

DISKRIMINERINGSFÖRBUDET OCH LAGLIGHETSKONTROLLEN¹

Om diskrimineringsförbudet

Jämlikhet – som även innefattar förbud mot diskriminering – är en central norm i Finlands grundlag, i de internationella människorättskonventioner som är bindande för Finland och i Europeiska unionens grundfördrag. För Finlands vidkommande ingår jämlikhetsbestämmelsen och diskrimineringsförbudet grundlagens 6 § (731/1999), i kapitlet om grundläggande fri- och rättigheter.

Grundlagens diskrimineringsförbud uppger inte en uttömmande förteckning över diskrimineringsgrunderna. Diskrimineringsförbudet är dessutom allmänt formulerat och vittomfattande när det gäller vilka personkretsar det ska tillämpas på. Detta innebär att vilket som helst skäl att särbehandla en person i en jämförbar situation utan godtagbar grund av en orsak som gäller hans eller hennes person kan utgöra diskriminering och att alla och envar sålunda kan åberopa diskriminering och brott mot GL 6.2 §. Tillämpningsområdet för grundlagens diskrimineringsförbud är mycket allmänt definierat och bestämmelsen kan ses både som ett direkt tillämpligt förbud och som ett rättesnöre för lagstiftaren. Direkt tillämplighet innebär att en enskild person kan åberopa förbudet i ett enskilt fall, exempelvis i ett klagomålsärende. Som rättesnöre för lagstiftaren fungerar diskriminerings-

förbudet så att riksdagen inte får stifta lagar där människor utan godtagbara grunder försätts i en ojämlig ställning.

Det finns diskrimineringsförbud också i annan lagstiftning än i grundlagen, exempelvis i strafflagen, statstjänstemannalagen (11 §, 25/2004) och i arbetsavtalslagen. Diskrimineringsförbudet kommer också upp i lagen om likabehandling, som vid sidan av jämställdhetslagen är att betrakta som en allmän lag. Lagen om likabehandling genomfördes utifrån två EU-direktiv om likabehandling.² Följden av detta har blivit att även om grundlagens jämlikhetsbestämmelse har en mycket hög status i grundlagen, bygger den lagstiftning som subsidiärt reglerar jämlikhetsfrågor i vårt land på genomförandet av EU-direktiven.

Syftet med lagen om likabehandling är att främja och trygga likabehandling samt att effektivisera rättsskyddet för den som utsatts för diskriminering i sådana diskrimineringsituationer som hör till lagens tillämpningsområde (1 § i lagen om likabehandling, 21/2004).

Att lagen om likabehandling har ställning av en allmän lag kommer till synes bland annat i att den definierar vissa allmänna begrepp såsom diskriminering, förbud mot repressalier och bevisbörda vid behandling av diskrimineringsärenden. Trots att lagen har ett brett tillämpningsområde

¹ Om diskrimineringsförbudet se bl.a. Mikko Puumalainen, *Syrjintäkielto: sisämarkkinoiden reunoilta perusoikeuksien ytimeen*, i verket *Yksilön oikeusasema Euroopan unionissa*, juhlakirja Allan Rosas – Festschrift Allan Rosas, s. 41-58, Vammala 2008 samt från JO:s synpunkt Jukka Lindstedt, *Diskriminering på grund av etniskt ursprung*, Jubileumsboken Riksdagens justitieombudsman 90 år, s. 134-157, Vammala 2010).

² Rådets direktiv 2000/43/EG om genomförandet av principen om likabehandling av personer oavsett deras ras eller etniska ursprung och rådets direktiv 2000/78/EG om inrättande av en allmän ram för likabehandling i arbetslivet.

som innefattar såväl offentlig som privat verksamhet gäller den bara vissa, i lagen uppräknade livsområden. När det gäller diskriminering på grund av etniskt ursprung nämner lagen fler livsområden än i andra diskrimineringsfall av orsaker som gäller någons person.

Samtliga diskrimineringsgrunder kan bli tillämpliga på näringsutövning, arbetslivet, utbildning och medlemskap i fackorganisationer eller utnyttjande av förmåner som dessa organisationer tillhandahåller. Lagen tillämpas dessutom på diskriminering på grund av etniskt ursprung om detta sker på något av följande livsområden: social- och hälsovårdsservice, socialskyddsförmåner eller andra stöd, rabatter eller förmåner som beviljas på sociala grunder, fullgörande av värnplikt, frivillig militärtjänst för kvinnor eller civiltjänst eller tillhandahållande till allmänheten av bostäder, annan lös eller fast egendom eller tjänster som är allmänt tillgängliga, med undantag av rättshandlingar som hör till privatlivet och familjelivet.

Direktiven ledde till en skärpning av diskrimineringsförbudet i Finland. Enligt direktiven är det inte tillåtet att någon av en orsak som gäller hans eller hennes person behandlas mindre förmånligt än en annan person i en jämförbar situation. Såväl strafflagen som grundlagen tillåter allmänt sådan särbehandling. I direktiven begränsas och definieras möjligheterna till särbehandling noggrant. Några allmänna ”godtagbara” undantag finns inte. Andra nyheter i lagen är att trakasserier och instruktioner eller befallningar att diskriminera betraktas som förbjuden diskriminering och är förenade med omvänd bevisbörda.

Diskrimineringsförbudet och laglighetskontrollen av förvaltningen samt justitiekanslern

Jämlikhetsfrågor och påståenden om brott inom förvaltningen mot diskrimineringsförbudet är ett återkommande tema i klagomålen till justitiekanslern. I min övervakningspraxis har jag under den senare tiden upprepade gånger fattat beslut i ärenden berört jämlikhetsfrågor och där både den nya lagen om likabehandling och grundlagen har varit tillämpliga. I dessa avgöranden har jag tillämpat diskrimineringsförbudet i bägge lagarna och försökt få fram en sammanhållen tolkning.

I besluten dryftar jag bland annat vad som ska anses vara en förbjuden diskrimineringsgrund. Lagen är öppen i detta avseende och exempel förteckningarna uppvisar variationer.

I ett fall som gällde avgiftstaxan för torgplatser respektive sysselsättningsfrågor tog jag ställning till frågan om återopande av någons hemort kan utgöra en förbjuden diskrimineringsgrund och i ett fall som gällde en arbetarskyddsrapport och det s.k. Tehy-protokollet tog jag ställning till frågan om deltagande i facklig verksamhet och rätten att uttrycka åsikter. För att kunna avgöra om ogynnsam behandling kan godtas gjorde jag en avvägning mellan grundlagen och lagen om likabehandling. Grundlagen tillåter nämligen ogynnsam behandling på godtagbara grunder i jämförbara situationer, medan lagen om likabehandling betraktar ogynnsam behandling som otillåten diskriminering inom lagens tillämpningsområde och förbjuder sådan behandling. De fall som gällde torgtaxan respektive sysselsättningsstödet berörde bland annat den kommunala autonomins betydelse i detta avseende. När det gällde Tehy-protokollet var det också fråga om att dra upp gränser för förhandlingssystemet, strejkrätten samt innehållet i instruktioner eller befallningar vid definition av diskrimineringsbegreppet.

I samtliga fall är det viktigt att se justitiiekanslerns roll som laglighetsövervakare och inse att klagomålsförfarandet är ett kompletterande rättsmedel: klagomålsavgörandena ger inget omedelbart rättsskydd utan tar endast ställning till lagligheten i myndigheternas förfarande. I det enskilda fallet är det domstolens sak att meddela rättsskydd, vilket inte befriar myndigheterna från skyldigheten att följa de bestämmelser om förbud mot diskriminering som ingår i grundlagen och lagen om likabehandling.

En kommuns avgiftstaxa för torgplatser – grunderna och beloppen

Kommuninvånare och andra torghandlare betalade olika stora avgifter enligt den fastställda avgiftstaxan då de hyrde torgplatser på stadens torg. Jag ansåg att förfarandet stred mot principen om likabehandling och mot diskrimineringsförbudet i såväl grundlagen som i lagen om likabehandling. Möjligheten att bedriva handel på stadens torg gav upphov till en jämförbar situation där näringsidkare från andra kommuner utsattes för ogynnsam behandling på grund av boningsort (OKV/339/1/2006).

En stads sysselsättningsbeslut

En stad handlade enligt min uppfattning i strid med förbudet mot diskriminering genom att gynna den egna stadens ungdomar när den beviljade sysselsättningsstöd. Staden beviljade sådana arbetsgivare sysselsättningsstöd som anställde en ung person från orten i arbetsförhållande på viss tid. Ett villkor för stödet var att den unga personen var skriven på orten. Enligt jämställdhetslagen får ingen diskrimineras av personrelaterade orsaker. Lagen tillämpas också på urvalskriterier vid anställning. En personrelaterad orsak som inte hänför sig till utförandet av arbetet eller upp-

giften, såsom boningsort, är en förbjuden urvalsgrund (OKV/150/1/2008).

Ett kommunalt arbets- och tjänstekollektivavtal (det s.k. Tehy-protokollet)

Tehy rf och Kommunala arbetsmarknadsverket godkände ett förlikningsförslag som en av arbetsministeriet tillsatt förlikningsnämnd hade lagt fram om anställningsvillkoren för Tehy-medlemmar och om Tehys ställning (det s.k. Tehy-avtalet). Avtalet är till sin natur ett tjänstekollektivavtal enligt lagen om kommunala tjänstekollektivavtal och ett arbetskollektivavtal enligt lagen om kommunala kollektivavtal.

I mitt avgörande tog jag ställning till avtalet till den del som det enligt en avtalsbestämmelse endast ska tillämpas på Tehys medlemmar. Ytterligare tog jag ställning till jämställdhetsombudsmannens agerande såsom medlem av förlikningsnämnden. Det är fullt möjligt att med stöd av lag begränsa den avtalsbundna kretsen. I det aktuella fallet begränsades kretsen emellertid enbart till Tehy-medlemmar. Av detta följde att de arbetsgivare som var bundna av avtalet inom ramen för avtalet genom olika anställningsvillkor kunde behandla tjänsteinnehavare och arbetstagare som inte hör till Tehy på ett annat sätt än Tehy-medlemmar, trots att de utförde samma, i avtalet avsedda arbete.

Detta ledde till att tjänsteinnehavare och arbetstagare som inte hörde till Tehy med stöd av avtalet kunde behandlas mindre förmånligt än Tehy-medlemmar behandlas, har behandlats eller skulle behandlas i en jämförbar situation, utan att grunden låg i arbetsuppgifternas art och var ett verkligt och avgörande krav i anknytning till utförandet av arbetsuppgifterna. Enligt 6 § i lagen om likabehandling är avtalet i sig ett brott mot diskrimineringsförbudet, även om det ännu inte skul-

le ha tillämpats i ett enda konkret löneavgörande. Detta framgår av lagens formulering "skulle behandlas". (OKV/1333/1/2007, OKV/181/1/2008).

Diskrimineringsgrunderna i lagen om likabehandling

I en arbetarskyddsberättelse hade det konstaterats att facklig aktivitet och påtalande av missförhållanden på arbetsplatsen inte var i lagen om likabehandling avsedda diskrimineringsgrunder och att det därför inte kunde anses att det hade brutits mot lagens diskrimineringsförbud. I mitt avgörande ansåg jag det för det första självklart att påtalande av missförhållanden på arbetsplatsen genom åsiktsyttringar, på det sätt som A enligt utredning hade gjort, är en sådan diskrimineringsgrund som avses i 6 § 1 mom. i lagen om likabehandling. För det andra ansåg jag att diskrimineringsgrunden "av någon annan orsak som gäller hans eller hennes person" innefattar facklig aktivitet och också det att någon inte är fackligt organiserad. I mitt avgörande hänvisade jag på denna punkt till att förteckningen i 6 § över förbjudna diskrimineringsgrunder enligt lagens förarbeten ska motsvara både de diskrimineringsgrunder som avses i grundlagens 6 § 2 mom. och de diskrimineringsgrunder som förbjuds i diskrimineringsdirektivet och direktivet om likabehandling i arbetslivet (RP 44/2003, s. 41). I grundlagens 6 § 2 mom. nämns inte facklig verksamhet som en diskrimineringsgrund, däremot nämns någon annan orsak som gäller hans eller hennes person. Enligt förarbetena till grundlagen (RP 309/1993 rd, s. 44) skulle exempelvis deltagande i föreningsverksamhet va-

ra en sådan grund. I grundlagens 13 § 2 mom. föreskrivs att var och en har facklig föreningsfrihet och att denna frihet bland annat innefattar friheten att höra eller inte höra till en fackförening. Den tolkning av diskrimineringsgrunderna i 6 § 1 mom. i lagen om likabehandling som ingick i arbetarskyddsrapporten var sålunda felaktig (OKV/1233/1/2007)

Jämlikhetsbestämmelsernas tydlighet

Diskrimineringsförbudet är en central norm i ett rättssystem som bygger på grundläggande fri- och rättigheter samt mänskliga rättigheter. EU har haft en stor betydelse när det gäller att stärka skyddet för likabehandling och har påtagligt förändrat rättsläget i Finland när det gäller jämlikhetsaspekten. Ett problem är emellertid att bestämmelserna blivit komplicerade och oenhetliga.³ Regleringen av jämlikhetsfrågor är i detta nu inte på ett naturligt sätt integrerad i den inhemska rättssystematiken utan den grundar sig på att man har genomfört unionens rättsnormer. Den därpå baserade systematiska befogenhetsfördelningen har därför fått en allt för framträdande plats i lagen.

Effekterna av befogenhetsfördelningen inom unionens sekundärrätt skulle visserligen kunna överbryggas i samband med det nationella genomförandet. Nivån på skyddet i samband med diskrimineringsgrunderna i unionens sekundärrätt eller införandet av diskrimineringsförbud endast på vissa livsområden kunde omvandlas till ett allmänt och enhetligt diskrimineringsförbud i

³ När riksdagen godkände lagen om likabehandling kompletterades svaret (RSv 95/2003 rd – RP 44/2003 rd) med ett uttalande. Riksdagen förutsatte att "regeringen bereder en proposition med förslag till en likabehandlingslagstiftning utifrån det finländska systemet med dess grundläggande fri- och rättigheter och med samma rättsmedel och påföljder för alla diskrimineringsgrunder." Justitieministeriet tillsatte en kommission för att bereda en reform av jämlikhetslagstiftningen (jämlikhetskommissionen). Kommissionen gav sitt betänkande 21.12.2009 (Förslag till ny likabehandlingslag och lagstiftning som har samband med den. Jämlikhetskommissionens betänkande. OMKM 2009:4)

den inhemska lagstiftningen. I Finland har man emellertid inte utnyttjat den nationella lagstiftningens allmänna befogenheter eller säkerställt en enhetlig reglering. Man har närmast nöjt sig med att nödtorftigt genomföra de förpliktelser som följer av unionslagstiftningen. De inhemska lösningarna i lagen om likabehandling är närmast kopierade ur den gällande jämställdhetslagen.

Bristen på enhetliga normer som reglerar jämlikheten har i förlängningen lett till juridisk och formell oenhetlighet. Beroende på diskrimineringsgrunden eller livsområdet är ju diskriminering för närvarande mer eller mindre absolut förbjuden och starkare än rättsskyddet. Å andra sidan kan diskriminering vara mera klandervärd på vissa livsområden och i fråga om vissa grunder. Åtminstone kan behovet av rättsskydd vara större, vilket skulle motivera ett särskilt skydd.

Jämlikhetsbestämmelserna i Finland uppfyller sålunda inte i alla avseenden grundlagens krav på att faktisk jämlikhet bör främjas och säkerställas och inte heller grundlagens 22 § där det föreskrivs att de grundläggande fri- och rättigheterna och de mänskliga rättigheterna ska tillgodoses.

Det är alltså paradoxalt att samtidigt som skyddet för jämlikheten blivit starkare i och med genomförandet av EU-rätten har detta samtidigt lett till ökad ojämlikhet. Det är givetvis fråga om en relativ och inte en absolut ojämlikhet. Vi behöver en allmän nationell jämlikhetslag som på ett övergripande och enhetligt sätt tar ställning till behovet av skydd i jämlikhetssammanhang på olika livsområden och till frågan om rättsmedlen, dock utan att ge avkall på den skyddsnivå vi redan har uppnått.