

Riikka Rask

Positiivinen erityiskohtelu työelämässä

1. Johdanto

Positiivinen erityiskohtelu liittyy yhdenvertaisuuden periaatteeseen ja syrjinnänkieltoihin. Yleisesti positiivisella erityiskohtelulla tarkoitetaan ihmisten välisen tosiasiallisen yhdenvertaisuuden edistämisen keinoja. Käsitteellä tarkoitettuja erilaisia toimenpiteitä tai menettelyjä on kuvattu ”apuvälineiksi” pyrittäessä etenemään kohti tosiasiallista yhdenvertaisuutta.¹

Työelämään liittyen positiivisesta erityiskohtelusta säädetään perustuslain (731/1999; jatkossa PL) lisäksi miesten ja naisten välisestä tasa-arvosta annetussa laissa (609/1986; jatkossa tasa-arvolaki), työsopimuslaissa (55/2001; jatkossa TSL) ja yhdenvertaisuuslaissa (21/2004; jatkossa YVL), jotka muodostavat muutenkin työelämässä sovellettavien syrjinnän kieltoa ja yhdenvertaisuutta koskevien säännösten kokonaisuuden.² Positiivinen erityiskohtelu määritellään eri laeissa eri tavoin, ja työssä tarkastellaan käsitettä lakikohtaisissa alaluvuissa. Työ on laajuudeltaan rajoitettu ja siksi siinä pitäydytään vain yksityisen sektorin työsuhteita koskevan lainsäädännön tarkastelussa.³

Suomen syrjinnän kieltävä lainsäädäntö perustuu Suomea sitoviin kansainvälisiin ihmisoikeus- ja työoikeussopimuksiin sekä yhteisöoikeuteen. Myös positiivisesta erityiskohtelusta on säädetty yhteisötasolla, ja se on sisällytetty Amsterdamin sopimuksella EU:n perustamissopimuksen 141 artiklan 4 kohtaan. Säännöksessä määrätään, että miesten ja naisten välisen täyden tosiasiallisen tasa-arvon toteutumiseksi 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.⁴ Työn ulkopuolelle on jouduttu rajaamaan yhteisöoikeuden, kansainvälisten sopimusten ja oikeuskäytännön tarkastelu. Tämä on

¹ Ahtela 2004 s. 96–97.

² Tiitinen – Kröger s. 132–133.

³ Positiivinen erityiskohtelu virkanimityksissä olisi tärkeä ja kiinnostava lisä aiheesta. Myös positiivisen erityiskohtelun tarkastelu seuraamusten, valvonnan ja rikoslain näkökulmasta täydentäisi esitystä.

⁴ HE 195/2004 vp s. 37. YVL 7.2 § perustuu syrjintädirektiivin 5 artiklaan ja työsyrijintädirektiivin 7 artiklaan, joissa säädetään, että täydellisen yhdenvertaisuuden toteuttamiseksi yhdenvertaisen kohtelun periaate ei estä jäsenvaltioita pitämästä voimassa tai toteuttamasta erityistoimenpiteitä, joiden tarkoituksena on ehkäistä tai hyvittää haittoja, jotka liittyvät johonkin direktiivissä säädettyyn syrjintäperusteeseen HE 44/2003 vp.

valitettavaa, koska tarkastelu syventäisi kansallisten normien sisältöä ja koska mainituilla oikeuslähteillä on merkitystä kansallista lainsäädäntöä tulkittaessa.⁵ Positiiviseen erityiskohteluun liittyvästä oikeuskäytännöstä todetaan ainoastaan, että kansallisella tasolla sitä ei vielä ole, mutta yhteisöoikeuden piiristä tapauksia löytyy.⁶

Työnantajalla on velvollisuuksia aktiivisesti edistää työntekijöiden yhdenvertaisuutta ja tasa-arvoa.⁷ Sanotut velvollisuudet ovat luonteeltaan lähellä positiivista erityiskohtelua: molemmissa on kysymys keinoista edistää laissa säädettyä tavoitetta yhdenvertaisuuden ja tasa-arvon lisäämisestä. Tasa-arvolain perusteluissa todetaankin, että positiivinen erityiskohtelu täydentää siinä säädettyjä tasa-arvon edistämismenettelyjä.⁸ Erona kuitenkin on, että positiivinen erityiskohtelu ei ole työnantajan velvollisuus, vaan sallittu poikkeus syrjinnän kiellosta. Positiivinen erityiskohtelu määrittyy suhteessa syrjinnänkieltoihin, jotka ovat työnantajan passiivisia velvoitteita.⁹ Työnantajan aktiiviset velvoitteet rajautuvat siksi työn ulkopuolelle lukuun ottamatta YVL 5 §:ää, joka on nimenomaisesti osa YVL:ssä tarkoitettua positiivista erityiskohtelua. Positiivisesta erityiskohtelusta on erotettava myös muuhun kuin yhdenvertaisuuden ja tasa-arvon edistämiseen perustuva työntekijöiden erilainen kohtelu.¹⁰

Työn tarkoituksena on selvittää positiivisen erityiskohtelun käsitettä ja sen sisältöä työelämän kannalta sekä positiivisen erityiskohtelun soveltamisen edellytyksiä. Luvussa kaksi selostetaan lyhyesti positiivisen erityiskohtelun taustalla olevaa syrjinnän käsitettä ja syrjintäperusteita, minkä jälkeen tarkastellaan alussa mainittuja lakeja. Työn tavoitteena on viimeisessä luvussa koota yhteen, ja esittää ne kriteerit, joiden perusteella positiivinen erityiskohtelu voidaan erottaa kielletystä välittömästä ja välillisestä syrjinnästä.

2. Keskeiset käsitteet

2.1. Muodollinen ja tosiasiallinen yhdenvertaisuus¹¹

Positiivisen erityiskohtelun käsitteen taustalla on jaottelu muodolliseen ja tosiasialliseen yhdenvertaisuuteen sekä ajatus siitä, että joskus tosiasiallisen yhdenvertaisuuden toteuttaminen edellyttää poikkeamista muodollisesta yhdenvertaisuudesta.

⁵ Kansainvälisiä sopimuksia ja yhteisöoikeutta on selostettu mm. Ahtela et al s. 262–264, HE 195/2004 vp s. 5–12 ja HE 44/2003 vp s. 15–22.

⁶ Ks. esim. Ahtela et al. s. 270.

⁷ Esim. tasa-arvolain 6 § ja 6a §:n mukainen tasa-arvosuunnitelman laatiminen tai TSL 2:1 ja 2:2.3.

⁸ HE 57/1985 vp s. 21.

⁹ Nieminen 2005 s. 33. Tärkein ero aktiivisten ja passiivisten velvoitteiden välillä on seuraamuksissa: aktiivisten velvoitteiden rikkomisesta ei yleensä ole mitään seuraamuksia.

¹⁰ Esimerkiksi työntekijöiden erilainen kohtelu perustuen työtehtävän laatuun ja sen suorittamisesta johtuviin vaatimuksiin (YVL 7 § 2-kohta, tasa-arvolain 7.3 §:n erityinen oikeuttamisperuste, TSL 2:2:ssä tarkoitettu ”hyväksyttävä syy”) tai ikään (YVL 7 §:n 3-kohta).

¹¹ Tässä yhteydessä yhdenvertaisuus sisältää myös tasa-arvon käsitteen.

Muodollisella (tai oikeudellisella) yhdenvertaisuudella tarkoitetaan jossakin oikeudellisesti merkityksellisessä suhteessa samanlaisten tapausten kohtelemista samalla tavalla. Kun kaksi ihmistä on ratkaistavana olevan asian suhteen samassa asemassa, esimerkiksi jonkin etuuden hakijoina, heitä on kohdeltava samalla tavalla, eikä heidän välillään joissakin muissa suhteissa esiintyviin eroihin saa kiinnittää huomiota.¹² Muodollinen tasa-arvo merkitsee yhdenvertaisuutta lainsäädännössä, esimerkiksi sitä, että lait kirjoitetaan sukupuolineutraaleiksi.

Tosiasiallinen yhdenvertaisuus on käsitteenä laaja-alaisempi. Siinä kiinnitetään huomiota eri ihmisryhmien todelliseen asemaan yhteiskunnassa ja ryhmien välillä valitsevaan eriarvoisuuteen. Tältä pohjalta myös oikeuden tehtävä nähdään eri lailla: ”sokean” yhtäläisen kohtelun ohella oikeuden tehtävänä on poistaa eriarvoisuutta.¹³ Erityisesti tasa-arvolain esitöissä on korostettu muodollisen tasa-arvon riittämättömyyttä sukupuolten välillä. Muodollista tasa-arvoa on pidetty rajoittuneena eikä sen ole nähty takaavan tasa-arvon toteutumista käytännössä. Muodollisesti erilainen kohtelu on katsottu tietyssä laajuudessa tarpeelliseksi, jotta tosiasiallinen, materiaallinen tasa-arvo saavutettaisiin. Tästä syystä lainsäädännössä on haluttu mahdollistaa muun muassa positiivinen erityiskohtelu.¹⁴

2.2. Välitön ja välillinen syrjintä

Erottelu muodollisen ja tosiasiallisen yhdenvertaisuuden välillä kytkeytyy välittömän ja välillisen syrjinnän käsitteisiin. Käytännössä niiden välinen raja ei aina ole täysin selvä ja sama menettely voi toteuttaa molemmat syrjinnän muodot.¹⁵ Erityisesti välilliseen syrjintään on alettu 1990-luvulta kiinnittää huomiota. Molemmat syrjinnän muodot on kielletty perustuslaissa ja yhteisöoikeudessa, kuten myös YVL ja tasa-arvolaisissa. TSL:n syrjinnän käsite on sama kuin YVL:ssä. Myös positiivinen erityiskohtelu voi olla luonteeltaan sekä välitöntä että välillistä.

Välitön syrjintä tarkoittaa erilaista kohtelua tai erottelua jonkin ei-hyväksyttävän syyn perusteella.¹⁶ Välitöntä syrjintää on luonnehdittu tarkoitukselliseksi eri asemaan asettamiseksi jollakin kielletyllä syrjintäperusteella.¹⁷ Välittömästä syrjinnästä työelämässä on kysymys silloin, kun työnantaja tietoisesti, joko aktiivisella toimenpiteellä tai vastaavasti laiminlyönnillään, asettaa jonkun työntekijän eri asemaan YVL 6 §:ssä, tasa-arvolain 7 tai 8 §:ssä tai TSL 2:2.1:ssä tarkoitettulla kielletyllä syrjintäperusteella.¹⁸

¹² Scheinin s. 234.

¹³ Scheinin s. 234. Scheinin toteaa, että eriarvoisuuden syyt voivat olla lainsäädännössä tai muissa julkisen vallan toimissa sekä yksityisissä toimijoissa.

¹⁴ HE 90/1994 vp ja Nummijärvi s. 114–115.

¹⁵ HE 90/1994 vp s. 17.

¹⁶ Scheinin s. 242.

¹⁷ Bruun – Koskinen s. 81.

¹⁸ Tiitinen – Kröger s. 138–139.

YVL 6.2 §:n 1-kohdan mukaan välitön syrjintä tarkoittaa, että jotakuta kohdellaan epäsuotuisammin säännöksen 1 momentissa mainittujen kiellettyjen syrjintäperusteiden takia kuin jotakuta muuta kohdellaan, on kohdeltu tai kohdeltaisiin vertailukelpoisessa tilanteessa. Epäsuotuisalla kohtelulla tarkoitetaan kohtelua, josta yksilölle aiheutuu haittaa, esimerkiksi saamatta jääneitä etuja tai valinnanmahdollisuuksien vähenemistä muihin verrattuna.¹⁹ *Tasa-arvolain 7.2 §:n 1-kohdan* mukaan välittömällä syrjinnällä tarkoitetaan naisten ja miesten asettamista eri asemaan sukupuolen perusteella, ja *2-kohdan* mukaan eri asemaan asettamista raskauden tai synnytyksen johdosta. Toisin sanoen säännöksellä tarkoitetaan, että yksilö saa sukupuolensa nojalla huonomman kohtelun kuin vastaavassa asemassa oleva vastakkaisen sukupuolen edustaja.

Välillinen syrjintä voi ilmetä näennäisesti tai muodollisesti samanlaisena kohteluna, joka ihmisten erilaisuuden vuoksi johtaa tosiasiasyyn syrjiviin vaikutuksiin. Välillinen syrjintä loukkaa tosiasiallista yhdenvertaisuutta ja ilmenee tilanteissa, joissa tarvittaisiin erityisiä toimenpiteitä tosiasiallisen yhdenvertaisuuden saavuttamiseksi. Näissä tilanteissa on kiinnitettävä huomiota myös toiminnan vaikutuksiin, silloin kun ratkaistaan onko menettelyssä kyse syrjinnästä vai ei.²⁰ Tämä on todettu myös perustuslain syrjinnänkieltoa koskeissa perusteluissa.²¹

YVL 6.2 §:n 2-kohdan mukaan välillinen syrjintä tarkoittaa, että näennäisesti puolueeton säännös, peruste tai käytäntö saattaa jonkun erityisen epäedulliseen asemaan muihin vertailun kohteena oleviin nähden, paitsi jos säännöksellä, perusteella tai käytännöllä on hyväksyttävä tavoite ja tavoitteen saavuttamiseksi käytetyt keinot ovat asianmukaisia ja tarpeellisia. *Tasa-arvolain 7.3 §:n 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; tai *2-kohdan* mukaan eri asemaan asettamista vanhemmuuden tai perheenhuoltovelvollisuuden perusteella. Säännöksen *4 momentin* mukaan menettelyä ei kuitenkaan ole pidettävä syrjintänä, jos sillä pyritään hyväksyttävään tavoitteeseen ja valittuja keinoja on pidettävä aiheellisina ja tarpeellisina tähän tavoitteeseen nähden. Toisin sanoen säännöksessä kielletään menettely, jossa henkilöitä kohdellaan muodollisesti samalla lailla, mutta heille asetetaan käytännössä lisäehtoja tai vaatimuksia heidän sukupuolensa taikka vanhemmuuden tai perheenhuoltovelvollisuuden perusteella. Kiellettyä on menettely, joka ei ole objektiivisesti hyväksyttävää, ja joka estää toisen sukupuolen edustajia tosiasiallisesti käyttämästä tai saamasta muodollisesti myös heille tarkoitettuja etuja, mahdollisuuksia, toimenpiteitä tai muuta vastaavaa. Välillistä syrjintää on esimerkiksi menettely, jossa ei oteta huomioon muun muassa sukupuoleen sidottuja sosiaalisia ominaisuuksia, jotka vaikuttavat tosiasiasyyn eri tavalla naisiin ja miehiin. Myös sukupuolineutraalit säännökset saattavat olla syrjiviä, jos ne käytännössä kohdistuvat pääasiassa vain toisen sukupuolen edustajiin.²²

¹⁹ HE 44/2003 vp s. 42.

²⁰ Scheinin s. 242.

²¹ HE 309/1993 vp s. 44.

²² HE 90/1994 vp s. 17.

2.3. Kielletyt syrjintäperusteet

Yhdenvertaisuutta koskevan lainsäädännön taustalla on ajatus siitä, että mitkä tahansa erot ihmisten välillä eivät saa olla perusteena ihmisten erottelulle ja joidenkin asettamiselle muita heikompaan tai parempaan asemaan. Ihmisoikeussopimusten eräs tärkeä lähtökohta on, että ihmisiä ei saa kohdella eriarvoisesti sellaisista syistä, joihin ihminen ei voi itse vaikuttaa – kuten sukupuoli ja ihonväri. Tästä syystä erottelu synnynäisten ominaisuuksien perusteella katsotaan hyvin herkästi syrjinnäksi, ja erottelusta aiheutuu ankara perusteluvollisuus.²³ Kiellettyjen syrjintäperusteiden taustalla ovat myös keskeiset perusoikeudet, kuten kansalais- ja poliittiset oikeudet, sekä niiden toteutumisen kannalta olennaiset henkilöön liittyvät syyt.

PL 6.2 §:n 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. *YVL 6.1 §:n* mukaan ketään ei saa syrjiä iän, etnisen tai kansallisen alkuperän, kansalaisuuden, kielen, uskonnon, vakaumuksen, mielipiteen, terveydentilan, vammaisuuden, sukupuolisen suuntautumisen tai muun henkilöön liittyvän syyn perusteella. Sukupuoleen perustuvasta syrjinnän kiellosta säädetään naisten ja miesten välisestä tasa-arvosta annetussa laissa, ja sen 7 ja 8 §:ssä. *TSL 2:2.1:n* mukaan työnantaja ei saa ilman hyväksyttävää perustetta asettaa työntekijöitä eri asemaan iän, terveydentilan, vammaisuuden, kansallisen tai etnisen alkuperän, kansalaisuuden, sukupuolisen suuntautumisen, kielen, uskonnon, mielipiteen, vakaumuksen, perhesuhteiden, ammattiyhdistystoiminnan, poliittisen toiminnan tai muun näihin verrattavan seikan vuoksi. Sukupuoleen perustuvan syrjinnän kiellosta säädetään naisten ja miesten välisestä tasa-arvosta annetussa laissa. Siitä, mitä syrjinnän käsitteellä tarkoitetaan, vastatoimien kiellosta ja todistustaakasta syrjintäasiaa käsiteltäessä säädetään yhdenvertaisuuslaissa.²⁴

Edellä mainituista säännöksistä ilmenevät luettelot eivät ole tyhjentyvät, vaan kiellettyjä ovat myös luetteloissa mainittuihin seikkoihin rinnastuvat muut henkilöön liittyvät syyt. Luetteloihin on sisällytetty suomalaisessa yhteiskunnassa keskeisimmiksi ymmärretyt ja syrjinnänkiellon ydinalueella olevat perusteet.²⁵

3. Positiivinen erityiskohtelu kansallisessa lainsäädännössä

3.1. Perustuslaillinen lähtökohta

PL 6 §:ään sisältyy perinteisen oikeudellisen yhdenvertaisuuden periaatteen lisäksi ajatus tosiasiallisesta tasa-arvosta. Säännöksen 2 *momentin* mukaan ketään ei saa aset-

²³ Nummijärvi s. 97.

²⁴ Säännöstä täydentää 2 momentti koskien osa- ja määräaikaista työsuhteita.

²⁵ HE 309/1993 vp s. 44, HE 157/2000 vp s. 68 ja HE 44/2003 vp s. 41.

taa henkilöön liittyvän syyn perusteella eri asemaan *ilman hyväksyttävää perustetta*. Säännös ei siis kiellä kaikkea erontekoa ihmisten välillä, vaikka erottelu perustuisi siinä mainittuun syrjintäperusteeseen. Esitöissä todetaan, että kiellettyä suosintaa ja erottelua (segregaatio) ei ole positiivinen erityiskohtelu, jolla tarkoitetaan tietyn ryhmän (esimerkiksi naiset, lapset, vähemmistöt) asemaa ja olosuhteita parantavia toimia. Erilainen kohtelu on mahdollista, jos se on perusteltavissa perusoikeusjärjestelmän kannalta hyväksyttävästi.²⁶ Perusoikeussäännös määrittää lähtökohtaisesti julkisen vallan ja yksilön välistä suhdetta, mutta sen vaikutukset ulottuvat myös yksityisten välisiin suhteisiin. Pääasiallisesti perustuslaki vaikuttaa lainsäädännön välityksellä, mutta PL 6 §:llä on tuomioistuimen lainkäytössä myös välitöntä oikeusvaikutusta.²⁷

Säännöksen 4 momenttiin sisältyy erityissäännös sukupuolten välisestä tasa-arvosta ja se sisältää lainsäätäjään kohdistuvan yleisen toimintavelvoitteen edistää sukupuolten välistä tasa-arvoa yhteiskunnallisessa toiminnassa sekä työelämässä. Tasa-arvon edistämiseksi työelämässä viitataan sekä tasa-arvoiseen kohteluun työssä että työhön otettaessa. Lisäksi mainitaan erikseen tasa-arvon turvaaminen palkkauksesta ja muista palvelussuhteen ehdoista määrättäessä.²⁸

3.2. Yhdenvertaisuuslakiin perustuva erityiskohtelu

YVL:ssa positiivisella erityiskohtelulla on kaksi oikeuttamisperustetta. *YVL 7.1 §:ssä* säädetään erilaisen kohtelun oikeuttamisperusteista eli menettelystä, jossa erilaiseen asemaan asettamista ei pidetä syrjintänä. Säännöksen mukaan: Tässä laissa tarkoitettuna syrjintänä ei pidetä: 1) yhdenvertaisuussuunnitelman mukaista menettelyä, jolla pyritään tämän lain tarkoituksen toteuttamiseen käytännössä.

Yleinen positiivisen erityiskohtelun salliva säännös on *YVL:n 7.2 §:ssä*, jonka mukaan: Tällä lailla ei estetä sellaisia erityistoimenpiteitä, joiden tavoitteena on tosiasiallisen yhdenvertaisuuden saavuttaminen 6 §:n 1 momentissa tarkoitettua syrjinnästä johtuvien haittojen ehkäisemiseksi tai lievittämiseksi (*positiivinen erityiskohtelu*). Positiivisen erityiskohtelun on oltava pyrityn tavoitteen kannalta oikeasuhteista.

Säännöksen nojalla esimerkiksi ikänsä tai vammaisuutensa vuoksi erityisen suojelun tarpeessa oleva työntekijä tai työntekijäryhmä voidaan asettaa erilaiseen asemaan muihin työntekijöihin nähden, tai maahanmuuttajille voidaan suomalaisen yhteiskuntaan integroitumisen helpottamiseksi järjestää kieli- ja muuta koulutusta.²⁹ Säännöksissä viitataan lain tarkoitukseen, josta säädetään 1 §:ssä. Sen mukaan YVL:n tarkoituksena on yleisesti edistää ja turvata eri henkilöryhmien välisen yhdenvertaisuuden toteutumista yhteiskunnan eri alueilla.

²⁶ HE 309/1993 vp s. 44 ja Scheinin s. 244–245.

²⁷ HE 44/2003 vp s. 22. Ks. aiheesta laajemmin Kuoppamäki s. 21–26.

²⁸ HE 309/1993 vp s. 44.

²⁹ HE 44/2003 vp s. 46.

YVL 5 §:ssä on erityinen oikeuttamisperuste, joka velvoittaa muun muassa työnantajan edistämään vammaisten työnhakijoiden ja -tekijöiden yhdenvertaisuutta: Yhdenvertaisuuden edistämiseksi 2 §:n 1 momentissa tarkoitetuissa asioissa työn teettäjän tai koulutuksen järjestäjän on tarvittaessa ryhdyttävä kohtuullisiin toimiin vammaisen henkilön työhön tai koulutukseen pääsemiseksi, työssä selviämiseksi ja työuralla etenemiseksi. Kohtuullisuutta arvioitaessa otetaan erityisesti huomioon toimista aiheutuvat kustannukset, työn teettäjän tai koulutuksen järjestäjän taloudellinen asema sekä mahdollisuudet saada toimien toteuttamiseen tukea julkisista varoista tai muualta.³⁰

Säännöksen tavoitteena on edistää vammaisten henkilöiden työllistymistä, työssä selviytymistä ja työn säilyttämistä, koulutusta ja elinikäistä oppimista. Säännös sisältyy positiivista erityiskohtelua koskevan 7.2 §:n piiriin³¹, sillä sen tarkoituksena on lieventää ja ehkäistä vammaisuudesta aiheutuvia haittoja velvoittamalla työnantaja erityisiin järjestelyihin.

Tiedoiltaan, taidoiltaan ja kokemukseltaan tehtävän asettamat vaatimukset täyttävää vammaista työnhakijaa ei saa syrjäyttää sillä perusteella, että hänen työhön valitsemisensa edellyttää työnantajalta kohtuullisia toimia. Työnantajan on pyrittävä tunnistamaan työhön liittyvät esteet ja hänen on poistettava ne niiden vammaisten tieltä, jotka valituksi tultuaan kohtuullisin järjestelyin voivat suoriutua työstään. Mukautukset³² voivat liittyä työn järjestelyihin (työolot ja työn organisointi, työaikajärjestelyt), fyysiseen työympäristöön, työmenetelmiin ja työvälineisiin kuten henkilökohtaisiin apuvälineisiin sekä koulutuksen ja työtä koskevan opastuksen järjestämisen vammaisen henkilön yksilöllisten tarpeiden mukaisesti. Työnantajalle säädetyn velvollisuuden laiminlyönnissä on kysymys välittömästä syrjinnästä vammaisuuden perusteella.³³

Työnantajan mahdollisuudet järjestelyihin otetaan huomioon ja niiden kohtuullisuutta arvioidaan esimerkiksi järjestelyistä aiheutuvien kustannusten, organisaation tai yrityksen koon ja taloudellisen aseman sekä erilaisten tukien (esimerkiksi työolojen järjestelytuen) saatavuuden perusteella. Tilanne voi olla työnantajan kannalta kohtuuton, jos järjestely muuttaisi liikaa työpaikan toimintaa ja samalla voisi vaarantaa esimerkiksi työturvallisuussäännösten noudattamisen. Vammaisen henkilön kannalta tarpeelliset toimenpiteet arvioidaan tilannekohtaisesti ja edellä mainittujen kohtuullisuusnäkökohtien perusteella. Lähtökohta on, että järjestelyt mahdollistaisivat vammaisen henkilön työelämässä selviytymisen.³⁴

³⁰ Säännös täydentää työturvallisuuslain mukaista velvollisuutta ottaa vammaisuus huomioon työpaikalla ja työtehtävissä sekä työnantajan TSL 2:1:n yleisvelvoitetta huolehtia kaikkien työntekijöiden mahdollisuudesta kouluttautua ja kehittyä työssä työuralla etenemiseksi. HE 44/2003 vp s. 41.

³¹ Sulkunen s. 206 ja HE 44/2004 vp s. 41.

³² HE:ssä 44/2003 vp s. 41 käytetään ilmaisua "asianmukaiset järjestelyt".

³³ HE 44/2003 vp s. 41 ja Tiitinen – Kröger s. 161–162.

³⁴ HE 44/2003 vp s. 40–41.

3.3. Tasa-arvolakiin perustuva positiivinen erityiskohtelu

Tasa-arvolaille toteutetaan perustuslain syrjintäkieltoa ja perustuslaillista toimeksiantoa tasa-arvon edistämisestä. Lain 7 ja 8 §:n syrjinnän kieltoja täydentää 9 §:ssä oleva nelikohtainen tyhjentävä luettelo ei-syrjivinä pidettävistä menettelyistä, joista yksityisen sektorin työsuhteita koskevat kohdat 1 ja 4.³⁵ Positiivista erityiskohtelua koskeva 9 §:n 4-kohta mahdollistaa aliedustettuna tai muutoin heikommassa asemassa olevaan sukupuoleen kohdistuvan positiivisen erityiskohtelun tietyissä rajoissa. Säännöksen mukaan: Tässä laissa tarkoitettuna sukupuoleen perustuvana syrjintänä ei ole pidettävä: 4) väliaikaisia, suunnitelmaan perustuvia erityistoimia tosiasiallisen tasa-arvon edistämiseksi, joilla pyritään tämän lain tarkoituksen toteuttamiseen (laissa 206/1995).

Säännöksen nojalla sinänsä syrjinnän vastainen menettely voi olla sallittua, kun sillä pyritään tasa-arvolain tarkoituksen toteuttamiseen käytännössä.³⁶ Tasa-arvolain tarkoituksesta säädetään 1 §:ssä: Tämän lain tarkoituksena on estää sukupuoleen perustuva syrjintä ja edistää naisten ja miesten välistä tasa-arvoa sekä tässä tarkoituksessa parantaa naisten asemaa erityisesti työelämässä.

Tasa-arvolaisissa tasa-arvon edistämishälyillä tarkoitetaan osaksi tosiasiallisten esteiden poistamista ja osaksi asenteiden vähittäiseen muuttamiseen tähtäävää toimintaa³⁷ sekä toimenpiteitä, joilla suoraan tavoitellaan tasaisempaa sukupuolijakautumaa sekä eräissä valtion ja kunnan elimissä että työpaikoilla.³⁸ Esitöissä lain tarkoituksesta todetaan, että sukupuolten välisen tasa-arvon saavuttaminen saattaa edellyttää konkreettisia erityistoimia varsinkin naisten aseman kohentamiseksi työelämässä, mukaan luetuna työelämään valmentava koulutus.³⁹ Positiivinen erityiskohtelu on sisällynyt tasa-arvolakiin jo sitä säädettyä.

Tasa-arvolakiin sisältyvät positiiviset erityistoimet voidaan jakaa varsinaisiin positiivisiin erityistoiimiin ja positiiviseen erityiskohteluun, josta on myös käytetty termiä positiivinen syrjintä. *Varsinaisten positiivisten erityistointien* tarkoituksena on auttaa ennen kaikkea naisia kilpailemaan tehokkaammin miesten kanssa. Ne tähtäävät yleensä yhtäläisten mahdollisuuksien luomiseen, esimerkiksi vain naisille tarkoitettuja koulutus-, tuki- tai rahoitusjärjestelyjä. Positiivisia erityistoimia ovat myös jonkin ammatin esiintuominen kyseisellä alalla aliedustettuna olevalle sukupuolelle, ja aliedustetun ryhmään kuuluvien rohkaiseminen hakemaan paikkaa työpaikan hakuilmoituksessa.

³⁵ Raskaussuojelu on sallittua ainoastaan silloin, kun synnä on joko naisen tai syntymättömän sikiön suojelun tarve terveydellisistä tai turvallisuuteen liittyvistä syistä. Se on sallittua ainoastaan suojelun vuoksi, eikä se saa johtaa syrjintään. Tavoitteena ei ensisijaisesti ole tasa-arvon edistäminen, vaan raskaana olevan naisen ja syntymättömän lapsen suojelu. (HE 195/2004 vp s. 35 ja HE 57/1985 vp s. 20).

³⁶ HE 57/1985 vp s. 21.

³⁷ Esimerkiksi lain 5 §, jonka mukaan viranomaisten ja oppilaitosten sekä muiden koulutusta ja opetusta järjestävien yhteisöjen on huolehdittava siitä, että naisilla ja miehillä on samat mahdollisuudet koulutukseen ja ammatilliseen kehitykseen sekä että opetus, tutkimus ja oppiaineisto tukevat tämän lain tarkoituksen toteutumista.

³⁸ Bruun – Koskinen s. 51.

³⁹ HE 57/1985 vp s. 9 ja 12.

Erityistoimille on tyypillistä, että ne asettavat eri asemaan tietyn ryhmän – eivät ke-
tään nimenomaista yksilöä.⁴⁰

Positiivista erityiskohtelua (tai ns. positiivista syrjintää) ovat toimenpiteet, joilla vähemmistössä olevan sukupuolen edustajat asetetaan etusijalle työhönotossa, ylennyksissä tai muissa valinnoissa. Positiivinen erityiskohtelu voi olla luonteeltaan joko välitöntä tai välillistä syrjintää.

Välitöntä positiivista erityiskohtelua/syrjintää on huonomassa asemassa olevan sukupuolen edustajan asettaminen etusijalle työelämän valintatilanteissa. Kielletty syrjintäperuste, eli sukupuoli, on eri asemaan asettamisen perusteena tällöin sallittu. Työnantaja voi esimerkiksi valitessaan osallistujia esimieskoulutukseen antaa etusijan esimiestehtävissä aliedustettuna olevan sukupuolen edustajalle.⁴¹ *Välillisestä positiivisesta erityiskohtelusta/syrjinnästä* on kysymys, kun valintatilanteessa käytetään sinänsä sukupuolineutraalia arviointiperustetta, jota soveltamalla toisen sukupuolen edustaja tosiasiallisesti on eri asemassa.⁴²

Säännöksen tarkoituksena on mahdollistaa, että työelämässä voidaan suosia heikommassa asemassa olevaa rikkomatta syrjinnän kieltoa, ja siten parantaa heidän asemaansa. Positiivisella erityiskohtelulla edistetään naisten ja miesten tasapuolista sijoittumista erilaisiin tehtäviin sekä yhtäläisten mahdollisuuksien luomista uralla etenemisessä. Tavoitteena on yksipuolisen sukupuolijakautuman tasoittaminen lähinnä koulutuksessa, työpaikalla tai tietyissä tehtävissä.⁴³

Positiivista erityiskohtelua voidaan soveltaa työhönotossa ja uralla etenemisessä tosiasiallisen tasa-arvon edistämiseksi ja suunnitelmaan perustuen, jos toinen sukupuoli on vähemmistönä jollakin ammattialalla tai henkilöstöryhmässä. Aliedustettuun ryhmään kuulumisen ei kuitenkaan ole automaattinen ja yksinään riittävä peruste valintaan. Suosivaa menettelyä voi olla esimerkiksi aliedustettua sukupuolta suosivat valintakriteerit haastatteluun kutsuttaessa. Kun sukupuolijakauma tasoittuu, positiiviset erityistoimet eivät enää ole työhönottotilanteessa sallittuja.⁴⁴

3.4. Positiivinen erityiskohtelu työsopimuslaisia

TSL:n yhdenvertaisuutta korostavilla säännöksillä on merkitystä työntekijän palkkauksen ja muiden työsuhte-etuuksien sekä työsuhdeturvan kannalta. TSL edellyttää työnantajalta johdonmukaisia ratkaisuja suhteessa työntekijöihinsä, ja yhdenvertainen kohtelu voi toimia sekä yksittäisen työntekijän eduksi että haitaksi.⁴⁵ Tasapuolisen kohtelun lähtökohdasta voidaan kuitenkin poiketa myös TSL:n nojalla. Esitöissä todetaan,

⁴⁰ Ahtela et al s. 258–259 ja Ahtela 2004 s. 97.

⁴¹ HE 57/1985 vp s. 21.

⁴² Ibid.

⁴³ HE 57/1985 vp s. 21 ja Valkonen 2006 s. 303.

⁴⁴ Nieminen 2005 vp s. 83–86.

⁴⁵ Valkonen 2001–2002 s. 91–95 myös HE 157/2000 vp.

että kiellettyä syrjintää ei ole sellaisille työntekijöille tai työntekijäryhmille myönnetty positiivinen erityiskohtelu, joiden katsotaan olevan esimerkiksi ikänsä, työkyvyttömyytensä tai työkykynsä vajavaisuuden, perheenhuoltovelvollisuuksiensa tai sosiaalisen asemansa vuoksi erityisen suojelun tarpeessa.⁴⁶ Laissa tai sen esitöissä ei enemmälti määritellä positiivista erityiskohtelua tai anneta esimerkkejä sen soveltamisesta, vaan tältä osin sovellettavaksi tulevat YVL:n ja tasa-arvolain positiivista erityiskohtelua koskevat säännökset.

Työoikeutta koskevassa oikeuskirjallisuudessa esimerkkeinä sallitusta positiivisesta erityiskohtelusta on pidetty esimerkiksi työnantajan tarjoamaa koulutusta työkyvyn ylläpitämiseksi, toimitilojen ja laitteiden sekä muiden työolosuhteiden mukauttamista vajaatyökykyiselle soveltuviksi tai työnantajan maahanmuuttajalle tarjoamaa erityiskoulutusta.⁴⁷

4. Positiivisen erityiskohtelun edellytykset

Työntekijän perusoikeus on tulla kohdelluksi yhdenvertaisesti samanlaisissa tilanteissa. Yhdenvertaisuus on keskeinen perus- ja ihmisoikeus, jota toteutetaan keskeisesti syrjinnän kielloilla ja joka ensisijaisena oikeudellisena ohjeena kaventaa työnantajan mahdollisuuksia positiiviseen erityiskohteluun. Perustuslaki mahdollistaa positiiviset erityistoimet, mutta asettaa niiden soveltamiselle tiukat rajat ja korkean perusteluvaatimuksen. Positiivinen erityiskohtelu voi tulla kysymykseen vain hyvin poikkeuksellisissa tapauksissa, ja sen sallivia säännöksiä on tulkittava suppeasti.⁴⁸

Perustuslain esitöissä on todettu, että positiivinen erityiskohtelu on sallittua, jos sillä on objektiiviset ja perusoikeusjärjestelmän kannalta hyväksyttävät perusteet ja jos toimenpide on oikeassa suhteessa tavoiteltuun etuun nähden.⁴⁹ Muussa tapauksessa menettely on syrjintää. Perustuslaki siis rajoittaa mahdollisuutta positiiviseen erityiskohteluun kohderyhmän, tavoitteen ja keinojen osalta. Soveltamisen kriteereistä voidaan yleisesti todeta, että yksittäisissä tilanteissa sovellettavien kriteereiden on oltava läpinäkyviä ja avoimia, sellaisia, joita päätöksenteon kohteena olevat henkilöt ymmärtävät.⁵⁰

4.1. Hyväksyttävä tarkoitus ja kohderyhmä

Positiivinen erityiskohtelu on keino toteuttaa tavoitteellista lainsäädäntöä, joten sen hyväksyttävyys riippuu menettelyn tarkoituksesta. Erityiskohtelun tavoitteena on oltava tosiasiallisen yhdenvertaisuuden/tasa-arvon edistäminen.

⁴⁶ HE 157/2000 vp s. 69.

⁴⁷ Tiitinen – Kröger s. 140–141 ja Valkonen 2001–2002 s. 91.

⁴⁸ Valkonen 2001–2002 s. 96.

⁴⁹ HE 44/2003 vp s. 44.

⁵⁰ Ks. Nieminen 2005 s. 83, jossa hän mainitsee nämä kriteerit työhönottotilanteeseen liittyen.

Positiivisen erityiskohtelun tarkoituksesta johtuen, sen kohteena ei voi olla mikä tahansa henkilöryhmä tai sen yksittäinen edustaja. Erityistoimien on kohdistuttava ryhmään, joka on jollakin laissa tarkoitetulla syrjintäperusteella epäedullisemmassa asemassa kuin verrokkiryhmä ja/tai jonka olosuhteet ovat epäedullisemmat kuin verrokkiryhmällä.⁵¹ Usein kysymys on yhteisössä vähemmistönä olevan ryhmän aseman parantamisesta. Naisten kohdalla kysymys ei tietenkään ole vähemmistöstä, vaan muun muassa historiallisista ja yhteiskunnallisista rakenteista johtuvista syistä heikommassa asemassa olevasta ryhmästä. Positiivisessa erityiskohtelussa hyväksyttävä kohderyhmä määrittyy siis lain tavoitteen sekä laissa säädettyjen syrjintäperusteiden perusteella. Kuten luvun 2 lopussa todetaan, eri lakien luettelot kielletyistä syrjintäperusteista eivät ole tyhjentyviä.

4.2 Keinojen suhteellisuus ja väliaikaisuus

Välttämätön edellytys positiiviselle erityiskohtelulle on, että se tapahtuu suhteellisuusperiaatteen rajoissa. Erottelu ei saa olla asteeltaan liian voimakasta⁵², vaan ”sopivaa ja kohtuullista”⁵³, sekä oikeassa suhteessa tavoiteltuun tarkoitukseen nähden. Suosiva menettely ei ole sallittua, jos siitä aiheutuu muille henkilöille tai ryhmille kohtuutonta haittaa, tai jos sama tavoite voidaan saavuttaa vähemmän suosivin keinoin tai keinoilla, jotka eivät ole lainkaan suosivia.⁵⁴ Voidaan puhua yhdenvertaisen kohtelun kannalta ”vähemmän haitan kriteeristä”.

Lisäksi positiivinen erityiskohtelu ei voi olla luonteeltaan pysyvää, sillä se on sallittua vain niin kauan kuin tosiasiallinen eriarvoisuus vallitsee. Sallitusta menettelystä tulee kiellettyä syrjintää, kun yhtäläisten mahdollisuuksien ja tasa-arvoisen kohtelun päämäärät on saavutettu.⁵⁵ Toisin kuin tasa-arvolain 9 §:n 4-kohdassa, YVL 7.4 §:ssä ei mainita vaatimusta menettelyn väliaikaisuudesta. Positiivisen erityiskohtelun väliaikainen luonne ilmenee kuitenkin YVL:kin esitöissä: Kun eriarvoisuutta poistetaan heikommassa asemassa olevan ryhmän erityiskohtelulla, voi erityiskohtelu vastata lain tarkoitusta vain niin kauan kuin kyseinen ryhmä tosiasiallisesti on heikommassa asemassa.⁵⁶

4.3. Suunnitelmallisuus ja johdonmukainen soveltaminen

Yhdenvertaisuusperiaatteen ja syrjinnän kieltojen keskeisenä tarkoituksena on estää mielivaltainen vallankäyttö ja päätöksenteko. Siten tärkeitä edellytyksiä positiivisen

⁵¹ Työn rajoitetun laajuuden takia siinä ei tarkastella kysymystä verrokkiryhmästä eli siitä mihin ryhmään vertailu tehdään.

⁵² Scheinin s. 239–240: kuten aina, kun arvioidaan onko ihmisoikeuksia loukattu, myös s. 245.

⁵³ Nummijärvi s. 97.

⁵⁴ HE 44/2003 vp s. 44 ja Nieminen 2005 vp s. 62.

⁵⁵ HE 57/1987 vp s. 21.

⁵⁶ HE 195/2004 vp s. 37 ja PeVL 10/2003 vp s. 3.

erityiskohtelun hyväksyttävyydelle ovat sen suunnitelmallinen käyttö ja soveltamisen johdonmukaisuus. Tasa-arvolain esitöissä todetaan, että yksittäinen työhönottopäätös, joka ei perustu suunnitelmaan, ei ole sallittua positiivista erityiskohtelua vaan kiellettyä syrjintää.⁵⁷

Tasa-arvolain 9 §:n 4 kohdan mukaisista erityistoimista ei tarvitse tehdä määrämuitoista suunnitelmaa, eikä säännöksellä tarkoiteta samaa kuin 6a §:n tasa-arvosuunnitelmalla tai YVL 4 §:n mukaisella suunnitelmalla. Jos työnantaja on laatinut sanotut suunnitelmat, on luontevaa, mutta ei siis lain perusteella pakollista, että työpaikalla sovellettava positiivinen erityiskohtelu sisältyy niihin.

Vaikka positiivisen erityiskohtelun suunnitelmallinen soveltaminen ei ole määrämuitoista, niin työnantajan on pystyttävä osoittamaan, että erityiskohtelu on osa tasa-arvon tai muun yhdenvertaisuuden edistämistä. Yksittäistapauksessa ei saa olla kysymys mielivaltaisesta ratkaisusta, jonka vaikuttimet ovat muut kuin millä ratkaisua perustellaan.⁵⁸ Esimerkiksi jos työnantaja työhön ottaessaan suosii toista sukupuolta olevia hakijoita ja vetoaa pyrkimykseen tasoittaa yksipuolista sukupuolijakautumaa työpaikalla, työnantajan on osoitettava, että menettely on osa tasa-arvon edistämistä.⁵⁹ Tätä voi osoittaa positiivisen erityiskohtelun vakiintunut, johdonmukainen ja suunnitelmallinen käyttö, jossa suosimisen rajat ja kriteerit on määritelty.⁶⁰

Lähteet

Ahtela, Karoliina: Tasa-arvolakiin perustuva positiivinen erityiskohtelu erityisesti virkanimityksissä. Tampereen yliopisto, työelämän tutkimuskeskus. Teoksessa: Työelämän tutkimus 2–3/2004, s. 96–111. Kirjoitus löytyy myös verkkojulkaisuna: www.opiskelijakirjasto.lib.helsinki.fi. HY:n Opiskelijakirjaston verkkojulkaisu 2005.

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

Bruun, Niklas ja Koskinen, Pirkko K.: Tasa-arvolaki. Lakimiesliiton kustannus. 2. uudistettu painos. Helsinki 1997.

Bruun, Niklas ja von Koskull, Anders: Työoikeuden perusteet. Talentum. Helsinki 2004.

Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi naisten ja miesten välisestä tasa-arvosta (*HE 57/1985 vp*).

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

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

Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi yhdenvertaisuuden turvaamisesta sekä eräiden siihen liittyvien lakien muuttamisesta (*HE 44/2003 vp*).

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

⁵⁷ HE 57/1985 vp s. 21.

⁵⁸ Nieminen 2005 s. 63 ja Valkonen 2006 s. 303.

⁵⁹ HE 57/1985 vp s. 21.

⁶⁰ HE 57/1985 vp s. 21 ja Tiitinen – Kröger s. 140–141.

- Hallituksen esitys Eduskunnalle työsopimuslaiksi ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi (*HE 157/2000 vp*).
- Kuoppamäki, Markku*: Yhdenvertaisuus ja syrjintä työelämässä. Edita. Helsinki 2008.
- Nieminen, Kimmo*: Tasa-arvolaki työsuhteessa. WSOY. Jyväskylä 2005.
- Nieminen, Kimmo*: Tasa-arvo sukupuolten välillä. Teoksessa: Oikeuden perusteokset. Työoikeus (toim. Kairinen, Koskinen et. al. 2 uudistettu painos), s. 289–350. WSOYpro. Helsinki 2006.
- Nummijärvi, Anna*: Palkkasyrjintä. Oikeudellinen tutkimus samapalkkaisuuslainsäädännön sisällöstä ja toimivuudesta. Edita. Helsinki 2004.
- Perustuslakivaliokunnan lausunto (*PeVL 10/2003 vp*).
- Scheinin, Martin*: Yhdenvertaisuus ja syrjinnänkielto (PL 6 §). Teoksessa: Oikeuden perusteokset. Perusoikeudet. (toim. Hallberg, Karapuu et. al.), s. 231–261. WSOY Lakitieto Oy. Helsinki 1999.
- Sulkunen, Olavi*: Yhdenvertaisuuslaki pähkinänkuoressa. Teoksessa: Työoikeudellisen yhdistyksen vuosikirja 2001–2002, s. 199–209. Helsinki 2004.
- Tiitinen, Kari-Pekka – Kröger, Tarja*: Työsopimusoikeus. Helsinki 2008.
- Valkonen, Mika*: Yhdenvertainen kohtelu työsopimuslaissa. Teoksessa: Työoikeudellisen yhdistyksen vuosikirja 2001–2002, s. 81–160.
- Valkonen, Mika*: Yhdenvertainen kohtelu. Teoksessa: Oikeuden perusteokset. Työoikeus (toim. Kairinen, Koskinen et. al. 2 uudistettu painos.), s. 195–288. WSOYpro. Helsinki 2006.

