten, että tavoitteena on tosiasiallinen tasa-arvo.

Abstract

Outi Anttila

TOWARDS SUBSTANTIVE EQUALITY? PROHIBITIONS OF SEX DISCRIMINATION IN THE AGE OF LEGAL PLURALISM

Finland is often regarded as a pioneer of gender equality. Finnish women have participated in working life and political decision-making for a long time. Every child has a subjective right to a day care place and policies on combining parenthood and work are active and well-developed. Equality between women and men is guaranteed by legislation. However, gender equality is not an achieved state of affairs in Finland. Parental leave is taken predominantly by mothers. This has a detrimental effect on women's position in the labour market as well as on men's role as carers. Temporary employment contracts are common among women of child-bearing age. Pregnancy discrimination has been a major concern for many years. The labour market is strongly gender-segregated. The pay gap between women and men is persistent. These and many other inequalities are still to be tackled by means of equality legislation and corresponding policies. The central aim of this thesis is to find legal routes towards substantive equality. My starting point is that this route can be found by taking into account the pluralist character of equality law.

This thesis deals with the legal concepts of gender equality and non-discrimination. Discrimination on the basis of sex is prohibited in the Finnish Constitution, the Act on Equality between Women and Men, EU law and in many international human rights conventions. However, different national and international provisions adopt different understandings of equality and non-discrimination. Discrepancies between differing norms can lead to conflicts because it might be difficult to follow different standards at the same time. I argue that the pluralism can also be turned to an advantage. This requires knowledge on different conceptions of equality and non-discrimination as well as on the fundamental and human rights obligations national courts must take into account.

The thesis consists of six chapters. The second chapter examines the relationship between the concepts of justice, equality and non-discrimination. In Western thought, equality is regarded as a cornerstone of justice. The meaning of the concept of equality originates from Aristotle's definition: like are to be

treated alike, unlike are to be treated differently. This formulation of equality has been a problem for feminist theorising. Are women like or unlike men? Feminist legal scholarship has argued that formal equality as sameness signifies assimilation and ignores the diversity of identities and differences between the sexes. The second part of the Aristotelian conception of equality requires taking difference into account. This approach can be seen, for instance, in the Finnish Constitution that demands both formal and substantive equality. I argue that the concept of non-discrimination should be distinguished from the concept of equality as sameness or difference. When we talk about non-discrimination, attention shifts from sameness and difference and turns instead to the association between a limited number of particular characteristics, such as gender, and the disadvantage suffered by those who have those characteristics.

The chapter analyses also other key concepts of equality law. My object here is to crystallise why concepts of positive action (*positiivinen erityiskohtelu*) and positive duties to promote equality (*tasa-arvon edistämisvelvoitteet*) should not be conflated with each other. In EU law, a proportionality test is applied to determine the lawfulness of positive action. The same requirement does not apply to other measures to promote equality such as gender mainstreaming. Without conceptual clarity there is a risk that positive duties to promote equality are rendered subject to compliance with the proportionality principle. I also argue that positive action and positive duties to promote equality should be conceptualised as part of equality, not as derogation from it.

The chapter discusses also John Rawls' theory of justice and its feminist critique. Amartya Sen and Martha Nussbaum have stressed the importance of considering whether people actually are able to exercise their choices, to live a life they value. Nancy Fraser has argued that not only redistribution but also recognition and representation are important when talking about gender justice. Sandra Fredman has developed these thoughts and argued that substantive equality should be seen as a multi-dimensional concept, pursuing four overlapping aims. First, it aims to break the cycle of disadvantage associated with status (*the redistributive dimension of equality*). Secondly, it aims to promote respect for dignity, thereby redressing, for instance, stereotyping and violence based on membership of an identity group (*the recognition dimension*). Thirdly, it aims to achieve structural change by accommodating difference (*the transformative dimension*). Fourthly, it should facilitate full participation in society (*the participative dimension*). This multi-dimensional conception of substantive equality is adopted in the thesis.

Chapter three examines equality and non-discrimination from the point of view of fundamental and human rights. The chapter analyses the concepts of equality and non-discrimination in the Finnish Constitution, European Convention on Human Rights, International Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW), International Covenant

on Civil and Political Rights, and in the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. My aim is also to crystallise why fundamental and human rights should be taken seriously in equality and non-discrimination law. When applying the concepts of equality and non-discrimination it is important to be aware of, for instance, that the national courts are obliged to interpret national legislation in conformity with fundamental and human rights. Courts are also obliged to give primacy to provisions of the Constitution if applying the Act would conflict manifestly with the Constitution.

Chapter four focuses on the main legal sources relevant to equality and non-discrimination in EU law. EU equality law consists of several layers. At the constitutional level, gender equality and non-discrimination are general principles of EU law. Also the Treaty on the European Union, the Treaty on the Functioning of the European Union and the Charter of Fundamental Rights underline the importance of gender equality. There are also many Directives prohibiting discrimination as well as soft law on gender equality. The role of the Court of Justice of the European Union has been very important in the evolution of the concept of discrimination. The chapter ends with a short description on the principles governing the relationship between EU and national law: direct effect, consistent interpretation and supremacy.

Chapter five is devoted to the concepts of direct and indirect sex discrimination in the Finnish Equality Act: What are the constituent elements of these concepts and how the concepts differ from each other? I focus particularly on problems concerning comparability. Problems are most obvious in pregnancy discrimination. In cases of indirect discrimination the principle of comparability should not be applied at all. As many legal scholars have argued, introducing the principle of comparability into the concept of indirect discrimination conflates direct and indirect discrimination and is dogmatically unsound.

The thesis is concluded with my views on how it is possible to strive for multi-dimensional substantive equality. I argue that this is not possible by relying solely on legal rights. However, legal rights should not be abandoned. As Nicola Lacey has put it, we must try to alter law instead so as to make it more receptive to the arguments of the powerless. I argue that in order to enhance substantive equality, we have to take into account the pluralist nature of gender equality law. National provisions should be interpreted in the light of fundamental and human rights law. The role of CEDAW should be taken more seriously. It is also important to pay attention to the different doctrines of national and EU equality law on the one hand and fundamental and human rights law on the other. In EU equality law there is a closed system of grounds of prohibited discrimination. In fundamental and human rights law the system is more open: the list of prohibited grounds includes “any other status”. In the latter system it has been possible to give less weight to the principle of comparability. More room has been given to considerations of justification. In

the context of EU law, direct discrimination cannot be justified. There are only specified exceptions provided in the legislation. Consequently, the principle of comparability has a central role as a constituent element of discrimination. This leads easily to old discussions on the sameness / difference of women and men. In situations like that the fundamental and human rights perspective could be an avenue towards substantive equality. In every discrimination case the highest standard of protection against discrimination should be applied, with multi-dimensional substantive equality in mind.

Finnish Lawyers' Association 2013
ISBN 978-951-855-328-4

Oikeustapaushakemisto

EU-tuomioistuin

C-26/62 NV Algemene Transport – en Expeditie Onderneming van Gend & Loos v. Nederlandse administratie der belastningen [1963] ECR 00003 s. 247
C-6/64 Flaminio Costa v. E.N.E.L. [1964] ECR 211 s. 231, 247
C-29/69 Erich Stauder v. City of Ulm [1969] ECR 419 s. 231
C-11/70 Internationale Handelsgesellschaft mbH v Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel [1970] ECR 1125 s. 231
C-32/71 Sabbatini v. European Parliament [1972] ECR 345 s. 234, 235
C-4/73 Nold KG v. Commission [1974] ECR 491 s. 231
C-152/73 Giovanni Maria Sotgiu v. Deutsche Bundespost [1974] ECR I-153 s. 277
C-36/75 Rutili v. Minister of the Interior [1975] ECR 1219 s. 155, 231
C-43/75 Gabrielle Defrenne v. Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena [1976] ECR I-455 (*Defrenne II*) s. 59, 215, 216
C-149/77 Gabrielle Defrenne v. Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena [1978] 1365 (*Defrenne III*) s. 216, 234, 306
C-96/80 J. P. Jenkins v. Kingsgate (Clothing Productions) Ltd [1981] ECR I-911 s. 242, 277, 278, 288
Yhdistetyt asiat C-75/82 ja C-117/82 C. Razzouk ja A. Beydoun v. Euroopan yhteisöjen komissio [1984] ECR I-1509 s. 234, 306
C-14/83 Sabine von Colson ja Elisabeth Kamann v. Land Nordrhein-Westfalen [1984] 01891 s. 247
C-79/83 Dorit Harz v. Deutsche Tradax GmbH [1984] 01921 s. 247
C-184/83 Ulrich Hofmann v. Barmer Ersatzkasse [1984] ECR 3047 s. 263, 270
C-246/83 De Angelis v. Commission [1985] ECR 1253 s. 234
C-151/84 Joan Roberts v. Tate & Lyle Industries Limited [1986] 00703 s. 234
C-152/84 M. H. Marshall v. Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority (Teaching) [1986] ECR 00723 s. 234, 248
C-170/84 Bilka – Kaufhaus GmbH v. Karin Weber von Hartz [1986] ECR I-1607 s. 243, 278, 283, 288, 299, 300, 329
C-222/84 **Margue**rite Johnston v. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary [1986] ECR 1651 s. 231, 268, 270, 312, 313
C-237/85 Gisela Rummler v. Dato-Druck GmbH [1986] 02101 s. 315
C-312/86 Euroopan yhteisöjen komissio v. Ranskan tasavalta [1988] ECR 06315 s. 270
C-318/86 Euroopan yhteisöjen komissio v. Ranskan tasavalta [1988] ECR 3559 s. 312
C-109/88 Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund I Danmark v. Dansk Arbejdsgiverforening, Danfossin puolesta [1989] ECR I-3199 s. 283, 288, 299, 300, 316, 320, 336
C-171/88 Ingrid Rinner-Kühn v. FWW Spezial-Gebäudereinigung GmbH & Co. KG [1989] ECR I-2743 s. 284, 288, 301, 302
C-177/88 Elisabeth Johanna Pacifica Dekker v. Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus [1990] ECR 3941 s. 244, 259, 325, 328
C-179/88 Handels- og Kontorfunktionaererne Forbund i Danmark Birthe Hertzin puolesta v. Dansk Arbejdsgiverforening Aldi Marked A/S:n puolesta[1990] ECR I-3979 s. 342

C-262/88 Douglas Harvey Barber v. Guardian Royal Exchange Assurance Group [1990] I-01889 s. 52, 242, 249
C-322/88 Salvatore Grimaldi v. Fonds des maladies professionnelles [1989] ECR 04407 s. 245
C-33/89 Maria Kowalska v. Freie und Hansestadt Hamburg [1990] ECR I-2591 s. 283
C-184/89 Helga Nimz v. Freie und Hansestadt Hamburg [1991] ECR I-297 s. 300, 301, 336
C-229/89 Euroopan yhteisöjen komissio v. Belgian kuningaskunta [1991] ECR I-2205 s. 302
C-260/89 **Elli**niki Radiophonia Tiléorassi AE and Panellinia Omospondia Syllogon Prossopikou v. Dimotiki Etairia Pliroforissis and Sotirios Kouvelas and Nicolaos Avdellas and others (ERT) [1991] ECR I-2925 s. 155, 231, 232
Yhdistetyt asiat C-6/90 ja C-9/90 Andrea Francovich ja Danila Bonifaci ym. v. Italian tasavalta [1991] ECR I-05357 s. 247
C-9/91 The Queen v. Secretary of State for Social Security, ex parte Equal Opportunities Commission [1992] ECR I-4297 (ns. EOC-tapaus) s. 187
C-226/91 Jan Molenbroek v. Bestuur van de Sociale Verzekeringsbank [1992] ECR I-5943 s. 302
C-328/91 Secretary of State for Social Security v. Evelyn Thomas ym. [1993] I-01247 s. 187
C-91/92 Paola Faccini Dori v. Recreb Srl [1994] ECR I-03325 s. 248
C-127/92 Pamela Mary Enderby v. Frenchay Health Authority ja Secretary of State for Health [1993] ECR I-5535 s. 289, 290, 301, 319
C-132/92 Birds Eye Walls Ltd. v. Friedel M. Roberts [1993] ECR I-5579 s. 234, 320
C-343/92 M. A. De Weerd, o.s. Roks, ym. v. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Gezondheid, Geestelijke en Maatschappelijke Belangen ym**.** [1994] ECR I-571 s. 302, 304, 306
Yhdistetyt asiat C-399/92, C-409/92, C-425/92, C-34/93, C-50/93 ja C-78/93 Stadt Lengerich v. Angelika Helmig, Waltraud Schmidt v. Deutsche Angestellten-Krankenkasse, Elke Herzog v. Arbeiter-Samariter-Bund Landverband Hamburg eV, Dagmar Lange v. Bundesknappschaft Bochum, Angelika Kussfeld v. Firma Detlef Bogdol GmbH ja Ursula Ludewig v. Kreis Segeberg [1994] ECR I-5727 s. 264, 283, 297
C-408/92 Constance Christina Ellen Smith ym. v. Avdel Systems Ltd [1994] I-04435 s. 52, 234
Yhdistetyt asiat C-46/93 ja C-48/93 Brasserie du Pêcheur SA vastaan Bundesrepublik Deutschland ja The Queen v. Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd ym. [1996] ECR I-01029 s. 247
C-317/93 Inge Nolte v. Landesversicherungsanstalt Hannover [1995] ECR I-4625 s. 302
C-342/93 Joan Gillespie ym. v. Northern Health and Social Services Boards, Department of Health and Social Services, Eastern Health and Social Services Board ja Southern Health and Social Services Board [1996] ECR I-475 s. 56, 295, 334, 335
C-400/93 Specialarbejderforbundet i Danmark v. Dansk Industri, ent. Industriens Arbejdsgivere, joka edustaa yritystä Royal Copenhagen A/S [1995] ECR I-1275 s. 285, 286, 288, 315
C-444/93 Ursula Megner ja Hildegard Scheffel v. Innungskrankenkasse Vorderpfalz, devenue Innungskrankenkasse Rheinhessen-Pfalz [1995] ECR I-4741 s. 302
C-450/93 Eckhard Kalanke v. Freie Hansestadt Bremen [1995] ECR I-3051 s. 272
C-457/93 Kuratorium für Dialyse und Nierentransplantation e.V. v. Johanna Lewark [1996] ECR I-243 s. 302
C-8/94 C. B. Laperre v. Bestuurscommissie beroepszaken in de provincie Zuid-Holland [1996] ECR I-273 s. 302
C-13/94 P v. S ja Cornwall County Council [1996] ECR I-2143 s. 56, 235, 236, 259, 306
C-237/94 John O'Flynn v. Adjudication Officer [1996] ECR I-2617 s. 291, 292

C-280/94 Y. M. Posthuma-van Damme v. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor Detailhandel, Ambachten en Huisvrouwen ja N. Oztürk v. Bestuur van de Nieuwe Algemene Bedrijfsvereniging [1996] ECR I-179 s. 302
C-1/95 Hellen Gerster v. Freistaat Bayern [1997] ECR I-5253 s. 300, 301, 336
C-100/95 Brigitte Kording v. Senator für Finanzen [1997] ECR I-5289 s. 300, 301
C-136/95 Caisse nationale d'assurance vieillesse des travailleurs salariés (CNAVTS) v. Evelyne Thibault [1998] ECR I-2011 s. 259, 264, 287, 335, 346
C-243/95 Kathleen Hill & Ann Stapleton v. The Revenue Commissioners et Department of Finance [1998] ECR I-3735 s. 282, 301, 304, 336
C-400/95 Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark, puolesta Helle Elisabeth Larsson v. Dansk Handel & Service, puolesta Føtex Supermarked A/S [1997] ECR I-2757 s. 342
C-409/95 Hellmut Marschall v. Land Nordrhein-Westfalen [1997] ECR I-6363 s. 272, 273, 275
C-50/96 Deutsche Telekom AG v. Lilli Schröder [2000] ECR I-743 s. 216, 288, 306
C-66/96 Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark, puolesta Berit Høj Pedersen, vastaan Fællesforeningen for Danmarks Brugsforeninger ja Dansk Tandlægeforening ja Kristelig Funktionær-Organisation v. Dansk Handel & Service [1998] ECR I-07327 s. 335
C-394/96 Mary Brown v. Rentokil Ltd [1998] ECR I-4185 s. 264, 342, 343
C-411/96 Margaret Boyle ym. v. Equal Opportunities Commission [1998] ECR I-6401 s. 264, 295, 334, 335
C-158/97 Georg Badeck ym. [2000] ECR I-1875 s. 273
C-167/97 The Queen v. Secretary of State for Employment, ex parte Nicole Seymour-Smith ja Laura Perez [1999] ECR I-623 s. 234, 289, 290, 302, 303
C-249/97 Gabriele Gruber v. Silhouette International Schmied GmbH & Co. KG [1999] ECR I-5295 s. 56, 286, 287, 296
Yhdistetyt asiat C-270/97 ja C-271/97 Deutsche Post AG v. Elisabeth Sievers ja Brunhilde Schrage [2000] ECR I-00929 s. 216, 234
C-273/97 Angela Maria Sirdar v. Army Board, Secretary of State for Defence [1999] ECR 7403 s. 312
C-281/97 Andrea Krüger v. Kreiskrankenhaus Ebersberg [1999] ECR I-5127 s. 304
C-333/97 Susanne Lewen v. Lothar Denda [1999] ECR I-7243 s. 287, 295, 296, 335, 336
C-196/98 Regina Virginia Hepple v. Adjudication Officer ja Adjudication Officer v. Anna Stec. [2000] I-03701 s. 187
C-207/98 Silke-Karin Mahlburg v. Land Mecklenburg-Vorpommern [2000] ECR I-549 s. 270, 328
C-226/98 Birgitte Jørgensen v. Foreningen af Speciallæger ja Sygesikringens Forhandlingsudvalg [2000] ECR I-2447 s. 289, 295, 302, 304, 306
C-322/98 Bärbel Kachelmann v. Bankhaus Hermann Lampe KG [2000] ECR I-7505 s. 285, 295
C-343/98 Renato Collino ja Luisella Chiappero v. Telecom Italia SpA [2000] ECR I-06659 s. 248
C-407/98 Katarina Abrahamsson ja Leif Anderson v. Elisabeth Fogelqvist [2000] ECR I-5539 s. 273, 274
C-79/99 Julia Schnorbus v. Land Hessen [2000] ECR I-10997 s. 320
Yhdistetyt asiat C-122/99 ja C-125/99 D ja Ruotsin kuningaskunta v. Euroopan unionin neuvosto [2001] ECR I-4319 s. 235, 295
C-340/99 TNT Traco SpA v. Poste Italiane SpA ym. [2001] ECR I-04109 s. 222

C-366/99 Joseph Griesmar v. Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie et Ministre de la Fonction publique, de la Réforme de l'Etat et de la Décentralisation [2001] ECR I-0983 s. 188, 270
C-381/99 Susanna Brunnhofer v. Bank der österreichischen Postsparkasse AG [2001] ECR I-4961 s. 295, 315, 320
C-476/99 H. Lommers v. Minister van Landbouw [2002] ECR I-2891 s. 274
C-60/00 Mary Carpenter v. Secretary of State for the Home Department [2002] I-06279 s. 232
C-109/00 Tele Danmark A/S v. Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark (HK) [2001] ECR I-6993 s. 244, 328, 329, 330, 331
C-112/00 Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge v. Republik Österreich [2003] I-05659 s. 155
C-187/00 Helga Kutz-Bauer v. Freie und Hansestadt Hamburg [2003] ECR I-2741 s. 303, 304, 306
C-320/00 A. G. Lawrence ym. v. Regent Office Care Ltd, Commercial Catering Group ja Mitie Secure Services Ltd [2002] ECR I-7325 s. 295, 317
C-351/00 Pirkko Niemi [2002] I-07007 s. 242
C-109/01 Secretary of State for the Home Department v. Hacene Akrich [2003] I-09607 s. 155
C-117/01 K.B. v. N.H.S. Pensions Agency and Secretary of State for Health [2004] ECR s. 144, 155, 236
C-207/01 Altair Chimica SpA v. ENEL Distribuzione SpA [2003] I-08875 s. 245
C-224/01 Gerhard Köbler v. Republik Österreich [2003] I-10239 s. 247
C-256/01 Debra Allonby v. Accrington & Rossendale College, Education Lecturing Services, trading as Protocol Professional ja Secretary of State for Education and Employment [2004] ECR s. 234, 284, 317
C-342/01 María Paz Merino Gómez v. Continental Industrias del Caucho SA [2004] ECR s. 346
Yhdistetyt asiat C-4/02 ja C-5/02 Hilde Schönheit v. Stadt Frankfurt am Main ja Silvia Becker v. Land Hessen [2003] ECR s. 288
C-19/02 Viktor Hlozek v. Roche Austria Gesellschaft mbH [2004] I-11491 s. 261
C-25/02 Katharina Rinke v. Ärztekammer Hamburg [2003] ECR I-8349 s. 234, 235, 288, 295
C-77/02 Erika Steinicke v. Bundesanstalt für Arbeit [2003] ECR I-9027 s. 288, 299, 303, 304, 306
C-147/02 Michelle K. Alabaster v. Woolwich plc ja Secretary of State for Social Security [2004] ECR s. 334
C-201/02 The Queen, Delena Wellsin hakemuksesta, v. Secretary of State for Transport, Local Government and the Regions [2004] ECR I-00723 s. 248
C-220/02 Österreichischer Gewerkschaftsbund, Gewerkschaft der Privatangestellten v. Wirtschaftskammer Österreich [2004] ECR s. 262, 287, 295, 296, 297
C-284/02 Land Brandenburg v. Ursula Sass [2004] ECR s. 335, 346
C-285/02 Edeltraud Elsner-Lakeberg v. Land Nordrhein-Westfalen [2004] ECR s. 265, 266, 283
C-313/02 Nicole Wippel v. Peek & Cloppenburg GmbH & Co. KG [2004] ECR s. 284, 293, 294, 295, 296
C-457/02 Rikosoikeudenkäynti v. Antonio Niselli [2004] ECR I-10853 s. 248
C-105/03 Rikosoikeudenkäynti v. Maria Pupino [2005] ECR I-05285 s. 251
C-191/03 North Western Health Board v. Margaret McKenna [2005] ECR I-07631 s. 335
C-540/03 Euroopan parlamentti v. Euroopan unionin neuvosto [2006] ECR I-05769 s. 155, 222
C-144/04 Werner Mangold v. Rüdiger Helm [2005] I-09981 s. 233, 234, 237
C-227/04 Marie-Luise Lindorfer v. Euroopan unionin neuvosto [2007] I-06767 s. 265

C-423/04 Sarah Margaret Richards v. Secretary of State for Work and Pensions [2006] I-03585 s. 144
C-13/05 Sonia Chacón Navas v. Eurest Colectividades SA [2006] I-06467 s. 234
C-17/05 B.F. Cadman v. Health & Safety Executive [2006] ECR s. 300, 336
Yhdistetyt tapaukset C-402/05 ja C-415/05 P Yassin Abdullah Kadi ja Al Barakaat International Foundation v. Euroopan unionin neuvosto ja Euroopan yhteisöjen komissio [2008] I-06351 s. 251
C-411/05 Félix Palacios de la Villa v. Cortefiel Servicios SA [2007] I-08531 s. 234
C-116/06 Sari Kiiski v. Tampereen kaupunki [2007] ECR I-07643 s. 337, 338
C-267/06 Tadao Maruko v. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen [2008] I-01757 s. 144, 234
C-300/06 Ursula Voß v. Land Berlin [2007] I-10573 s. 265, 266, 284
C-303/06 S. Coleman v. Attridge Law ja Steve Law [2008] I-05603 s. 56, 234
C-427/06 Birgit Bartsch v. Bosch und Siemens Hausgeräte (BSH) Altersfürsorge GmbH [2008] I-07245 s. 234
C-460/06 Nadine Paquay v. Société d'architectes Hoet + Minne SPRL [2007] I-08511 s. 342
C-506/06 Sabine Mayr v. Bäckerei und Konditorei Gerhard Flöckner OHG [2008] I-01017 s. 340
C-54/07 Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v. Firma Feryn NV [2008] I-05187 s. 234
C-127/07 Société Arcelor Atlantique et Lorraine ym. v. Premier ministre, Ministre de l'Écologie et du Développement durable ja Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie [2008] I-09895 s. 261
Yhdistetyt asiat C-378/07 – C-380/07 Kiriaki Angelidaki ym. v. Organismos Nomarchiakis Autodioikisis Rethymnis, Charikleia Giannoudi vastaan Dimos Geropotamou ja Georgios Karabousanos ja Sofoklis Michopoulos vastaan Dimos Geropotamou [2009] ECR I-03071 s. 251
C-388/07 The Queen, seuraavien hakemuksesta The Incorporated Trustees of the National Council for Ageing (Age Concern England) v. Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform [2009] I-01569 s. 234
C-537/07 Evangelina Gómez-Limón Sánchez-Camacho v. Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) ja Alcampo SA [2009] I-06525 s. 237
C-555/07 Seda Kücükdeveci v. Swedex GmbH & Co. KG. [2010] I-00365 s. 225, 233, 234, 237
C-88/08 David Hütter v. Technische Universität Graz [2009] I-05325 s. 234
C-116/08 Christel Meerts v. Proost NV [2009] ECR I-00063 s. 237, 248
C-147/08 Jürgen Römer v. Freie und Hansestadt Hamburg. Tuomio 15.5.2011, ei vielä julkaistu oikeustapauskokoelmassa. s. 234
C-194/08 Susanne Gassmayr v. Bundesminister für Wissenschaft und Forschung [2010] ECR I-06281 s. 336
C-229/08 Colin Wolf v. Stadt Frankfurt am Main [2010] I-00001 s. 234
C-341/08 Domnica Petersen v. Berufungsausschuss für Zahnärzte für den Bezirk Westfalen-Lippe [2010] I-00047 s. 235
C-471/08 Sanna Maria Parviainen v. Finnair Oyj [2010] ECR I-06533 s. 248, 336
C-499/08 Ingeniørforeningen i Danmark v. Region Syddanmark [2010] I-09343 s. 234
C-45/09 Gisela Rosenbladt v. Oellerking Gebäudereinigungsges. mbH [2010] I-09391 s. 234
C-104/09 Pedro Manuel Roca Álvarez v. Sesa Start España ETT SA [2010] I-08661 s. 234, 264, 359

C-109/09 Deutsche Lufthansa AG v. Gertraud Kumpan, tuomio 10.3.2011, ei vielä julkaistu oikeustapauskokoelmassa. s. 234
C-236/09 Association Belge des Consommateurs Test-Achats ASBL ym. v. Conseil des ministres. Tuomio 1.3.2011, ei vielä julkaistu oikeustapauskokoelmassa. s. 225, 233, 240, 261
C-246/09 Susanne Bulicke v. Deutsche Büro Service GmbH [2010] I-07003 s. 234
C-250/09 Vasil Ivanov Georgiev v. Tehnicheski universitet – Sofia, filial Plovdiv. Tuomio 18.11.2010, ei vielä julkaistu oikeustapauskokoelmassa. s. 234
C-356/09 Pensionsversicherungsanstalt v. Christine Kleist, tuomio 18.11.2011, ei vielä julkaistu oikeustapauskokoelmassa. s. 261, 345
C-447/09 Reinhard Prigge ym. v. Deutsche Lufthansa AG. Tuomio 13.11.2011, ei vielä julkaistu oikeustapauskokoelmassa. s. 234
C-104/10 Patrick Kelly v. National University of Ireland (University College, Dublin), tuomio 21.7.2011, ei vielä julkaistu oikeustapauskokoelmassa. s. 257
C-149/10 Zoi Chatzi v. Ypourgos Oikonomikon [2010] I-08489 s. 225, 233, 237, 241, 262, 263, 266
Yhdistetyt asiat C-159/10 ja C-160/10 Gerhard Fuchs ja Peter Köhler v. Land Hessen. Tuomio 21.7.2011, ei vielä julkaistu oikeustapauskokoelmassa. s. 234
Yhdistetyt asiat C-297/10 Sabine Hennigs v. Eisenbahn-Bundesamt ja C-298/10 Land Berlin v. Alexander Mai, tuomio 8.9.2011, ei vielä julkaistu oikeustapauskokoelmassa. s. 225, 234
C-400/10 J. McB. v. L. E. [2010] I-08965 s. 227
C-415/10 Galina Meister v. Speech Design Carrier Systems GmbH. Tuomio 19.4.2012, ei vielä julkaistu oikeustapauskokoelmassa. s. 234, 257
Yhdistetyt asiat C-512/11 ja C-513/11 Terveys- ja sosiaalialan neuvottelujärjestö TSN ry v. Terveyspalvelualan liitto ry, Mehiläinen Oy:n osallistuessa asian käsittelyyn ja Ylemmät toimihenkilöt YTN ry v. Teknologiateollisuus ry ja Nokia Siemens Networks Oy. Julkisasiamiehen ratkaisuehdotus annettu 21.2.2013. s. 338

Euroopan ihmisoikeustuomioistuin

A. v. Kroatia (14.10.2010) s. 189
Abdulaziz, Cabales ja Balkandali v. Yhdistynyt kuningaskunta (28.5.1985, A 94) s. 156, 162, 177, 177
Alajos Kiss v. Unkari (20.5.2010) s. 167
Alekseyev v. Venäjä (21.10.2010) s. 165
Andrejeva v. Latvia (18.2.2009) s. 161, 165, 166, 169
Andrle v. Tšekki (17.2.2011) s. 185, 186, 188, 189, 191, 232, 242
Backlund v. Suomi (6.7.2010) s. 107, 166
Beard v. Yhdistynyt kuningaskunta (18.1.2001) s. 170
Belgian Linguistics Case v. Belgia (23.7.1968, A6) s. 156, 160
Botta v. Italia (24.2.1998, Reports 1998-I) s. 157
Bouamar v. Belgia (29.2.1988, A 129) s. 163
Burghartz v Sveitsi (22.2.1994, A 280-B) s. 179
Camp ja Bourimi v. Alankomaat (3.10.2000) s. 163
Carson ym.v. Yhdistynyt kuningaskunta (16.3.2010, Reports 2010) s. 159
Chapman v. Yhdistynyt kuningaskunta (18.1.2001, Reports 2001-I) s. 170, 171, 210
Chassagnou ym v. Ranska (29.4.1999, Reports 1999-III) s. 161, 162, 163

Christine Goodwin v. Yhdistynyt kuningaskunta (11.7.2002, Reports 2002-VI) s. 144, 166, 167, 236
Cossey v. Yhdistynyt kuningaskunta (27.9.1990, A 184) s. 144, 166
Coster v. Yhdistynyt kuningaskunta (18.1.2001) s. 170
D.H. ym. v. Tšekki (13.11.2007, Reports 2007-IV) s. 155, 161, 165, 167, 169, 173, 174, 175, 176, 177, 180
Dudgeon v. Yhdistynyt kuningaskunta (22.10.1981, A 45) s. 167
E.B. v. Ranska (22.1.2008) s. 165
Evans v. Yhdistynyt kuningaskunta (10.4.2007, Reports 2007-I) s. 167, 169
Fredin v. Ruotsi (18.2.1991, A 192) s. 161, 163
Fretté v. Ranska (26.2.2002, Reports 2002-I) s. 165, 167
Gaygusuz v. Itävalta (16.9.1996, Reports 1996-IV) s. 168
Glor v. Sveitsi (30.4.2009, Reports 2009) s. 168
Grant v. Yhdistynyt kuningaskunta (23.5.2006, Reports 2006-VII) s. 144
Grönmark v. Suomi (6.7.2010) s. 107, 166
Haas v. Alankomaat (13.1.2004) s. 166
Hoffmann v. Itävalta (23.6.1993, A 255-C) s. 162, 168
Hoogendijk v. Alankomaat (6.1.2005) s. 173, 174
Hugh Jordan v. Yhdistynyt kuningaskunta (4.5.2001) s. 172, 174
Inze v. Itävalta (28.10.1987, A 126) s. 156, 163, 164
James ym. v. Yhdistynyt kuningaskunta (21.2.1986, A 98) s. 163, 164
Jane Smith v. Yhdistynyt kuningaskunta (18.1.2001) s. 170
J.M. v. Yhdistynyt kuningaskunta (28.9.2010) s. 165
Johnston ym. v. Irlanti (18.12.1986, A 112) s. 161
Jäggi v. Sveitsi (13.7.2006, Reports 2006-X) s. 166
Kamasinski v. Itävalta (19.12.1989, A 168) s. 164
Karlheinz Schmidt v. Saksa (18.7.1994, A 291-B) s. 156, 162, 179
Karner v. Itävalta (24.7.2003) s. 165
Kelly ym. v. Yhdistynyt kuningaskunta (4.5.2001) s. 172
Kiyutin v. Venäjä (10.3.2011) s. 161, 164, 165, 167
Kjeldsen, *Busk Madsen ja Pedersen v. Tanska* (7.12.1976, A 23) s. 159
Kozak v. Puola (2.3.2010) s. 165
K. R. S. v. Yhdistynyt kuningaskunta (2.12.2008) s. 99
Konstantin Markin v. Venäjä (7.10.2010 – suuri jaosto 22.3.2012) s. 162, 165, 166, 182, 183, 184, 291
Lee v. Yhdistynyt kuningaskunta (18.1.2001) s. 170
Leyla Sahin v. Turkki (10.11.2005) s. 191
Lithgow ym. v. Yhdistynyt kuningaskunta (8.7.1986, A 102) s. 161, 164
Losonci Rose ja Rose v. Sveitsi (9.11.2010) s. 179
Lustig-Prean ja Beckett v. Yhdistynyt kuningaskunta (27.9.1999) s. 162, 165
Marckx v. Belgia, (13.6.1979, A 31) s. 106, 160, 161, 166, 168
McKerr v. Yhdistynyt kuningaskunta (4.5.2001) s. 172
Mikulic v. Kroatia (7.2.2002) s. 166
Monnell ja Morris v. Yhdistynyt kuningaskunta (2.3.1987, A 115) s. 163, 164
Moustaquim v. Belgia (18.2.1991, A 193) s. 163, 164
Nachova ym. v. Bulgaria (6.7.2005, Reports 2005-VII) s. 173
Observer ja Guardian v. Yhdistynyt kuningaskunta (26.11.1991, A 216) s. 161, 163
Opuz v. Turkki (9.6.2009, Reports 2009) s. 189
Orsus ym. v. Kroatia (16.3.2010) s. 157, 165, 167, 169, 176, 177

Petrovic v. Itävalta (27.3.1998, Reports 1998-II) s. 157, 165, 166, 181, 182, 183
Phinikaridou v. Kypros (20.12.2007) s. 166
P.B. ja J.S. v. Itävalta (22.7.2010) s. 165
P.M. v. Italia (11.1.2001) s. 163
Rasmussen v. Tanska (28.11.1984, A 87) s. 163, 164, 180, 181
Rees v. Yhdistynyt kuningaskunta (17.10.1986, A 106) s. 144, 166
Sahin v. Saksa (11.10.2001) s. 163
Salgueiro da Silva Mouta v. Portugali (21.12.1999, Reports 1999-IX) s. 163, 165
Sampanis ym. v. Kreikka (5.6.2008) s. 167, 169, 176, 177
Schuler-Zgraggen v. Sveitsi (24.6.1993, A 263) s. 164, 165, 178
Sejdic ja Finci v. Bosnia ja Herzegovina (22.12.2009, Reports 2009) s. 159
Şerife Yiğit v. Turkki (2.11.2010) s. 159, 161
Shanaghan v. Yhdistynyt kuningaskunta (4.5.2001) s. 172
Sheffield ja Horsham v. Yhdistynyt kuningaskunta (30.7.1998, Reports 1998-V) s. 144, 163, 166
Smith ja Grady v. Yhdistynyt kuningaskunta (27.9.1999, Reports 1999-VI) s. 167, 183
Spadea ja Scalabrino v. Italia (28.9.1995, A 315-B) s. 161
Stec ym. v. Yhdistynyt kuningaskunta (12.4.2006) s. 165, 166, 186, 187
Stubbings ym. v. Yhdistynyt kuningaskunta (22.10.1996, Reports 1996-IV) s. 168, 169
Stummer v. Itävalta (7.7.2011) s. 159
Sunday Times v. Yhdistynyt kuningaskunta (II) (26.11.1991, A 217) s. 161
Thlimmenos v. Kreikka (6.4.2000, Reports 2000-IV) s. 156, 165, 168, 169, 170, 171
Timishev v. Venäjä (13.12.2005) s. 157, 161, 167
Tyrer v. Yhdistynyt kuningaskunta (25.4.1978, A 26) s. 166
Van der Mussele v. Belgia (23.11.1983, A 70) s. 161, 163
Van Raalte v. Alankomaat (21.2.1997, Reports 1997-I) s. 157, 179, 180
Vermeire v. Belgia (29.11.1991, A 214-C) s. 106, 166
VGT Verein gegen Tierfabriken v. Sveitsi (28.6.2001, Reports 2001-VI) s. 163
Walker v. Yhdistynyt kuningaskunta (22.8.2006) s. 187, 188
Weller v. Unkari (31.3.2009) s. 166, 182
Wena ja Anita Parry v. Yhdistynyt kuningaskunta (28.11.2006) s. 144
Wessels-Bergervoet v. Alankomaat (4.6.2002, Reports 2002-IV) s. 157, 186
Willis v. Yhdistynyt kuningaskunta (11.6.2002, Reports 2002-IV) s. 157, 184, 185
X ja Y v. Alankomaat (26.3.1985, A 91) s. 167
Zarb Adami v. Malta (20.6.2006, Reports 2006-VIII) s. 179
Ünal Tekeli v. Turkki (16.11.2004) s. 180, 190, 191

CEDAW-komitea (YK:n CEDAW-sopimus)

Karen Tayag Vertido v. Filippiinit, Communication No. 18/2008 (16.7.2010) s. 195, 200
V.K. v. Bulgaria, Communication No. 20/2008 (25.7.2011) s. 195
Inga Abramova v. Valko-Venäjä, Communication No. 23/2009 (25.7.2011) s. 195
Maria de Lourdes da Silva Pimentel v. Brasilia, Communication No. 17/2008 (25.7.2011), s. 195, 197
T.P.F. v. Peru, Communication No. 22/2009 (17.10.2011) s. 195, 200

Ihmisoikeuskomitea (YK:n KP-sopimus)

Althammer v. Itävalta, Communication No. 998/01, 8.8.2003 s. 205
Broeks v. Alankomaat, Communication No. 172/1984, 9.4.1987 s. 204
Derksen ja Bakker v. Alankomaat, Communication No. 976/2001, 1.4.2004 s. 205
F.H. Zwaan de Vries v. Alankomaat, Communication No. 182/1984, 9.4.1987 s. 204
Gueye ym. v. Ranska, Communication No.196/1985, 3.4.1989 s. 204
Haraldsson ja Sveinsson v. Islanti, Communication No. 1306/2004, 24.10.2007 s. 205
Karnel Singh Bhinder v. Kanada, Communication No. 208/1986, 9.11.1989 s. 205
Kavanagh v. Irlanti, Communication No. 819/1998, 4.4.2001 s. 207, 362
Süsser v. Tšekki, Communication No. 1488/2006, 25.3.2008 s. 205
Vjatseslav Tsarjov v. Viro, Communication No. 1223/2003, 26.10.2007 s. 205
X v. Kolumbia, Communication No. 1361/2005, 30.3.2007 s. 205
Young v. Australia Communication No. 941/2000, 6.8.2003 s. 204

Ulkomaiset tuomioistuimet

Bundesarbeitsgericht 14.10.1986 BB 1987 s. 300
Bundesverfassungsgericht 22.10.1986, BVerfGE 73, 339 (ns. Solange II -tapaus) s. 231
Bundesverfassungsgericht 27.5.2008, BVerfGE, 1 BvL 10/05 s. 145
Etelä-Afrikan tasavallan presidentti v. Hugo 1997 (4) SA 1 (CC) s. 263
Griggs v. Duke Power Company (1981) 401 U.S. 425, US Supreme Court s. 277
Wilson v. Lane 307 U.S. 268 (1939) s. 277
Oyama v. California 332 U.S. 633 (1948) s. 277
Jones v. University of Manchester*,* Court of Appeal 21.12.1992 (1993) IRLR 218 CA. s. 287
London Underground Ltd. v. Edwards [1998] I.R.L.R 364 C.A. s. 292
Stewart v. Cleveland Guest (Engineering) Ltd [1994] IRLR 440 (EAT) s. 56

Kotimaiset tuomioistuimet

Korkein oikeus
KKO 1973 II 73 s. 98, 120
KKO 1981 II 157 s. 98
KKO 1984 II 95 s. 98, 104, 120
KKO 1986 I 4 s. 98
KKO 1992:7 s. 326
KKO 1993:58 s. 98, 104
KKO 1996:140 s. 311
KKO 1996:141 s. 310
KKO 2000:52 s. 98
KKO 2001:9 s. 142
KKO 2002:42 s. 142, 311
KKO 2003:107 s. 98, 101, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 142
KKO 2004:7 s. 98
KKO 2004:26 s. 98, 101
KKO 2004:59 s. 142, 283, 304–307
KKO 2005:24 s. 142, 310

KKO 2005:25 s. 142
KKO 2008:93 s. 86, 99, 148
KKO 2009:78 s. 142, 317–318
KKO 2010:1 s. 347
KKO 2010:45 s. 99
KKO 2010:46 s. 99
KKO 2010:74 s. 88, 142–143
KKO 2010:93 s. 97
KKO 2012:11 s. 96, 104, 107–109
KKO 2013:10 s. 301

Korkein hallinto-oikeus
KHO 1953 I 7 s. 120
KHO 1976 II 17 s. 120
KHO 1976 II 18 s. 120
KHO 1978 A II 61 s. 120
KHO 1979 I 3 s. 120
KHO 1979 I 4 s. 120
KHO 1979 II 42 s. 120
KHO 1982 I 1 s. 120
KHO 1985 II 50 s. 120
KHO 1998:53 s. 144
KHO 1999:70 s. 267, 333
KHO 2000:63 s. 97, 143
KHO 2001:50 s. 143
KHO 2002:43 s. 97,143
KHO 2003:3 s. 144
KHO 2003:75 s. 86
KHO 2003:101 s. 143KHO 2003:102 s. 144
KHO 2003:112 s. 97
KHO 2004:46 s. 144
KHO 2005:5 s. 144
KHO 2005:50 s. 86, 96
KHO 2005:51 s. 144, 317
KHO 2006:12 s. 144
KHO 2006:98 s. 144
KHO 2007:77 s. 102
KHO 2008:8 s. 143
KHO 2008:20 s. 114, 142, 144
KHO 2008:25 s. 102
KHO 2009:11 s. 144
KHO 2009:15 s. 99, 102, 132, 142, 144–146, 153
KHO 2009:22 s. 86, 99
KHO 2011:56 s. 143
KHO 2011:107 s. 142
KHO 2013:46 s. 143, 310, 311

Hovioikeudet
Helsingin HO asiassa S 00/1486 s. 332
Helsingin HO 3.12.2003 asiassa S 03/435 s. 327
Helsingin HO 22.3.2005 asiassa S 04/3708 s. 104
Helsingin HO 26.6.2009 asiassa S 08/2133 s. 333
Helsingin HO 22.10.2009 asiassa R 09/1005 s. 347
Itä-Suomen HO 4.12.2008 asiassa S 08/404 s. 333
Kouvolan HO 17.6.2009 asiassa S 08/1188 s. 333
Turun HO 28.2.2003 asiassa S 01/1471 s. 320
Turun HO 8.7.2008 asiassa S 07/789 s. 333
Turun HO 31.1.2011 asiassa R 09/2344 s. 347
Turun HO 28.11.2011 asiassa R 11/316 s. 347
Vaasan HO 31.12.2008 asiassa S 08/165 s. 333

Työtuomioistuin
TT 1998:34 s. 150, 280, 296, 336
TT 2002:7–10 s. 317
TT 2003:80–82 s. 151
TT 2003:86 s. 150, 336, 346
TT 2004:10–15 s. 151
TT 2007:45 s. 148–149
TT 2009:29 s. 150
TT 2009:57 s. 150
TT 2010:139 s. 149, 336–337, 362
TT 2011:29 s. 147
TT 2011:101 s. 146
TT 2011:107–108 s. 338–340
TT 2011:135 s. 146
TT 2011:145 s. 146

Kotimaiset tasa-arvolain valvontaelimet

Tasa-arvolautakunnan lausunnot
Tasa-arvolautakunnan lausunto 28.11.2000, N:o L 1/00 s. 310
Tasa-arvolautakunnan lausunnot 18.5.2001, N:o L 1/01 ja 2/01 s. 318
Tasa-arvolautakunnan lausunto 15.3.2002, N:o L 1/02 s. 267, 326
Tasa-arvolautakunnan lausunto 4.2.2003, N:o L 1/03 s. 319
Tasa-arvolautakunnan lausunto 28.4.2003, N:o L 2/03 s. 310
Tasa-arvolautakunnan lausunto 26.2.2004, N:o L 1/04 s. 310, 311
Tasa-arvolautakunnan lausunto 25.3.2004, N:o L 2/04 s. 310
Tasa-arvolautakunnan lausunto 29.10.2004, N:o L 5/04 s. 310
Tasa-arvolautakunnan lausunto 8.4.2005, N:o L 1/05 s. 310
Tasa-arvolautakunnan lausunto 18.1.2006, N:o L 2/05 s. 315, 319
Tasa-arvolautakunnan lausunto 18.1.2006, N:o L 1/06 s. 310
Tasa-arvolautakunnan lausunto 22.6.2006, N:o L 4/06 s. 319
Tasa-arvolautakunnan lausunto 6.5.2008, N:o L 2/08 s. 257, 347
Tasa-arvolautakunnan lausunto 17.12.2008, N:o L 3/08 s. 257, 310
Tasa-arvolautakunnan lausunto 8.5.2009, N:o L 2/09 s. 257
Tasa-arvolautakunnan lausunto 21.10.2010, N:o L 1/2010 s. 257, 338

Tasa-arvovaltuutetun lausunnot
Tasa-arvovaltuutetun lausunto Dnro 11/53/98 s. 287, 336
Tasa-arvovaltuutetun lausunto 31.5.2001, Dnro 5/53/99 s. 287, 336
Tasa-arvovaltuutetun lausunto 12.8.2002, Dnro 8/55/00 s. 332
Tasa-arvovaltuutetun lausunto 7.1.2004, Dnro 5/53/02 s. 320
Tasa-arvovaltuutetun lausunto 17.10.2004, Dnro 7/55/03 s. 267
Tasa-arvovaltuutetun lausunto 8.5.2009, Dnro TAS/39/2008 s. 339
Tasa-arvovaltuutetun lausunto 8.5.2009, Dnro TAS/314/2008 s. 313
Tasa-arvovaltuutetun lausunto 25.2.2010, Dnro TAS/84/2010 s. 321, 332
Tasa-arvovaltuutetun lausunto 13.1.2011, Dnro TAS/110/10 s. 331, 332
Tasa-arvovaltuutetun lausunto 31.12.2011, Drno TAS 323/10 s. 146
Tasa-arvovaltuutetun lausunto 11.2.2011, Dnro TAS/45/2011 s. 326

Asiahakemisto

Adoptio s. 127–128
Aktiivinen syrjintä s. 58–59
Aliedustettu sukupuoli s. 275–276
Ansiovertailu s. 309–310
Avoin syrjintä s. 58

But for -testi s. 266, 326, 334, 337, 339, 340, 351

CEDAW-sopimus s. 4, 5, 6, 15, 45, 66, 72, 76, 78, 117, 119, 136, 150, 170, 182, 188, 189, 194–203, 205, 208, 211, 255, 264, 271, 275, 307, 362

Deliberatiivinen demokratia s. 75
Demokratia s. 74–75
Direktiivit
- EU:n tasa-arvo-oikeudessa s. 239–242
- Oikeusvaikutukset s. 247–251

Diskurssiperiaate s. 75

Edistämisvelvoitteet
- CEDAW-sopimuksen mukaan s. 198
- EU-oikeuden mukaan s. 219–220
- Euroopan ihmisoikeussopimuksen mukaan s. 176, 193–194
- KP-sopimuksen mukaan s. 206
- Suomen perustuslain 6 § 4 momentin mukaan s. 139–141
- tasa-arvolain mukaan s. 62–65
- TSS-sopimuksen mukaan s. 211

Eläkejärjestelmien syrjivyys s. 52, 127, 132, 166, 185–189, 191, 215, 234, 236, 241–242, 261, 278, 283, 300
Epäilyttävät syrjintäperusteet s. 159, 162, 164, 167, 175, 182, 191, 361
Erittäin painavat syyt (very weighty reasons) s. 162, 164, 167, 175, 182–183, 192
Ethic of care s. 25
Ethic of justice s. 25
Etninen syrjintä s. 5, 28, 47, 55, 125, 167, 170–171, 174–177, 204, 206, 210, 220–221, 223

Etusija
- EU-oikeuden s. 247, 249–250
- Suomen perustuslain 106 § s. 100–110

Euroopan ihmisoikeussopimus s. 155–194
- oppi valtion harkintamarginaalista s. 164–168
- sukupuolisyrjinnän kielto s. 177–191
- syrjinnän kiellon elementit s. 160–164
- välillinen syrjintä s. 168–177

Feministiset teoriat s. 26–29

GOR-poikkeukset s. 269, 312–313, 353

Haastattelu, ks. työhaastattelu
Haittaperiaate s. 265–266
Hedelmöityshoidot s. 129–132, 167, 169–170, 341
Hyväksyttävä peruste s. 11, 112, 126, 128, 137
Hyväksyttävä seikka s. 309, 311
Hyväksyttävä syy s. 113, 235, 307–308, 309, 311, 320–321, 348, 353
Häirintä s. 56, 255, 256, 260

Ihmisoikeudet
- dualistinen ja monistinen malli s. 79–80
- ihmisoikeusystävällinen tulkintaperiaate s. 95–98, 102, 307, 362
- jakamattomuusperiaate s. 78, 228
- jaotteluja s. 77–79
- kritiikki s. 74–76
- kunnioittamisvelvollisuus s. 78
- suojeluvelvollisuus s. 78
- toteuttamisvelvollisuus s. 78
- vaikutustavat tuomioistuimessa s. 95–99
- valvonta Suomessa s. 91–93

Ikäsyrjintä s. 127–128, 142, 143, 225, 226, 233, 268–269
Individuaalinen välillinen syrjintä s. 57, 171, 292, 353
Institutionaalinen syrjintä s. 59–60

Interlegaliteetti s. 7–8, 360
Intersektionaalisuus s. 28–29
Irtisanominen
– koeajalla s. 341
– raskauden perusteella s. 340–343
– raskaudesta johtuvan sairauden vuoksi s. 342–343
Isyys s. 103–109, 210, 280
Itsevertailu s. 267, 280, 326, 340, 344

Jaetun todistustaakan periaate s. 256–257, 351
Julkisen ja yksityisen elämänalueen erottelu s. 21, 202

Kansalaisoikeuksia ja poliittisia oikeuksia koskeva yleissopimus (KP-sopimus) s. 204–207
Kausaatio-oppi s. 307–308
Kiintiöt s. 48, 49, 199, 201, 271
Kiintymyssuhdeteoria s. 323
Kiskonnantapainen työsyrjintä s. 348
Koeaika s. 326, 341
Konsensusperiaate s. 165, 192, 194, 361
Kulttuurifeminismi s. 24–25

Lakivaraus s. 111
Levelling down s. 46, 52, 146
Liberaalifeminismi s. 20–22

Minimitaso s. 85, 86, 99, 107
Moninaisuus, ks. moniperusteinen syrjintä
Moniperusteinen syrjintä s. 28–29, 195, 197, 206, 210, 265, 359
Määräaikaiset työsuhteet s. 4, 330–333

Naisiin kohdistuva väkivalta s. 56, 75, 77, 189, 198, 206, 211, 246

Oikeudenmukaisuuden taju s. 19, 33, 36, 38, 39, 41, 42
Oikeudenmukaisuus
– distributiivinen s. 60–61
– korrektiivinen s. 60–61
– yhdenvertaisuutena feministisen kritiikin valossa s. 19–29
– yhteiskuntasopimuksena s. 31–44
Oikeudenmukaisuusteoria (John Rawlsin) s. 31–44
– alkuasema / lähtötilanne s. 32, 35, 38
– feministinen kritiikki s. 37–44
– oikeudenmukaisuuden periaatteet s. 33–34
– reilu peli s. 32
– suhde utilitarismiin s. 36
– tietämättömyyden verho s. 32, 33, 35, 36, 38, 39, 40, 360
– yhteiskunnan perusrakenne s. 33, 38, 39, 41–42
Oikeuttamisperusteet välittömän ja välillisen syrjinnän elementtinä
– ihmisoikeusdoktriinissa syrjinnän kieltoja sovellettaessa s. 160–194, 205, 210
– käsite, ero poikkeuksiin s. 268–269
– perustuslain 6 §:ssä s. 124–139, 152–154
– tasa-arvolain mukaisessa välillisessä syrjinnässä s. 298–308
– työhönottotilanteessa, ks. GOR-poikkeukset

Palkanlisät s. 335–337
Palkkakartoitus s. 65
Palkkasyrjintä s. 313–321
– hyväksyttävät syyt palkkaerolle s. 319–321
– raskauden ja äitiysvapaan aikana s. 333–340
– vertailun tekeminen s. 315–319
Passiivinen syrjintä s. 58–59
Perheenhuoltovelvollisuus s. 278–281
Perhevapaat
– selityksenä epätasa-arvolle s. 322–324
– syrjintäperusteena, ks. vanhemmuussyrjintä
Perusoikeudet
– etusija s. 100–109
– EU:ssa s. 222–237
– horisontaalivaikutus s. 84, 97
– kritiikkiä s. 74–77
– määrittelyjä s. 73–74
– poikkeukset s. 82–83, 112, 116
– rajoittaminen s. 111–116
– suhde ihmisoikeuksiin s. 85–86
– Suomessa s. 71–154

- suora sovellettavuus s. 98–99
- suppea ja laaja perusoikeusnäkemys s. 80–83
- tulkintavaikutus, perusoikeusmyönteinen tulkintaperiaate s. 96–98
- turvaamisvelvollisuus, 22 § s. 82–83, 95–97, 99, 102, 134, 139, 149, 307, 337
- vaikutustavat tuomioistuimessa s. 95–109
- valvonta s. 91–93
- vertikaalivaikutus s. 83
- ydinalue s. 114, 125, 144, 361

Perusoikeuskirja s. 222–230
Perustuslaillinen toimeksianto s. 111–112, 139–141
Piilosyrjintä s. 58
Pluralismi s. 7–8
Pohjoismainen feminismi s. 25–26
Poikkeukset välittömän syrjinnän elementtinä s. 267–276, 311–313
Polysentria s. 7–8
Positiivinen erityiskohtelu
- EU-oikeudessa ja tasa-arvolaissa s. 219, 223–224, 270–276
- ihmisoikeutena s. 193, 198–199, 206, 208–209
- käsitteenä s. 65–66
- Suomen perustuslain mukaan s. 134–139

Positiivinen syrjintä, ks. positiivinen erityiskohtelu
Positiiviset erityistoimet, ks. positiivinen erityiskohtelu, edistämisvelvoitteet

Radikaalifeminismi s. 22–24
Rakenteellinen syrjintä s. 59–60, 209
Rasismi s. 28–29, 38, 49, 51, 173, 230
Raskaus s. 4, 27, 56, 61, 74, 125, 150, 195, 197, 221, 224, 239, 241, 243–244, 259, 265–267, 269–270, 279, 293, 295, 298, 313, 318, 321–347, 351–352, 359
Ristiriita
- EU-oikeuden ja kansallisen oikeuden välillä s. 247–251
- ihmisoikeuden ja lain säännöksen välillä s. 95–109
- perusoikeuden ja alemmantasoisen lain säännöksen välillä s. 95–109

Sama työ s. 315
Samanarvoinen työ s. 315–316
Samapalkkaisuus s. 313–321, 333–340
Segregaatio s. 4, 59, 125, 315–316
Seksuaalinen häirintä, ks. häirintä
Seksuaalinen suuntautuminen s. 28–29, 123, 125, 128–132, 166, 167, 361
Soveltuvuusarvio s. 311
Stereotypiat s. 51, 55, 162, 167, 170, 179, 184, 191, 193–194, 198–203, 209–211, 264, 270, 305, 313
Suhteellisuusperiaate s. 66, 114–115, 128, 133–134, 146, 151, 152, 153, 160, 162, 164, 166, 185, 192, 208, 210, 226, 269, 273, 274, 275, 298–300, 302, 305, 306, 308, 312, 347, 353, 354, 361
Sukupuolieroa korostava feminismi s. 24–25
Sukupuolinen häirintä, ks. häirintä
Sukupuoliroolit s. 20, 179, 185, 245
Sukupuolivähemmistöt s. 144–146, 153, 165–166, 235, 236, 260
Suljettu systeemi s. 344–345, 351, 360
Synnytykseen liittyvä syy s. 259
Syrjinnän kiellon elementit
- CEDAW-sopimuksen mukaan s. 194–203
- Euroopan ihmisoikeussopimuksen mukaan s. 160–194
- KP-sopimuksen mukaan s. 204–207
- Suomen perustuslain 6 §:n mukaan s. 121–138, 152–154
- tasa-arvolain mukaisessa välillisen syrjinnän kiellossa s. 277–308, 353–355
- tasa-arvolain mukaisessa välittömän syrjinnän kiellossa s. 259–276, 351–353
- TSS-sopimuksen mukaan s. 207–211
- työsyrjintärikoksessa s. 347–349

Syrjäytyminen s. 59
Systeeminen syrjintä s. 59–60
Syy-yhteys s. 173, 236, 257, 266, 267, 268, 298, 307–308, 352, 354, 355
Säännöt ja periaatteet s. 87–89, 361

Taloudellisia, sosiaalisia ja sivistyksellisiä oikeuksia koskeva yleissopimus (TSS-sopimus) s. 207–211

Tasa-arvolautakunta s. 257, 267, 310–311, 315, 318–319, 326, 338, 340, 347
Tasa-arvo-oikeuden peruskäsitteet s. 61–66
Tasa-arvosuunnittelu s. 58, 62, 65
Tasa-arvovaltuutettu s. 146, 267, 287, 311, 313, 320, 321, 326, 327, 329, 332, 333, 336, 339
Tilastollisen merkitsevyyden testi s. 289–290, 353
Tilastot
– EIT:n oikeuskäytännössä s. 172–177
– EUT:n oikeuskäytännössä s. 288–294
Todistustaakka s. 161, 173, 175, 256–257, 316, 348, 351–355
Toimintamahdollisuusteoria (Capability Approach) s. 22, 43–44, 360
Tosiasiallinen tasa-arvo
– mahdollisuuksien tasa-arvo s. 34, 35, 48, 49–50, 137, 272, 275–276, 359, 362
– osallistava ulottuvuus s. 53, 67, 137, 139, 143, 153, 324, 360, 362
– resurssien tasaamista koskeva ulottuvuus s. 50–51, 56, 66, 67, 266, 317, 351, 359, 360
– transformatiivinen ulottuvuus s. 52–53, 58, 67, 194–203, 316, 359–360, 362
– tulosten tasa-arvo s. 48–49, 57, 137, 198, 200, 272, 275
– yhtäläistä ihmisarvoa korostava ulottuvuus s. 51–52, 53, 56, 57, 67, 118–119, 137, 143, 153, 189–191, 193, 211, 235–236, 360
Transsukupuolisuus, ks. sukupuolivähemmistöt
Työhaastattelu s. 273, 311, 327, 329
Työhönotto s. 309–313
Työssäoloehto s. 337–340
Työsyrjintärikos s. 347–349
Työtuomioistuin s. 146–152, 280, 296, 317, 336–340, 346, 362

Utilitarismi s. 36
Uskonto s. 47, 48, 52, 53, 54, 57, 88, 98, 114, 138, 142–143, 145, 162, 168, 169, 171, 204, 205, 210, 220, 223

Valta s. 23–24, 26
Valtavirtaistaminen s. 58, 60, 63–65, 219–220, 245–246, 280–290, 293
Vanhemmuussyrjintä s. 278–281, 286–287, 292–293, 294–297, 331–332, 329–330, 340
Verrokin valinta s. 149, 236, 260–267, 294–297, 284–288, 317–319, 325–327
Vertailtavuusperiaate
– perus- ja ihmisoikeusdoktriinissa s. 121–122, 152–153, 160–164, 177–191, 207, 361–362
– välillisessä syrjinnässä s. 294–297
– välittömässä syrjinnässä s. 55–57, 260–267, 309–310, 315–317, 333–340, 344–346, 360
Vertailukelpoinen tilanne, ks. vertailtavuusperiaate
Väliaikaiset erityistoimet, ks. positiivinen erityiskohtelu
Välillinen syrjintä
– CEDAW-sopimuksen mukaan s. 196
– Euroopan ihmisoikeussopimukseen mukaan s. 168–177
– KP-sopimuksen mukaan s. 205
– Suomen perustuslain 6 §:n mukaan s. 124–154
– tasa-arvolain mukaan s. 277–308
– TSS-sopimuksen mukaan s. 209
Välitön syrjintä
– CEDAW-sopimuksen mukaan s. 196
– Euroopan ihmisoikeussopimuksen mukaan s. 160–194
– KP-sopimuksen mukaan s. 205
– Suomen perustuslain 6 §:n mukaan s. 124–154
– tasa-arvolain mukaan s. 259–276
– TSS-sopimuksen mukaan s. 209

Wollstonecraftin dilemma s. 27

Yhdenvertaisuus
– aristoteelinen yhdenvertaisuus s. 19, 38, 45, 47
– erilaisten erilaisena kohteluna s. 47–53, 66–67
– EU-oikeudessa s. 215–246
– ihmisoikeutena s. 155–211
– muodollinen yhdenvertaisuus s. 46–47
– perusoikeutena s. 117–154

– samanlaisten samanlaisena kohteluna s. 45–47, 66–67
– suhde syrjinnän kieltoon s. 54–58
– syrjimättömyytenä s. 54–58, 66–67
– tosiasiallinen tasa-arvo s. 47–53
Yksi ainoa alkuperä (ns. single source -oppi) s. 60, 316–317

Äitiys
– CEDAW-sopimuksen mukainen käsitys äitiydestä s. 202–203
– syrjinnän kielto s. 321–347
– äitikansalaisuus s. 21
– äitiysvapaasta ilmoittaminen työnantajalle s. 327
– äitiyteen liittyvät stereotypiat s. 263–264

SUOMALAISEN LAKIMIESYHDISTYKSEN JULKAISUJA
A-sarja N:o 314

Suomea on totuttu pitämään sukupuolten tasa-arvon mallimaana. Ovathan suomalaiset naiset jo pitkään osallistuneet aktiivisesti työelämään ja poliittiseen päätöksentekoon, ja naisten ja miesten yhdenvertaisuus taataan myös lainsäädännössä. Feministinen oikeus- ja yhteiskuntatieteellinen tutkimus on kuitenkin osoittanut, ettei kyse ole mistään loppuunsaatetusta projektista. Meilläkin on tasa-arvo-ongelmia, joihin on vastattava poliittisin tai oikeudellisin keinoin. Tässä tutkimuksessa pyritään paikantamaan oikeudellisia reittejä kohti tosiasiallista tasa-arvoa.

Tutkimuksessa tarkastellaan sukupuolisyrjinnän kieltoja sekä kansallisessa ja EU-oikeudessa että perus- ja ihmisoikeuksien näkökulmasta. Tosiasiallinen tasa-arvo nähdään tutkimuksessa moniulotteisena käsitteenä. Sen toteutuminen riippuu pitkälti siitä, mihin suuntaan syrjinnänvastaisen oikeuden yleisiä oppeja kehitetään.

Tutkimuksessa tuodaan esiin, kuinka syrjinnän kiellot rakentuvat eri tavoin EU-oikeuteen perustuvassa tasa-arvolaissa ja perus- ja ihmisoikeusdoktriinissa. Tutkimuksen tarkoituksena on osoittaa sukupuolten tasa-arvoa koskevan oikeuden monitasoisuus ja eri doktriinien välisen vuoropuhelun merkitys silloin, kun tavoitellaan tosiasiallista tasa-arvoa. Olennaista on hahmottaa sukupuolten tasa-arvoa ja syrjinnän kieltoja koskevan oikeuden kokonaisuus ja EU-oikeuden sekä perus- ja ihmisoikeusvelvoitteiden merkitys ja asema Suomen oikeudessa.

Teos on ajankohtainen puheenvuoro syrjinnänvastaisen oikeuden yleisten oppien kehittämistarpeen puolesta. Se on suunnattu kaikille, jotka ovat kiinnostuneita tasa-arvoon ja syrjintään liittyvistä oikeudellisista kysymyksistä.

LAKIMIESKUNNAN OMA LAATUKUSTANTAJA VUODESTA 1934

toimisto@lakimiesyhdistys.fi
www.lakimiesyhdistys.fi

ISSN-L 0356-7206
ISSN 0356-7206
ISBN 978-951-855-328-4