

TARTU ÜLIKOOL
ÕIGUSTEADUSKOND
Avaliku õiguse osakond

Art-Peeter Roosve

**POSITIIVSETE ERI?MEETMETE PIIRID JA KOHALDAMINE EESTI
ÕIGUSSÜSTEEMIS**

Magistritöö

Juhendaja
DPhil, Mag iur Merilin Kiviorg

Tallinn

2022

Sissejuhatus	3
1. Mis on positiivsed meetmed ja miks neid rakendatakse?	11
1.1. Positiivsed meetmed kui sisulise võrdõiguslikkuse saavutamise vahend	11
1.2 Positiivsed meetmed kui laiaulatuslikult diskrimineerimise vastu võitlemise viis EL õigussüsteemis.....	12
1.3. Millised meetmed on positiivsed meetmed?	15
1.4.Kvoodid: positiivne tegevus või eraldi mitmekesisuse ja esinduse meede?	19
2. Positiivsete meetmete piirid	22
2.1. Proportsionaalsus - millal saab positiivsest meetmest ebaõiglane sooduskohtlemine?	23
2.2. Proportsionaalsus Euroopa Liidu riikide seadusandluses	31
2.3. Positiivsete meetmete kohaldamise ajutisus	33
2.4. Kooskõla põhiseadusega	34
2.5. Tõelise kutsealase nõude erand	34
2.6. Täiendavad kasulikud kriteeriumid positiivsete meetmete rakendamisel.....	36
2.6. 1. Positiivsete meetmete rakendamiseks pädevate institutsioonide ja isikute ringi määratlemine	36
2.6.2. Eraldi määruste loomine ja selleks vastava kontrollprotsesside määramine	38
2.6.3. Tunnuste määrtlemine, mille kaitseks võib positiivseid meetmeid kasutada	40
2.7. Võrdõiguslikkuse tagamise ja edendamise viisid, mis ei ole positiivsed meetmed	41
2.7.1. Mis on võrdõiguslikkuse kohustus?	41
2.7.2. Mis on mõistlik abinõu ja kuidas see erineb positiivsetest meetmetest?	42
3. Positiivsete meetmete piiritlemine Eesti õiguses	44
3.1 Positiivsete meetmete proportsionaalsus Eesti õigussüsteemis	45

3.2 Positiivsete meetmete kehtestamise ajutisus Eesti õigussüsteemis	52
3.3. Positiivsete meetmete vastavus Eesti põhiseadusega.....	52
3.4 Positiivsete meetmete täiendavad piirid	54
3.5 Ettepanek seaduse muutmiseks ja soovitused positiivsete meetmete kohaldamiseks. 57	
Kokkuvõte.....	61
Summary.....	71
Kasutatud kirjandus.....	8686

Sissejuhatus

Üheks inimest ja inimõigusi austava ühiskonna tähtsaimaks eelduseks on, et kõigile oleksid tagatud võrdsed võimalused. Võrdseid tuleb kohelda võrdselt ja ebavõrdseid ebavõrdselt. Aga kõigile peab looma võrdsed võimalused realiseerida oma potentsiaali ning unistusi, olles seejuures piiramata ühiskonnas levivatest hoiakutest ja stigmadest. See tähendab, et igasugust ebavõrdset kohtlemist ei saa põhiseaduse alusel vaidlustada, sest oluline on võrreldavate isikute, gruppide või olukordade sarnasus.¹ Sarnases olukorras olevate isikute kohtlemine võib olla ebavõrdne eeldusel, et selleks on mõistlikud ja asjakohased põhjused. Seega eeldusel, et kaalul on põhiseaduslikud väärtused, võib olla lubatav isegi eesmärk, mis pealtnäha PS § 12 lg 1 teise lause diskrimineerimiskeelu alusel välistatud on.² Struktuuriline ebavõrdsus, mis neid võimalusi pärsib, võib olla aga palju ulatuslikum, kui selle üksikjuhtumid. Seetõttu ei piisa põhjendamatu ebavõrdse kohtlemise ehk diskrimineerimise vastu võitlemiseks ainult seaduses toodud erinevatest diskrimineerimiskeeldudest. Teatud tingimustel võib kindlatel sotsiaalsetel rühmadel lasuva ebasoodsa olukorra kõrvaldamiseks olla vajalik ajutine sooduskohtlemine.³

¹ T. Annus. Riigiõigus. Tallinn 2006, lk 421

² Annus, lk 423-424

³ C. O’Cinneide. Positive action. Reader in Law. University College London (UCL) . – Arvutivõrgus: http://www.era-comm.eu/oldoku/SNLLaw/04_Positive_action/2014_April_Cinneide_Paper_EN.pdf

Nii on riigil kui ka riigis paiknevatel kindlatel institsioonidel võimalus ning vahel ka kohustus kasutada selleks proportsionaalseid, ajutisi ja spetsiifilisi meetmeid ehk nn. positiivseid erimeetmeid.⁴ Erinev kohtlemine ei ole alati tingitud halbadest kavatsustest või põhjustest. Vahel võib see tuleneda hoopis eesmärgistatud tegevusest edendada mõne alaesindatud või halvemini koheldud ühiskonnarühma olukorda. Sellised ohus oleva rühma õiguste edendamiseks võetavad proportsionaalsed sammud seisavad eraldi üldisest diskrimineerimiskeelust ja on siinkohal määratletud positiivsete erimeetmetena.⁵

Positiivsete erimeetmete⁶ eesmärk on saavutada praktikas täielik võrdsus sotsiaalselt või majanduslikult ebasoodsas olukorras olevate rühmade liikmetele ehk tegeleda minevikus aset leidnud või jätkuvast diskrimineerimisest tuleneva ebasoodsa olukorra tagajärgedega.⁷ Naiste diskrimineerimise kõigi vormide likvideerimise konventsiooni positiivseid meetmeid puudutavate üldsoovituste (General recommendation No. 25) järgi peaksid kõik osalisriigid eelistatavalt järgima mõistet "ajutised erimeetmed", et vältida segadust.⁸ Riigiti on neid defineeritud ka mõistetega nagu "*affirmative action*", "positiivne tegevus" või lihtsalt "positiivsed meetmed". Need terminid tulenevad aruteludest ja erinevatest rahvuslikest kontekstidest leitud erinevatest tavadest.⁹ Autor kasutab töös läbivalt terminit "positiivne erimeede". Põhjuseks on, et Eestis on termin "positiivne meede" kõnekeeles kõige levinum ja tuntud termin, millega kirjeldada töö fookuses olevaid meetmeid. Eesliide "eri" on aga oluline lisada, kuna see viitab meetmete ajutisusele ja vajadusele nende rakendamise otstarbekust ka iga üksikjuhtumi põhiselt hinnata

⁴ A. Kivioja, K. Müller, L. Oja. PõhiSK § 12/ 4. – Eesti Vabariigi põhiseaduse Komm vlj. 2020. – Arvutivõrgus: <http://www.pohiseadus.ee>

⁵ Equinet. Positive Action Measures. The Experience of Equality. Brüssel 2014, lk 13. – Arvutivõrgus: https://equineteurope.org/wp-content/uploads/2019/07/positive_action_measures_final_with_cover.pdf

⁶ Rahvakeeli tuntud ka kui nn. „positiivne diskrimineerimine“, mis ei ole tegelikult õiguslikult aktsepteeritav termin.

⁷ Equinet, lk 13

⁸ The Committee on the Elimination of Discrimination against Women. General recommendation No. 25, on article 4, paragraph 1, of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, on temporary special measures, artikkel 20. – Arvutivõrgus: [https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/General%20recommendation%2025%20\(English\).pdf](https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/General%20recommendation%2025%20(English).pdf)

⁹ The Committee on the Elimination of Discrimination against Women. General recommendation No. 25, on article 4, paragraph 1, of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, on temporary special measures, artikkel 26

(millest ka töös juttu). Sõna "eriline" tegelik tähendus seisneb selles, et meetmed on kavandatud teenima konkreetset eesmärki.¹⁰

Kuigi positiivsete erimeetmete kohaldamist kõrvutatakse tihti nn. vastupidise või positiivse diskrimineerimisega, on positiivne erimeede juriidiliselt eristatav termin. Kui vastupidine või positiivne diskrimineerimine viitab otsestele eelistustele, mis antakse põhjendamatult teatud rühmadele nende sotsiaalse kuuluvuse tõttu, on positiivse meetme definitsioon palju laiem, hõlmates paljusid võimalikke meetmeid alates järelevalvest ja kaudsest toetusest (nt projektid või koolitused) kuni otsesemate sekkumisteni (nt kvoodid.)¹¹ Selles kontekstis käsitletakse positiivsete erimeetmetega kaasnevat erinevat kohtlemist mitte eraldiseisva diskrimineerimise vormina, vaid kui diskrimineerimiskeelu erandit. Teisisõnu on toimunud erinev kohtlemine, kuid see võib olla õigustatud olemasoleva ebasoodsa olukorra, näiteks teatud rühmade alaesindatuse töökohal kaotamise huvides.¹²

Osalisriigid peaksid avalikkust harima ja suurendama selle teadlikkust erimeetmete tähtsusest rassilise diskrimineerimise ohvrite olukorra lahendamiseks, eriti ajaloolistest teguritest tuleneva diskrimineerimise kohta.¹³

Positiivsete erimeetmete kasutamine ei ole küll selgelt määratletud kohustus, aga on kõigi Euroopa Liidu (edaspidi: EL) võrdõiguslikkuse direktiivide kohaselt selgesõnaline võimalus ning üks ulatuslikumaid viise struktuurilise ja süsteemse ebavõrdsuse vastu võitlemiseks.¹⁴ Vaatamata selgesõnalisele tunnustamisele ei täpsusta EL õigus aga nende meetmete vormi ega sisu.¹⁵

¹⁰ The Committee on the Elimination of Discrimination against Women. General recommendation No. 25, on article 4, paragraph 1, of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, on temporary special measures, lk 26

¹¹ R. Xenidis, H. Masse-Dessen. Positive action in practice: some dos and don'ts in the field of EU gender equality law. 2018, lk 38 – Arvutivõrgus: https://www.researchgate.net/publication/336513232_Positive_action_in_practice_some_dos_and_don%27ts_in_the_field_of_EU_gender_equality_law

¹² Euroopa Liidu Põhiõiguste Amet. Handbook on European non-discrimination law. 2018, lk 71. – Arvutivõrgus: [Handbook on European non-discrimination law – 2018 edition \(coe.int\)](https://www.coe.int/t/t09/Legislation/Handbook_on_European_non-discrimination_law_2018_edition.pdf)

¹³ European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe. Handbook on European non-discrimination law, lk 72

¹⁴ Equinet, lk 13

¹⁵ Xenidis, Masse-Dessen, lk 40

Kuigi tulenevalt Euroopa Liidu lepingu artiklisse 2 ja artikli 3 lõikesse 3 EL ühe alusväärtusena sätestatud võrdõiguslikkuse põimõttest¹⁶ võib tuletada liikmesriikide kohustuse kasutada positiivseid erimeetmeid, jäävad positiivsed erimeetmed liikmesriikide otsustada ja kavandada. Liidus domineerib subsidiaarsuse põhimõte, mis annab liikmesriikidele suurema tegutsemisruumi oma võrdõiguslikkuse garantiide mudeli valimisel. Selle alla käib ka positiivsete erimeetmete kohaldamise reguleerimine.¹⁷ Selle konstruktsiooni probleem seisneb aga selles, et nagu tavaliselt, seab põranda sisemine tugevus lae kõrgusele ja kujule piirangud.¹⁸ Ehk kui positiivsete erimeetmete kohaldamisel on segadus kõige otsesemal, riigi tasandil, muutub olukord ebaselgeks ka laiemal teoreetilisel tasandil.

Ka Euroopa võrdõiguslikkuse organite katuseorganisatsiooni Equineti hinnangul on positiivsete erimeetmete mõistet ja ulatust vaja oluliselt selgitada ning uurida (nt meetmete tüüpe, abisaajaid, tingimusi, seiret jne). Hoolimata võrdõiguslikkuse põhimõistete universaalsusest on EL ja teised rahvusvahelised organisatsioonid positiivseid erimeetmeid erinevalt tõlgendanud ja kohaldanud. Olemasolevat kontseptuaalset segadust tugevdab veelgi eri jurisdiktsioonides kasutatav erinev terminoloogia.¹⁹ Probleemiks on ka õhuke piir sihtrühmale eeliste andmise ja nende eeliste vältimise vahel, mis osutuvad teiste rühmade suhtes diskrimineerivaks.²⁰

Vaatamata piiridele, mille kohtud on tõmmanud proportsionaalsuse testi ja viimase 30 aasta jooksul välja töötatud kontrollikriteeriumide kaudu, ei ole positiivsete meetmete tähendus õigusloomes ja poliitika kujundamisel riiklikul tasandil ikka veel alati selge.²¹ Selle taustal on

¹⁶ 2. Liit moodustab oma kodanikele vabadusel, turvalisusel ja õigusel rajaneva sisepiirideta ala, kus isikute vaba liikumine on tagatud koos välispiirikontrolli, varjupaiga ja sisserändega ning kuritegevuse ennetamise ja selle vastu võitlemisega seotud asjakohaste meetmete rakendamisega.

3. Liit rajab siseturu. Liit taotleb Euroopa säästvat arengut, mis põhineb tasakaalustatud majanduskasvul, hindade stabiilsusel ja kõrge konkurentsivõimega sotsiaalsel turumajandusel, mille eesmärk on saavutada täielik tööhõive ja sotsiaalne progress, samuti kõrgetasemelisel keskkonnakaitset ja keskkonna kvaliteedi parandamisel. Liit edendab teaduse ja tehnoloogia arengut. Liit võitleb sotsiaalse tõrjutuse ja diskrimineerimise vastu ning edendab sotsiaalset õiglust ja kaitset, naiste ja meeste võrdõiguslikkust, põlvkondade solidaarsust ja lapse õiguste kaitset.

¹⁷ Xenidis, Masse-Dessen, lk 40

¹⁸ J.H.H.Weiler. LIMITS OF THE CLASSIC METHOD:

POSITIVE ACTION IN THE EUROPEAN UNION AFTER THE NEW EQUALITY DIRECTIVES. New York. 2002, lk 22. – Arvutivõrgus: <https://jeanmonnetprogram.org/archive/papers/02/021001.pdf>

¹⁹ Xenidis, Masse-Dessen, lk 40

²⁰ C-173/13 Maurice Leone and Blandine Leone v Garde des Sceaux, ministre de la Justice and Caisse nationale de retraite des agents des collectivités locales [2014] EU:C:2014:2090

²¹ Ibid

raske positiivseid erimeetmeid ka õiguslikult vastuvõetavatesse terminitesse kujundada. Isegi kõige leebemal kujul loob see ebavõrdse kohtlemise. Positiivsete erimeetmete eksisteerimiseks peab olema valem, mis suudab taastada õigusriigi sisemise järjepidevuse.²²

Ebatäpne määratlus on omakorda põhjustanud ebakindlust ja metoodilist segadust kõigis EL liikmesriikides²³, piirates erimeetmete rakendamist ka riigisiselt.²⁴

Riiklikul tasandil on positiivsete erimeetmete rakendamisel veel ka mitmeid spetsiifilisi raskusi. Esiteks võib osutuda keeruliseks üldiste kohaldamisreeglite järgimine Euroopa Kohtu kehtestatud piirides, mis käsitlevad vahet seadusega lubatud positiivsete erimeetmete vahel ja põhjendamatu sooduskohtlemise vahel (rääkimata nende reeglite ülevõtmisest konkreetsetesse poliitikakujundamisse). Kritiseeritud on ka asjaolu, et Euroopa Kohtu poolt järjekindluses kohtupraktikas rakendatud eeskirjade keerukus takistab positiivsete erimeetmete praktiseerimist. Lisaks sellele on positiivsete meetmete piiride sõnastamise mõõdupuu väga ebamäärane ja muudab seetõttu positiivsete erimeetmete kavandamise keeruliseks. Tegevuskavades ja strateegilistes dokumentides sageli sisalduvate soovitude ja meetmete kogumi ebamäärasus võib samuti takistada tulemuslikkust konkreetsete positiivsete erimeetmete rakendamisel. Positiivsete erimeetmete nõuetekohast rakendamist takistavateks elementideks on korduvalt toodud ka positiivsete erimeetmete üksnes deklaratiivne iseloom, täpsete eesmärkide puudumine ning sanktsioonide ja asjakohaste õiguskaitsevahendite puudumine rikkumiste korral.²⁵

Omaette probleem on veel tõsiasi, et mõnes liikmesriigis (nt Saksamaal) on positiivseid erimeetmeid ka kohtutes üha enam vaidlustatud. Murettekitav on nn kvoodirühmade häbimärgistamine, kuna positiivsest tegevusest kasusaajad võivad ohvriks langeda ning nende oskusi ja kvalifikatsioone võidakse alavääristada, nurjates seega positiivsete erimeetmete eesmärgi. Poliitiliste arutelude tasandil (nt Hollandis) on positiivsete meetmetega seotud arusaamatused kaasa toonud vastupanu ja frustratsiooni enamusrühmadelt, kes peavad end

²² Weiler, lk 22

²³ Equinet, lk 13

²⁴ [ibid](#)

²⁵ Xenidis, Masse-Dessen, lk 49

ebasoodsas olukorras olevaks, aga ka vähemusrühmadelt endilt, kes ei taha, et neid liigitaks kvootide või eelistuste saajate hulka seoses positiivse tegevuse meetmete eesmärgi ja sisuga.²⁶

Sellised näited illustreerivad vajadust selge arusaama järele positiivsete erimeetmete mõistmise ja rakendamise osas, et vältida nende kohaldamisega seonduvat ebakindlust ja poleemikat, mis omakorda võib viia selleni, et inimesed ja grupid, kes meetmetest abi võivad saada, jäävad abist ilma.

Eesti õiguskorras ei ole seni toimunud põhjalikumat diskussiooni positiivsete erimeetmete lubatavuse, iseloomu ja piiride osas.²⁷ Samas on positiivsete erimeetmete kohaldamine tulenevalt seadusest mitte ainult võimalus, vaid vahel ka kohustus. Eestis tuleneb seaduslik alus positiivsete meetmete rakendamiseks eelkõige Eesti Vabariigi põhiseaduse (edaspidi: PS) §-st 12 tuleneva diskrimineerimiskeelu sisustamisest ja võrdse kohtlemise seaduse (edaspidi: VõrdKS) §-st 6, mis sätestab, et antud seadus ei piira selliste proportsionaalsete meetmete rakendamist, mille eesmärk on vähendada või vältida sama seaduse § 1 lõikes 1 nimetatud tunnusest tulenevat ebavõrdsust. Võrdse kohtlemise seaduse § 6 sätestab, et see seadus ei piira selliste proportsionaalsete meetmete rakendamist, mille eesmärk on vähendada või vältida rahvuse (etnilise kuuluvuse), rassi, nahavärvuse, usutunnistuse või veendumuste, vanuse, puude või seksuaalse sättumuse põhjal aset leidvat ebavõrdsust kohtlemist. Soolise võrdõiguslikkuse seaduse (edaspidi: SoVS) § 5 lg 2 p 5 sätestab aga, et otseseks või kaudseks sooliseks diskrimineerimiseks ei loeta ajutiste soolist võrdõiguslikkust edendavate erimeetmete rakendamist, mis annavad eeliseid alaesindatud soole või vähendavad soolist ebavõrdsust. Siinkohal ilmneb ka teatav ebaselgus, sest seadust lugedes jääb justkui mulje, et soolise võrdõiguslikkuse edendamiseks ette võetud positiivsed erimeetmed ei pea olema **proportsionaalsed** ja et rahvuse (etnilise kuuluvuse), rassi, nahavärvuse, usutunnistuse või veendumuste, vanuse, puude või seksuaalse sättumuse põhjal diskrimineerimise vastu võetud meetmed ei peaks olema **ajutised**.

Positiivsete meetmete rakendamiseks on Eestis kaudne kohustus riigi- ja kohaliku omavalitsuse asutustel, haridusasutusel ja tööandjatel. Kaudne seetõttu, et nendel institutsioonidel lasub võrdse kohtlemise seaduse ja soolise võrdõiguslikkuse seaduse järgi võrdõiguslikkuse edendamise

²⁶ Xenidis, Masse-Dessen, lk 50

²⁷ K. Albi, J. Laidvee Ü-M. Papp, M-L. Sepper. SoVS Komm vlj. Tallinn 2010, lk 63

kohustus, mille alla kuulub oma definitsiooni järgi ka positiivsete erimeetmete kohaldamine. Samas pole positiivsete erimeetmete kohaldamise kohustust ülnimetatud institutsioonidele konkreetsemalt välja toodud. Konkreetne kohustus lasub vaid soolise võrdõiguslikkuse ja võrdse kohtlemise volinikul.²⁸

Lisaks märgib ÜRO Naiste diskrimineerimise likvideerimise konventsiooni komisjon oma soovituses Eestile, et osalisriik ei ole võtnud ajutisi erimeetmeid naiste olukorra edendamiseks, vaatamata selliste meetmete õiguslikule alusele soolise võrdõiguslikkuse seaduses ja seda ilmselt avaliku toetuse puudumise tõttu. Komitee soovitab osalisriigil korraldada teadlikkuse tõstmise kampaaniaid, et edendada arusaamist ajutiste erimeetmete tähtsusest ja mittediskrimineerivast olemusest ning võtta kasutusele ajutised erimeetmed vastavalt konventsiooni artikli 4 lõikele 1 ja komitee üldsoovitusele nr 25 (2004) konventsiooniga hõlmatud valdkondades, kus naised on alaesindatud või ebasoodsas olukorras, et kiirendada sisulise soolise võrdõiguslikkuse saavutamist. Seda eelkõige seoses naistega, kes seisavad silmitsi ka teiste diskrimineerimise vormidega nagu keelelise ja etnilistese diskrimineerimise all kannatavad naised ja tüdrukud, vanemad naised, puuetega naised ja maapiirkondades elavad. Eelnevast koorub ka vajadus teemat süsteemselt käsitleda. Positiivsed erimeetmed peaksid olema kitsalt kohandatud ning selgelt ja objektiivselt suunatud konkreetsete puuduste kõrvaldamisele. Need kriteeriumid on leidnud kinnitust hilisematel juhtudel (kohtuasjad Badeck, Abrahamss, Griesmar).²⁹

Positiivsed erimeetmed on oluline ja suure haardega viis diskrimineerimise vastu võitlemiseks ja halvas olukorras olevate sotsiaalsete gruppide olukorra parandamiseks. Paraku, sarnaselt paljude teiste liikmesriikidega, on Eesti riigisisel tasandil nende meetmete õiguslikud piirid ebapiisavalt ning liiga üldiselt avatud. See omakorda viitab ka eelpool mainitud probleemile, et kui positiivsed meetmed on liiga üldiselt määratletud, ei saa neid ka praktiseerida julgemalt ja efektiivsemalt.

²⁸ § 16. Voliniku pädevus - Volinik: 9) võtab tarvitusele meetmeid võrdse kohtlemise ja soolise võrdõiguslikkuse edendamiseks.

²⁹ Xenidis, Masse-Dessen, lk 40. vt. ka **C-158/97, EK. Georg Badeck and others, C-407/98 EK. Katarina Abrahamsson and Leif Anderson v Elisabet Fogelqvist, Case C-366/99 EK Joseph Griesmar v Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie and Ministre de la Fonction publique, de la Réforme de l'Etat et de la Décentralisation.**

Käesoleva magistritöö **uurimisprobleemiks** on: kas positiivsete erimeetmete mõiste ja kohaldamise piirid on Eesti õiguses liiga üldiselt ja seega ebapiisavalt avatud?

Magistritöö **eesmärk** on avada positiivsete erimeetmete õiguslikke piire. Kui Eesti riigile ja selle erinevatele institutsioonidele on antud üldiselt määratletud kohustus ja pädevus võrdset kohtlemist läbi positiivsete erimeetmete rakendamise edendada, siis oleks selle üldiselt määratletud pädevuse efektiivsemaks praktiseerimiseks vajalik ka parem arusaamine selle sisust ja piiridest. Selles parema selguse saamiseks otsib autor vastuseid järgmistele **uurimisküsimustele**:

1. Mis on positiivsed erimeetmed ja nende põhjendatus võrdse kohtlemise teooriate valguses?
2. Mis on positiivsete erimeetmete õiguslik sisu, ulatus?
3. Millised on positiivsete erimeetmete õiguslikud piirid Eestis ja kuidas neid meetmeid rakendada, sh tulenevalt väilslepingutest?

Küsimustele vastuse leidmiseks ning töö eesmärgi saavutamiseks avatakse esmalt teooria, defineerides ära positiivsed erimeetmed ja nende põhjendatus võrdse kohtlemise teooriate valguses. Seejärel on antud ülevaade erinevatest levinuimatest positiivsetest meetmetest. Seejuures on eraldi alapeatükk pühendatud kvootide rakendamisele kui väga spetsiifilisele positiivsele meetmele, mille määratlemine positiivse meetmena on ühtlasi vaieldav.

Töö teises peatükis on fookuses positiivsete meetmete õiguslike piiride ja tingimuste avamine ja piiritlemine, toetudes rahvusvahelistele ja piirkondlikele õigusallikatele, kohtulahendtele, teaduskrjandusele kasutades võrdlevat õiguslikku analüüsi erinevate riikide seadusandlusest.

Kolmandas peatükis analüüsitakse Eesti seadusandlust läbi teise peatüki järelduste, eesmärgiga tuua hetkel kehtivasse väga üldisesse määratlusse selgust. Sellele järgnevalt on autor andnud ka soovitused, millised puudujäägid võiksid olla seadusest eemaldatud ja milline võiks olla võrdse kohtlemise seaduses olev positiivseid meetmeid puudutav regulatsioon.

1. Mis on positiivsed meetmed ja miks neid rakendatakse?

1.1. Positiivsed meetmed kui sisulise võrdõiguslikkuse saavutamise vahend

Kõige levinum võrdõiguslikkuse idee on tuletatud formaalse võrdsuse mõistest – see tähendab, et õigustekstid peavad kehtestama võrdsuse kui põhimõtte kõigi jaoks. Positiivsed erimeetmed tulenevad aga sisulise võrdsuse saavutamise põhimõttest, mis võtab arvesse olemasolevat sotsiaalset ebavõrdsust ja nõuab meetmete kasutusele võtmist sellise olukorra parandamiseks. Selle taga on idee, et inimeste samasugune kohtlemine, hoolimata eelnevalt eksisteerinud ebasoodsast olukorrast või diskrimineerimisest, võib ebavõrdsust suurendada, mitte vähendada.³⁰ Selle asemel, et käsitleda võrreldavaid juhtumeid samal viisil, mis on formaalse võrdsuse mantra, ulatub positiivne tegevusspekter tegelikest võrdsetest võimalustest sisulise ja transformatiivse võrdsuseni.³¹

Sisuline võrdsus selles mõttes ei keskendu ainult inimesele, vaid ka rühmadele, kelle erinev kohtlemine on seotud ebasoodsate tingimustega. Seega, vastupidiselt formaalse võrdõiguslikkuse kontseptsioonile, mis eeldab riigilt ja teistelt kohustuste kandjatelt negatiivset tegevust (diskrimineerimisest hoidumist), eeldab sisuline võrdsus riigilt konkreetset tegevust (positiivset tegevust).³² Võrdseid tuleb kohelda võrdselt, ebavõrdsetele tuleb anda võrdsed võimalused.

Diskrimineerimise vastu võitlemisel ongi võtmetähtsusega sisuline võrdsus, mitte formaalne võrdsus.³³ Näiteks soolisest võrdõiguslikkusest rääkides on selgitatud, et sooline võrdõiguslikkus ei tähenda, et naistel ja meestel on samad õigused, vaid pigem samad elutingimused, võrdne tasu, õigus saada juhatuse liikmeteks, vanempartneriteks samamoodi nagu mehed jne. Nn tõelise võrdsuse saavutamist takistavad tegelikud sugude vahelised erinevused. Näiteks on erinevuseks, et naised on ainsad, kes võivad rasestuda. Sellest tulenevad väljakutsed tööelus saab ületada ainult siis, kui võtta ette konkreetseid meetmeid, et naistel oleks pärast emaduspuhkust võimalikult kerge

³⁰ S. FREDMAN, *Human rights transformed Positive Rights and Positive Duties*, New York: Oxford University Press, 2008, lk 178.

³¹ Xenidis, Masse-Dessen, lk 37

³² FREDMAN, lk 178.

³³ A. McCOLGAN. *Discrimination, Equality and the Law*. Oregon. Hart publishing. 2014, lk 23. – Arvutivõrgus: <https://www.bloomsburycollections.com/book/discrimination-equality-and-the-law/table-of-legislation>

tööle naasta, et nende palk ja konkurentsivõime tööturul ei kannataks sellest ja et nad saaks ka imiku kõrvalt soovi ning võimaluse korral oma tööd jätkata. Isegi kui see võib tunduda vastuolulisena on „võrdsus” ja „võrdsed õigused” tegelikult erinevad mõisted ja seega võivad diskrimineerimisvastased õigusaktid sisaldada ka erinevat kohtlemist.³⁴

1.2 Positiivsed meetmed kui laiaulatuslikult diskrimineerimise vastu võitlemise viis EL õigussüsteemis

Ebasoodsas olukorras olevate rühmade *de facto* võrdsuse saavutamiseks mõeldud ajutiste erimeetmete (positiivsete erimeetmete) võtmist ei peeta õiguse rikkumiseks, kui need meetmed ei too kaasa ebavõrdsaid või erinevaid standardeid erinevatele rühmadele, ja neid ei jätkata pärast nende eesmärkide saavutamist, milleks need võeti.³⁵ Euroopa Liit määratleb positiivset tegevust võrdõiguslikkuse erandina. Nii asutamislepingud (sätestatud Euroopa Liidu toimimise lepingu artikli 157 lõikes 4) kui ka võrdõiguslikkuse direktiivid on sõnastatud viisil, et nende meetmete kehtestamine on erand võrdsest kohtlemisest, mida liikmesriigid on vabad kehtestama, et tagada „täielik võrdsus praktikas”. Nagu Euroopa Liidu toimimise lepingu artikli 157 lõikes 4 sätestatud, ei takista võrdse kohtlemise põhimõte, pidades silmas meeste ja naiste täieliku ja tegeliku võrdõiguslikkuse tagamist tööasjus, ühtki liikmesriiki säilitamast või võtmast meetmeid, mis sätestavad erilised eelised, et hõlbustada alaesindatud sool tegutsemist oma kutsealal ja ära hoida või heastada halvemusi tööalases karjääris (Art 157(4) TFEU). Sarnaselt paljude teiste võrdõiguslikkuse direktiivide sõnastusele on näiteks Nõukogu direktiivis 2000/43/EÜ, 29. juuni 2000, millega rakendatakse võrdse kohtlemise põhimõtte sõltumata isikute rassilisest või etnilisest päritolust, sätestatud, et silmas pidades täieliku võrdõiguslikkuse tegelikku tagamist, ei takista võrdse kohtlemise põhimõte ühtki liikmesriiki säilitamast või kehtestamast meetmeid, et ära hoida või heastada rassilise või etnilise päritoluga seotud halvemusi (Race Directive 2000/43, Article 5, similar wording in the other Equality Directives).

Aluslepingutega võrdse õiguslikku staatust omav EL põhiõiguste harta (edaspidi: Harta) sisaldab rea sätteid soolise võrdõiguslikkuse kohta. Näiteks Harta art 21 sätestab diskrimineerimiskeelu mh soo alusel, art 23 näeb ette, et naiste ja meeste võrdõiguslikkus tuleb tagada kõikides valdkondades,

³⁴ J. CORNIDES. “Three Case Studies on Anti-Discrimination”, *The European Journal of International Law*, vol. 23, n^o 2, 2012, lk 527.

³⁵ (CESCR) General comment No. 13: the right to education (art. 13)

kaasa arvatud tööhõive, töö ja palga küsimustes, ning et võrdõiguslikkuse põhimõte ei takista säilitamast või võtmast meetmeid, mis annavad alaesindatud soole erilisi eeliseid (Harta art 33 lg 2).³⁶

Täiendava kontekstina võib lisada, et 1984. aastal julgustati EL liikmesriike võtma vastu positiivseid erimeetmeid hõlmavat poliitikat soolise võrdõiguslikkuse kontekstis ja määratleti kaks peamist eesmärki: kaotada traditsioonilistel soorollidel põhinevad hoiakud, käitumine ja struktuurid ning suurendada naiste osalemist tööturul ja nende esindatust vastutavatel ametikohtadel. 1999. aastal jõudsid positiivsed erimeetmed Amsterdami lepingu endisesse artikli 141 lõikesse 4 (eelmainitud ELi toimimise lepingu artikli 157 lõige 4) võrdse tasu kontekstis.

Direktiivi 2006/54/EÜ (uuesti sõnastatud direktiiv) artiklis 3 on sätestatud, et liikmesriigid võivad säilitada ja võtta meetmeid asutamislepingu artikli 141 lõike 4 tähenduses, selleks et tegelikkuses tagada meeste ja naiste vaheline täielik võrdõiguslikkus tööelus.

Nõukogu direktiiv 2004/113/EÜ, 13. detsember 2004, meeste ja naiste võrdse kohtlemise põhimõtte rakendamise kohta seoses kaupade ja teenuste kättesaadavuse ja pakkumisega kasutab oma artiklis 6 sarnast sõnastust: „Meeste ja naiste täieliku võrdõiguslikkuse tegelikkuses tagamiseks ei takista võrdse kohtlemise põhimõtte ühtki liikmesriiki säilitamast või kehtestamast meetmeid, et ära hoida või heastada sooga seotud halvemusi.“

Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2010/41/EL, 7. juuli 2010, füüsilisest isikust ettevõtjatena tegutsevate meeste ja naiste võrdse kohtlemise põhimõtte kohaldamise kohta viitab Euroopa Liidu toimimise lepingu artikli 157 lõikele 4, mainides põhjenduses 15, et „... Euroopa Liidu toimimise lepingu artikli 157 lõike 4 kohaselt võivad liikmesriigid säilitada või võtta meetmeid, mis sätestavad erilised eelised, et hõlbustada alaesindatud sool tegutsemist füüsilisest isikust ettevõtjana ja ära hoida või heastada halvemusi tööalases karjääris. Põhimõtteliselt ei tuleks praktikas võrdsuse saavutamisele suunatud positiivse tegevuse meetmeid käsitleda meeste ja naiste võrdse kohtlemise õiguspõhimõtte rikkumisena.“

³⁶ Albi, Laidvee, Papp, Sepper. SoVS Komm vlj. Tallinn 2010, lk 15

Direktiiv 2000/43/EÜ sätestab, et „silmas pidades täieliku võrdõiguslikkuse tegelikku tagamist, ei takista võrdse kohtlemise põhimõtte ühtki liikmesriiki säilitamast või kehtestamast meetmeid, et ära hoida või heastada rassilise või etnilise päritoluga seotud halvemusi.”

Nõukogu direktiiv 2000/78/EÜ, 27. november 2000, millega kehtestatakse üldine raamistik võrdseks kohtlemiseks töö saamisel ja kutsealale pääsemisel, sätestab, et “silmas pidades täieliku võrdõiguslikkuse tegelikku tagamist, ei takista võrdse kohtlemise põhimõtte ühtki liikmesriiki säilitamast või kehtestamast erimeetmeid ükskõik millise artiklis 1 nimetatud põhjusega seotud halvemuse ärahoidmiseks või heastamiseks.”

Euroopa Kohtu praktikas on seni käsitletud vaid naiste soodsama kohtlemise lubatavust soolise võrdõiguslikkuse edendamisel. Kohus on ka põhjendanud, milles naiste soost tingitud halvemus tööturul seisneb. Kohus märkis, et positiivsete erimeetmete kohaldamist võimaldava sätte (tollase direktiivi 76/207/EMÜ art 2 lg 4) “konkreetne ja piiritletud eesmärk on lubada meetmeid, mis võivad küll näiliselt olla diskrimineerivad, kuid mille tegelik eesmärk on kaotada või vähendada ühiskondlikus elus esinevat tegelikku ebavõrdsust.” Kõnealune säte lubab seoses töö saamisega riigisiseseid meetmeid, mis soosivad naisi ning mille eesmärk on parandada nende konkurentsivõimet tööturul ja aidata teha karjääri meestega võrdsel tingimustel.

Kahe eri soost kandidaadi võrdne kvalifikatsioon ei tähenda veel seda, et neil oleksid võrdsed võimalused. Isegi võrdse kvalifikatsiooni puhul kaldutakse edutamisel meeskandidaate naiskandidaatidele eelistama, mida põhjustavad eelkõige teatavad eelarvamused ja stereotüübid seoses naise rolli ja ametialase võimekusega ning näiteks kartusega, et naistel esineb karjääris rohkem katkestusi, et nende tööaja korraldus on koduste ja perekondlike ülesannete tõttu vähem paindlik või et nad peavad raseduse, sünnituse või imetamise tõttu sagedamini töölt eemale jääma. Seega on positiivsete erimeetmete kohaldamine lubatav, kui see aitab tasakaalustada eespool kirjeldatud hoiakutest ja käitumisest johtuvat kahjulikku mõju naiskandidaatidele ning vähendada ühiskondlikus elus esinevat tegelikku ebavõrdsust.³⁷

Riigikohus ei ole positiivse erikohtlemise lubatavust soolise võrdõiguslikkuse kontekstis seni käsitlenud. Siiski on Riigikohus PS § 12 lg 1 esimesest lausest tuleneva üldise võrdsuspõhiõiguse

³⁷ Albi, Laidvee, Papp, Sepper. SoVS Komm vlj. Tallinn 2010, lk 66

sisustamisel lähtunud sisulise võrdsuse põhimõttest. Nii on Riigikohus leidnud, et võrdse kohtlemise põhimõtte järgimine “eeldab, et võrdses olukorras olevaid isikuid koheldakse võrdselt ning ebavõrdses olukorras olevaid isikuid ebavõrdselt. Nimetatud säte tähendab ka õigusloome võrdsust, mis nõuab üldjuhul, et seadused ka sisuliselt kohtleks kõiki sarnases olukorras olevaid isikuid ühtemoodi.”³⁸ Riigikohus on ka asunud seisukohale, et teatud juhtudel on riigil kohustus kõrvaldada või leevendada õiguslikust võrdsusest tulenevat faktilist ebavõrdsust õiguslike meetoditega.³⁹ See tähendab, et nn õigusliku võrdsuse ehk ühetaolise reguleerimise puhul, kui ei arvestata olukordade erisusi, võib tegemist olla võrdsuspõhiõiguse riivega. Seega on Riigikohus senises praktikas kohaldanud sisulise võrdsuse doktriini, mis lubab olukordade reguleerimisel arvestada faktilisi erisusi ja teatud juhtudel ka kohustab seda tegema. Näiteks võib kohustus tuleneda järgmiselt. PS § 12 lg 1 esimesest lausest tuleneb nõue, mille kohaselt on kõik seaduse ees võrdsed. Selle sätte järgimine eeldab, et võrdses olukorras olevaid isikuid koheldakse võrdselt ning ebavõrdses olukorras olevaid isikuid ebavõrdselt. Nimetatud säte tähendab ka õigusloome võrdsust. Näiteks kui seaduses on sätestatud, et keeleeksamist vabastamise eelduseks "võimetus täita keeleeksami nõudeid" tuleb tõlgendada seda võimetusena täita neid nõudeid võrdsetel tingimustel normaalses tervislikus seisundis olevate inimestega.⁴⁰

1.3. Millised meetmed on positiivsed meetmed?

Nagu eespool mainitud, sisaldab termin "positiivne erimeede" laia tähenduste spektrit ja hõlmab erineva intensiivsusega meetmeid. Juba 1986. aastal pakkus Christopher McCrudden välja võimalike positiivsete erimeetmete tüüpide viieosalise klassifikatsiooni:

1) poliitikate ja meetmete läbivaatamine nende võimaliku diskrimineeriva mõju valguses ning diskrimineerimise kaotamine (nüüd nimetatakse seda soolise võrdõiguslikkuse süvalaiendamiseks);

³⁸ RKÜKo 10.12.2003, nr 3-3-1-47-03, p 24

³⁹ RKÜKo 10.12.2003, nr 3-3-1-47-03, p-d 25–26; RKHKo 20.10.2008, nr 3-3-1-42-08, p 27

⁴⁰ RKÜKo 10.12.2003, nr 3-3-1-47-03, p-d 25–26; RKHKo 20.10.2008, nr 3-3-1-42-08, p 27

2) sihipärane kaasav poliitika, mille eesmärk on suurendada sotsiaalselt ebasoodsas olukorras olevate rühmade esindatust, kuid kasutades neutraalseid kriteeriumeid nagu töötü staatus või elamupiirkond;

3) teavitusprogrammid, mis pakuvad teavet, tuge ja koolitust alaesindatud rühmadele, et suurendada nende juurdepääsu sotsiaalselt hinnatud kaupadele (nt töökohad, poliitilised funktsioonid, õppeprogramm jne);

4) „sooduskohtlemine”, millega antakse tingimusteta või tingimustega eelistus alaesindatud rühmadele sellistes valdkondades nagu tööhõive, haridus, teenused jne;

5) teenuste ümbermääratlemine, võttes arvesse kuulumist alaesindatud kategooriatesse.⁴¹

Seega - positiivseid meetmeid on palju. Kvoodid, kvantitatiivseid eesmärke ja tähtaegu seadvad tegevuskavad, soolise võrdõiguslikkuse süvalaiendamine poliitika- ja otsustusprotsessis, rahaline toetus, samuti koolitus ja mitterahaline toetus (nt paindlik tööaeg, lastehoiuvõimalused jne) on Euroopa Komisjoni hinnangul kõik erinevad viisid, kuidas positiivseid erimeetmeid rakendada.⁴²

Positiivne erimeede võib olla ka midagi väga olukorraspetsiifilist. Näiteks Suurbritannias esitasid kaks naissoost salongipersonali liiget nõude oma tööandja vastu, kuna tööandja ei pakkunud nende arvates sobivat korraldust, mis võimaldaks neil pärast rasedus- ja sünnituspuhkust tööle naastes jätkata rinnaga toitmist. Nad pidid töötama rohkem kui kaheksatunniste vahetustega, mis ei olnud meditsiinilistel põhjustel vastuvõetav (pikaajaline periood ilma piima välja tõmbamata suurendab mastiidi riski). Töötribunal leidis, et lennufirma diskrimineeris hagejaid kaudselt nende soo tõttu. Lennufirma oleks pidanud lühendama rinnaga toitvate emade tööaega, leidma neile alternatiivseid tööülesandeid või muutma nende tasutingimusi. Keeldumist ei saanud objektiivselt põhjendada, kuna puudusid veenvad tõendid selle kohta, et kahe töötaja jaoks erikorra loomine tekitaks tööandjale ülemääraseid raskusi. Ülalkirjeldatud näide illustreerib olukorda, kus ebasoodsas olukorras olev isik väitis, et tööandja ei tegelenud piisavalt vajadustele.⁴³

⁴¹ Xenidis, Masse-Dessen, lk 38

⁴² Ibid. Vt. ka Euroopa Komisjoni tõlgendust kohtuasjast Case C-450/93, Kalanke v Freie Hansestadt Bremen (1996) COM(96)88 final, 9-10

⁴³ Euroopa Liidu Põhiõiguste Amet (FRA), lk 71 [Handbook on European non-discrimination law – 2018 edition](https://coe.int/handbook-on-european-non-discrimination-law-2018-edition) (coe.int)

Hetkel puudubki lõplik loetelu selle kohta, mis on positiivne erimeede. Mõne liikmesriigi õigusaktides on positiivsete meetmete loetelu toodud avatud nimekirjana, kuid see pole kaugeltki täit ülevaadet andev. Üks enim kasutust ja tähelepanu saanud meetmete näiteid on eelpool mainitud olukorrad, kui tööandjad eelistavad värbamisprotsessis või edutamisel võrdsete kandidaatide puhul naisi või ebasoodsas olukorras olevaid etniliste vähemusrühmade liikmeid. Seda võib rakendada nii riik, kui ka tööandja ise ettevõttesiseselt. Kui tööandjal on valik kahe või enama võrdse kvalifikatsiooniga kandidaadi vahel, võib tööandja või – olenevalt konkreetsest sättest – isegi peab valima kandidaadi, kes esindab alaesindatud rühma. Teisisõnu saab tööandja kasutada seda meetet, kui kaitstavat tunnust omavad inimesed satuvad ebasoodsasse olukorda või kui kaitstavat tunnust omavate isikute osalemine töötegevuses on ebaproportsionaalselt väike. Samas peab rõhutama, et ELi õiguse kohaselt kujutaks alaesindatud rühmast pärit kandidaadi eelistamine kvalifitseeritumale kandidaadile ebaõiglast eeliskohtlemist, millest on pikemalt juttu teises peatükis.

Teise levinud positiivse meetme näitena võivad valitsusasutused või tööandjad pakkuda ebasoodsas olukorras olevate rühmade liikmetele spetsiaalset koolitust, abi ja nõuandeid või alustada sarnase eesmärgiga kampaaniaid ja projekte. Siia kuuluvad ka laialdasemate haridus-, kutseõppe või tööalaste võimaluste loomine naistele või meestele neile mittetraditsioonilistes sektorites ning naiste ligipääsu kõrgematele vastutustasanditele; tööandjate teavitamine ja motiveerimine, et nad oleksid huvitatud naiste töölevõtmisest ja edutamisest; alaesindatud sugupoole esindajatele suunatud edutamismetmed, abinõud või stiimulid, millega innustatakse alaesindatud sugupoole esindajaid kandideerima kas koolitusele või töökohale.⁴⁴

Näiteks on Euroopa Kohus pidanud ühenduse õigusega kooskõlas olevaks nõuet, mille kohaselt teatud väljaõpet nõudvatel erialadel, kus naised on alaesindatud ning kus riigil ei ole väljaõppe korraldamisel monopoolset seisundit, eraldatakse vähemasti pooled koolituskohtadest naistele, kui sellise meetme eesmärk on kõrvaldada naiste alaesindatust.⁴⁵ Selline piirang on lubatud juhul, kui vaatamata kohastele pingutustele teadvustada vabade kohtade olemasolu naissoost kandidaatide seas, ei laeku naistelt siiski osalemiseks piisavalt taotlusi. EL õigusega on kooskõlas

1. ⁴⁴ M. Albrant, M. Meior, Ü.M. Papp. Võrdse kohtlemise seadus käsiraamat. Tallinn: Tallinna Tehnikaülikooli õiguse instituut 2015. – Arvutivõrgus: [Võrdse kohtlemise käsiraamat EST 2015.indd \(humanrights.ee\)](#)

⁴⁵ ⁴⁵ Albrant, Meior, Papp, lk 37

liikmesriigisisene säte, mille kohaselt valdkondades, kus naised on alaesindatud, moodustavad intervjuule kutsututest 50% vastavat kvalifikatsiooni omavad naised, kes vastavad esitatud nõuetele, sest see aitab kaasa naiste ja meeste võrdsetele võimalustele.⁴⁶

Kohus leidis ka, et võrdse kohtlemise põhimõttega on kooskõlas praktika, mille kohaselt ministriumis, mille koosseisus on naised märkimisväärselt alaesindatud ning olukorras, kus puuduvad piisavad lastehoiuvõimalused, pakutakse töötajatele võimalust kasutada piiratud arvu subsideeritud lastehoiukohti, mis on üldjuhul reserveeritud naissoost ametnikele, samas kui meessoost ametnikel on võimalik kohti kasutada vaid hädaolukorras. Kohus tõi esile, et lastehoiukohtade puudus mõjutab enam naisi tööelust kõrvale jääma.⁴⁷

Teised strateegiad, mis on teadlikult suunatud naistele (tuntud ka kui "positiivsete tegevuste" meetmed), on sageli head, kuid enamik neist ei suuda tegelikult naisi meelitada ja hoida. Van den Brink & Benschop (2012) väidavad, et enamik naistele suunatud värbamisstrateegiaid ebaõnnestuvad mitte seetõttu, et naised ei kandideeri akadeemilisele ametikohale jaheda suhtumise tõttu neisse asutuses või koolis või muudel kultuurilistel põhjustel. Nende strateegiate ebaõnnestumine seisneb selles, et need programmid käsitlevad harva suuremaid süsteemseid probleeme. Nendest lihtsalt ei piisa, et muuta sügavalt juurdunud uskumusi ja tavasid, mis on aastaid takistanud naiste edasijõudmist. Paljud ülikoolid ja organisatsioonid on välja töötanud mentorprogrammid, mis aitavad naistel ametikõrgendusteks valmistuda ja teenida. Kuid nii edukad kui mõned mentorlusprogrammid üldiselt on, on ärikoolide mentorlusprogrammide edukus madal. Need programmid keskenduvad sageli kitsastele edendamiseesmärkidele suunatud nõustamisele, kuid ei käsitle suuremaid ja laiemaid arengueesmärke. Arvestades, et tõkkeid, mis takistavad naiste akadeemilist edu, mis tulenevad kultuurilistest, süsteemsetest ja ideoloogilistest piirangutest, aga ka naise enda valmisolekust, ei suuda mentorprogrammid, mis on suunatud üksnes konkreetsele karjäärile, lahendada paljusid probleeme, millega naised silmitsi seisavad. Lisaks puudub mentorprogrammidel sageli struktuur, eesmärgid ja esitatud tulemuslikkuse ootused, mis tähendab, et programmid ei suuda lekkivat torustikku sulgeda. Edukamad värbamis- ja mentorprogrammid kohandavad oma eesmärgid ja protsessid nende naiste konkreetsetele

⁴⁶ Ibid

⁴⁷ C. O'Cinneide (2014). Positive action. lk 1. – Arvutivõrgus: http://www.era-comm.eu/oldoku/SNLLaw/04_Positive_action/2014_April_Cinneide_Paper_EN.pdf

vajadustele, keda nad püüavad aidata, võttes arvesse suuremaid demograafilisi ja tööstuse vajadusi.⁴⁸ Nn *tie break* sätet⁴⁹ reguleerivadki asjaolusid, mille puhul saab kaitstud omaduse tõttu eelistada tööle võrdse kvalifikatsiooniga kandidaati.⁵⁰

1.4. Kvoodid: positiivne tegevus või eraldi mitmekesisuse ja esinduse meede?

Tekib küsimus, kas riiklik poliitika või strateegia on määratletav positiivse erimeetmena? Näiteks võivad valitsused kehtestada ka seadusi, mis nõuavad era- ja riigiettevõtete juhatusse teatud arvu alaesindatud soo esindajaid ehk kehtestatakse kvoodid.⁵¹ Kvoodid on meetmed, mille eesmärk on võidelda ebasoodsas olukorras olevate rühmade alaesindatuse vastu teatud sektorites ja eluvaldkondades. See on mõõtmisvahend, mis määrab alaesindatud rühma liikmetele (näiteks naistele ja/või meestele) eraldatavate kohtade või kohtade kindlaksmääratud osa või arvu. Näiteks kehtestas Norra aastatel 2003–2004 sookvoodid ettevõtete juhatustele, mille kohaselt ei tohi ükski sugu olla juhatuses esindatud alla 40%.⁵²

Kvootide põhiidee seisneb selles, et vaatamata ulatuslikele investeringutele erinevatesse mitmekesisuse algatustesse, on tempo võrdõiguslikkuse suunas aeglane. Kiirendamaks seda ajaloolistest hoiakutest ja stigmadest aeglustunud protsessi, kasutavad organisatsioonid ja poliitikakujundajad selle protsessi kiirendamiseks üha enam kvote.⁵³

Erinevate liikmesriikide õigustraditsioonid on kvootide kasutamist erinevalt tõlgendanud ja mitmel juhul ei defineerita kvote positiivsete meetmetena, vaid pigem eraldi kategooriana, mis on seotud alaesindatuse vastu võitlemisega. Lisaks on ka mõned rahvusvahelised organisatsioonid, kes on defineerinud kvote positiivstest meetmetest eraldi. Näiteks Majanduslike, sotsiaalsete ja

⁴⁸ O'Conneide lk 1

⁴⁹ Põhimõte, kus värbamisprotsessis võib võrdsete kandidaatide puhul eelistada alaesindatud sotsiaalsest grupist pärit kandidaati.

⁵⁰ L. Roseberry, R. Remke, J. Klæsson, T. Holgersson. *The Gender Gap in European Business Schools: A Leadership Perspective*, 2016. Vt ka C-407/98 Abrahamsson. – Arvutivõrgus: [EFMD-Gender-Gap-Report-2016 ONLINE-kopi.pdf \(ontheagenda.eu\)](https://efmd.com/EFMD-Gender-Gap-Report-2016-ONLINE-kopi.pdf)

⁵¹ O'Conneide, lk 1

⁵² The Institute for Gender and the Economy operates on the traditional land of the Huron-Wendat, the Seneca, and most recently, the Mississaugas of the New Credit. – Arvutivõrgus: <https://www.gendereconomy.org/quotas/>

⁵³ Ibid.

ultuuriliste õiguste komitee (CESCR)⁵⁴ märgib, et ajutisi erimeetmeid (positiivseid erimeetmeid) tuleks eristada püsivatest poliitikatest ja strateegiatest, mida rakendatakse meeste ja naiste võrdõiguslikkuse saavutamiseks.

Kõige levinumad kvoodid on seotud soolise esindatusega. Peaaegu kõik EL riigid rakendavad ühel või teisel määral meedet, mille järgi peab valitsusse või parlamenti kuuluma teatud protsent kummastki soost liikmeid. Näiteks Hispaanias ja Norras, kus seadus näeb ette, et valitsuses peab olema esindatud vähemalt 40–60% mehi ja naisi.⁵⁵ Neid meetmeid peetakse sageli neutraalseteks, kuna see ei nõua naiste ega meeste eelistamist, vaid nõuab sugude tasakaalustatud esindatust.

Näiteks valmistel rakendatav sookvoot (ingl. „Electoral Gender Quotas“) on numbriline sihtmärk, mis näeb ette kindla protsendi naisi, kes peavad olema kandidaatide nimekirjas või kindla numbri kohtasid naistele parlamendis või kohaliku omavalitsuse esinduskogus. Põhieesmärk on vähendada õiguses ja praktikas aset leidvat naiste ebavõrdset kohtlemist ja muuta meeste ja naiste võimalused poliitikas võrdsemaks.⁵⁶

Valimistel rakendatavad sookvoodid jagatakse kolmeks alaliigiks:

- 1) seaduse poolt reguleeritud kandidaatide kvoodid;
- 2) seadusega tagatud kohad;
- 3) parteisiseseid ehk „vabatahtlikud kvoodid“.⁵⁷

ELi õigus kehtestab positiivse tegevuse suhtes üsna jäigad piirid, kuna seda mõistetakse endiselt samamoodi nagu 90ndatel kui erandit võrdse kohtlemise põhimõttele. Näiteks lubavad ELi õigusaktid nn *tie-break* sätteid (ehk värbamisprotsessis võrdsete kandidaatide puhul ebasoodsamas olukorras olevat gruppi esindava kandidaadi eelistamist), kuid on järjekindlalt kuulutanud automaatseid eeliseid ELi õigusele mittevastavateks.

⁵⁴ General comment No. 16: The equal right of men and women to the enjoyment of all economic, social and cultural rights (art. 3), p?.

⁵⁵ M. Väli. S. Sillajõe. Naiste osalus Euroopa börsiettevõtete juhtorganites. 2013. – Arvutivõrgus: https://www.riigikogu.ee/wpcms/wp-content/uploads/2015/01/Teemaleht_9_2013.pdf, lk 4

⁵⁶ D. Dahlerup, Z. Hilal, N. Kalandadze, R. Kandawasvika-Nhundu. „Atlas of Electoral Gender Quotas“. Rootsi: Stockholmi Ülikool 2013, lk 16

⁵⁷ Dahlerup, Hilal, Kalandadze, Kandawasvika-Nhundu 2013, lk 16

Euroopa Komisjon on viimase kümnendi jooksul töötanud ettepanekuga parandada soolist tasakaalu börsil noteeritud äriühingute tegevjuhtkonda mittekuuluvate direktorite seas ja sellega seotud meetmeid, mida tavaliselt nimetatakse "Naiste nõukogude direktiiviks", tuntud kui 'Women on Boards Directive'.⁵⁸ Komisjoni president Ursula von der Leyen märkis oma poliitilistes suunistes, et ta püüab saavutada enamuse, et kaotada praegu direktiivis esinevad blokeeringud. Lisaks on see üks prioriteete Euroopa Komisjoni uues ELi soolise võrdõiguslikkuse strateegias aastateks 2020–2025 ja üks prioriteetsetest menetluses olevatest ettepanekutest komisjoni 2022. aasta tööprogrammis.⁵⁹

Enne ettepaneku tegemist ja selleks, et vältida ülereguleerimist, käivitas ELi justiitsvolinik Viviane Reding ettepaneku "Women on the Board Pledge for Europe", mis kutsus Euroopa börsil noteeritud ettevõtteid allkirjastama vabatahtliku kohustuse suurendada naiste osakaalu oma ettevõtete juhatustes 30%-ni 2015. aastaks ja 40%-ni aastaks 2020. Eesmärki soovitati saavutada kvalifitseeritud naiste aktiivse värbamise kaudu lahkuvate meesliikmete asemele. Sellest tulenevalt kehtestasid liikmesriigid riiklikul tasandil oma skeemid.

Aasta pärast tehti analüüs⁶⁰, et näha, kui tõhusad need meetmed olid olnud. Aruandest selgus, et kuigi nende meetmete rakendamine oli olnud tõhus selles mõttes, et see suurendas naiste osakaalu nõukogudes, olid edusammud väga väikesed. Lisaks oli 2012. aasta jaanuaris ELis noteeritud suurimates ettevõtetes keskmine naissoost juhatuse liikmete arv 13,7%, võrreldes 11,8%-ga 2010. aastal. See tähendas, et ilma täiendavate meetmeteta kuluks üle 40 aasta, et saavutada 2020. aasta eesmärk, mis hõlmas nõukogudes vähemalt 40% mõlemast soost esindatust. Järeldus oli, et „EL ei saa enam lubada süstemaatilist soolist tasakaalustamatust majandusotsuste langetamise tiptasemel”, ja osutas järgmise sammuna avalikule konsultatsioonile. Nende jõupingutuste tulemuseks oli seadusandlik ettepanek, mida tuntakse “naised juhatuses direktiivina”⁶¹, mida ei ole

⁵⁸ Proposal for a DIRECTIVE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on improving the gender balance among non-executive directors of companies listed on stock exchanges and related measures
/*COM/2012/0614 final - 2012/0299 (COD)

⁵⁹ Commission's new EU Gender Equality Strategy 2020-2025 and is amongst the priority pending proposals in the Commission's work programme for 2022.

⁶⁰ Women in economic decision-making in the EU

Progress report. A Europe 2020 Initiative. – Arvutivõrgus: [Women in economic decision-making in the EU - Publications Office of the EU \(europa.eu\)](https://publications.ec.europa.eu/publications/publication/?id=32402_1)

⁶¹ Proposal for a DIRECTIVE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on improving the gender balance among non-executive directors of companies listed on stock exchanges and related measures. – Arvutivõrgus: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/HIS/?uri=celex:52012PC0614>

ikka veel heaks kiidetud, kuid mis on endiselt üks prioriteetseid menetluses olevaid Euroopa Komisjoni õigusakte.

Ettepanekus selgitatakse, et „Euroopa Liidu Kohus (ELi Kohus) on kehtestanud kriteeriumid, mis peavad olema täidetud, et ühitada kaks mõistet – formaalne võrdne kohtlemine ja positiivne tegevus, mille eesmärk on saavutada *de facto* võrdsus, mida tunnustatakse nii Hartas kui ka Euroopa Liidu toimimise lepingu artiklis 157 ja direktiivi 2006/54/EÜ artiklis 3. Ühtlasi jagab see Euroopa Kohtu kehtestatud kriteeriume, kuid samas kinnitab, et artikli 4 lõige 3 vastab järgmistele nõuetele:

- 1) meetmed peavad puudutama sektorit, kus naised on alaesindatud;
- 2) eelistada saab ainult võrdse kvalifikatsiooniga naiskandidaate meeskandidaatide ees;
- 3) meetmed ei tohi anda automaatset ja tingimusteta prioriteeti võrdse kvalifikatsiooniga kandidaatidele, vaid peavad sisaldama "kokkuhoiuklauslit", mis sisaldab võimalust teha erandeid põhjendatud juhtudel, võttes arvesse individuaalset olukorda, eelkõige iga kandidaadi isikliku olukorda.

Seega näib ettepaneku „Naised juhatustes” sõnastus viitavat sellele, et kvoote tuleb piirangute kaotamise skeemide alusel mõista positiivsete meetmete piiride sees, hoolimata sellest, et riikide tasandil on erinev arusaam.

Suurem osa positiivse tegevuse näiteid olid vabatahtlikud (erandiks on Soome ja Hispaania). Mõned võrdõiguslikkusega tegelevad asutused teatavad siiski kvootide kasutamisest, näiteks Austrias ja Kreekas. Veel üks näide Šotimaalt on toodud kõrvuti aruteluga, mis käsitleb positiivseid meetmeid.⁶²

2. Positiivsete meetmete piirid

⁶² Xenidis, Masse-Dessen, lk 50

Positiivsetel meetmetel on omad piirid. Samuti ei ole nad ainsad võrdõiguslikkuse tagamise sammud. Et mõista paremini neid piire Eesti õigussüsteemis, tuleb ära kaardistada, mis on ja mis ei ole positiivsed meetmed ning, mis veel olulisem - millal muutub valesti kohaldatud positiivne meede ebaõiglaseks sooduskohtlemiseks.

Positiivsete meetmete tähtsust tõelise võrdõiguslikkuse saavutamise vahendina tunnistatakse paljudes ÜRO konventsioonides ja inimõigusteorganite soovitustes. Kui need meetmed ei too kaasa ebavõrdseid või erinevaid standardeid erinevatele rühmadele, ja neid ei jätkata pärast nende eesmärkide saavutamist, milleks need võeti, ei ole need meetmed ka diskrimineerivad⁶³.

ÜRO tasandil annab täpsemad juhised CERD-i komitee üldsoovitus nr 32 (CERD Committee General Recommendation No. 32⁶⁴), kus selgitatakse, et erimeetmed:

- 1) peaksid vastama parandatavale olukorrale;
- 2) olema legitiimsed ja vajalikud demokraatlikus ühiskonnas;
- 3) austama õigluse ja proportsionaalsuse põhimõtet ning
- 4) olema ajutised.

2.1. Proportsionaalsus - millal saab positiivsest meetmest ebaõiglane sooduskohtlemine?

Positiivne meede on oma ideelt alaesindatud või muul viisil keerulises olukorras oleva grupi sooduskohtlemine. Nagu eelnevalt avatud, on see erand võrdse kohtlemise põhimõttest. Positiivse meetme puhul on ühe grupi sooduskohtlemine teiste ees õigustatud ja eelkõige proportsionaalne. Ebaproportsionaalselt kohaldatud positiivne meede on ebaõiglane ehk muutub ebaõiglaseks sooduskohtlemiseks. Meetmed, millega tagatakse automaatne eeliskohtlemine ebasoodsas

⁶³ (CESCR) General comment No. 13: the right to education (art. 13)

⁶⁴ Committee on the Elimination of Racial Discrimination (2009) General Recommendation No. 32
The meaning and scope of special measures in the International Convention on the Elimination of Racial Discrimination

olukorras olevatele rühmadele tööturul, on osutunud eriti vastuolulisteks ja on ülioluline, et oleks võimalik kindlaks teha, millal muutub positiivsete meede ebaõiglaseks sooduskohtlemiseks.⁶⁵

Rahvusvahelise õiguse kohaselt tugevdavad ebasoodsas olukorras olevate rühmade heaks positiivsete meetmete võtmise lubatavust veelgi mitme ÜRO inimõiguslepingute tõlgendamise eest vastutava järelevalveorgani poolt välja antud juhised. Nimelt peaksid sellised meetmed olema parandatava olukorraga sobivad, legitiimsed ja demokraatlikus ühiskonnas vajalikud. Lisaks peaksid need järgima õigluse ja proportsionaalsuse põhimõtteid, olema ajutised ja neid ei tohi jätkata pärast nende eesmärkide saavutamist, milleks need on võetud.⁶⁶

Näiteks võib tuua kohtuasja Lommers, kus Euroopa Kohus käsitleb subsideeritud lasteaiakohti, mille Hollandi Põllumajandusministeerium on oma töötajatele kättesaadavaks teinud. Ministeerium reserveeris lasteaedades kohad ainult naissoost ametnike lastele, samas kui meesametnikel oli neile juurdepääs ainult erakorralistes olukordades, mille määrab kindlaks tööandja. Euroopa Kohus märkis, et ministeeriumi meede võib eelkõige aidata kaasa traditsioonilise rollijaotuse püsimisele meeste ja naiste vahel, väites, et meeste ja naiste võrdsete võimaluste edendamine, mille eesmärk on töötavate emade kasuteguri kehtestamine, oleks võimalik saavutada ka siis, kui selle ulatust laiendatakse töötavatele isadele. Veelgi enam, kohus jäi seisukohale, et väide, et naised katkestavad suurema tõenäosusega oma karjääri, et oma väikelaste eest hoolitseda, ei oma enam sama tähtsust. Kohtuasjas Lommers tühistas Euroopa Kohus oma varasema kohtupraktika Hofmannist. Antud juhul otsustas Euroopa Kohus, et meeste ja naiste võrdset kohtlemist käsitlev direktiiv jättis liikmesriikidele vabaduse otsustada, milliseid sotsiaalseid meetmeid võtta, et kompenseerida ebasoodsat olukorda, mida naised võrreldes meestega kannatavad seoses töökoha säilitamisega. Sellised meetmed on tihedalt seotud eri liikmesriikide üldise sotsiaalkaitseüsteemiga. Seetõttu pidi liikmesriikidel olema mõistlik kaalutlusruum nii kaitsemeetmete laadi kui ka nende rakendamise üksikasjaliku korra osas. Seda marginaali vähendaski Euroopa Kohtu otsus kohtuasjas Lommers. Väide, mille järgi naised katkestavad laste eest hoolitsemiseks oma karjääri sagedamini kui mehed, ei ole EL-i seisukohast enam nii aktuaalne, ning seetõttu tuleb sedalaadi meetmed viia vastavusse proportsionaalsuse põhimõttega. Seda uut arutluskäiku on kasutatud Euroopa Kohtu uuemas pretsedendiõiguses, et

⁶⁵ O’Cinneide lk 1

⁶⁶ Euroopa Liidu Põhiõiguste Amet. Handbook on European non-discrimination law, lk 72

õigustada varem ainult naissoost töötajatele antud privileegide laiendamist meestele seni, kuni nad tegelevad ka oma väikelaste eest hoolitsemisega.⁶⁷ ELi õiguse alusel selle eristamise oluline võti on, kas meede on proportsionaalsuse põhimõttega kooskõlas või mitte. Sisuliselt tähendab see, et tegevuse sisu ja vorm ei tohi ületada eesmärkide saavutamiseks vajalikku ning sellest saadav kasu kaalub üles *de facto* ebavõrdsuse, mille põhjustab ühe grupi eeliskohtlemine kõigi teiste suhtes.⁶⁸ Kuigi proportsionaalsuse nõue ei pruugi olla selgelt toodud kõigis positiivseid meetmeid puudutavates sätetes, on see alati tuletatav põhiseadusest. Näiteks SoVS § 5 lg 2 p 5 ei sisalda sõnaselget nõuet, et vastavad meetmed peavad olema kooskõlas proportsionaalsuse põhimõttega. Siiski tuleb ka SoVS § 5 lg 2 p 5 puhul kohaldada proportsionaalsuse põhimõtet, sest tegemist on põhiõiguse (võrdsuspõhiõiguse) piiramisega (PS § 11 järgi peavad põhiõiguste piirangud peavad olema demokraatlikus ühiskonnas vajalikud).

EL-i tasandil võib proportsionaalsuse nõuet positiivsete tegevusmeetmete rakendamisel leida näiteks Euroopa Kohtu praktikast. Juhtumises C-476/99 Lommers uuriti naiste lastehoiuteenuste kvooti ja leiti, et proportsionaalsuse testi läbimine (asjakohane ja vajalik) on üks põhjusi, miks see heaks kiideti.⁶⁹ Euroopa Kohtu otsustes toodud argumentatsiooni arvestades võib nentida, et positiivse erimeetmena eeliskohtlemise kohaldamiseks tuleb põhjendada, milles seisneb sooga seotud halvemus, mida eeliskohtlemise kaudu soovitakse ületada, ning sooline eeliskohtlemine ei ole lubatav pelgalt juhul, kui ühest soost isikud on teatud situatsioonis (organisatsioonis, otsustustasandil vms) alaesindatud.

Tõlgendust, et positiivse erimeetmena eeliskohtlemise kohaldamiseks tuleb põhjendada, milles seisneb alaesindatud soosse kuuluvate isikute halvem olukord, toetab ka EL toimimise lepingu art 157 lg 4 ja direktiivi 2004/113 art 6 sõnastus, millest tulenevalt järgi ei takista võrdse kohtlemise põhimõtte säilitamast või kehtestamast meetmeid, et ära hoida või heastada sooga seotud halvemusi. Põhimõtteliselt on võimalik, et teatud valdkondades on põhjendatud ka meeste

⁶⁷ N. Ramos Martín. Positive Action in EU Gender Equality Law: Promoting Women in Corporate Decision-Making Positions. December. 2014 ([PDF](#)) [Positive Action in EU Gender Equality Law: Promoting Women in Corporate Decision-Making Positions \(researchgate.net\)](#)

⁶⁸ [Glossary - Regional Policy - European Commission \(europa.eu\)](#) The principle is enshrined in the Treaty on European Union under Article 5

⁶⁹ EK. C-476/99, H. Lommers v Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij

eeliskohtlemine soolist võrdõiguslikkust edendava meetmena, kuid seda vaid juhul, kui on põhjendatud on, et kuidas see kompenseerib sooga seonduvat halvemust.⁷⁰

Euroopa Kohus on rõhutanud proportsionaalsuse põhimõtte järgimise kohustust, kui tegemist on võrdse kohtlemise põhimõtte piiramisega. Positiivsete erimeetmete rakendamisel tuleb silmas pidada, et soost tingitud automaatne eeliskohtlemine ei ole kooskõlas võrdse kohtlemise põhimõttega, seda ka juhul, kui kandidaatidel on võrdne kvalifikatsioon. Euroopa Kohus on leidnud, et meetmed, mis näevad ette võimaluse eelisjärjekorras naissoost kandidaadi edutamiseks avaliku teenistuse sektorites, kus naised on alaesindatud, on kooskõlas ühenduse õigusega, kui

1) need ei eelista naisi automaatselt ning tingimusteta olukorras, kus nais- ja meessoost kandidaadid on võrdselt kvalifitseeritud;

2) kandideerijaid hinnatakse objektiivselt, nii et võetakse arvesse kõigi kandidaatide konkreetset olukorda.⁷¹

Positiivse meetmete ulatuse arutelu antud küsimuses on leitav Euroopa Kohtu otsuses Eckhard Kalanke v Freie Hansestadt Bremen⁷², mis käsitles juhtumit, kus Saksamaa liidumaa seadus eelistas naissoost tööle kandideerijaid, kui nende kvalifikatsioon oli võrdne meeskandidaatide omaga. Kohus otsustas, et tingimusteta või absoluutsed kvoodid on diskrimineerivad ega ole seega ELi õiguse alusel lubatud.⁷³

Komisjon esitas ka Kalanke kohtuasja tõlgenduse, leides, et kohus oli keelustanud ainult automaatsed kvoodid.³¹⁷⁴ Seda kinnitas Euroopa Kohus ise Marschalli kohtuasjas. Kvoodiskeem, mis annab eelisjärjekorra võrdse kvalifikatsiooniga naiskandidaatidele, kes kandideerivad ametikohale, kus naised on alaesindatud, on ELi õiguse kohaselt lubatud seni, kuni antud prioriteet ei ole absoluutne, vaid seotud kandidaatide individuaalse olukorra objektiivse hinnanguga. Järgides nendel juhtudel tõmmatud piire, on kvoote ning eelpool mainitud koolituse ja värbamise

⁷⁰ Albi, Laidvee, Papp, Sepper. SoVS Komm vlj. Tallinn 2010, lk 66

⁷¹ Albi, Laidvee, Papp, Sepper. SoVS Komm vlj. Tallinn 2010, lk 66

⁷² C-450/93 Eckhard Kalanke v Freie Hansestadt Bremen [1995] EU:C:1995:322 and C-409/95 Hellmut Marschall v Land Nordrhein-Westfalen [1997] EU:C:1997:533.

⁷³ Xenidis, Masse-Dessen, lk 50

⁷⁴ Ibid.

meetmeid peetud näiteks Badecki kohtuasja järgi piisavalt paindlikuks, et see oleks kooskõlas ELi õigusega.⁷⁵

Lisaks tuleks meetmed kavandada ja rakendada vastavalt vajadusele, tuginedes asjaomaste isikute ja kogukondade praeguse olukorra realistlikule hindamisele. Erimeetmete vajaduse hindamisel tuleks kasutada täpseid andmeid, mis on liigendatud rassi, nahavärvi, päritolu ja etnilise või rahvusliku päritolu järgi ning mis hõlmavad soolist perspektiivi, erinevate rühmade sotsiaalmajandusliku ja kultuurilise staatuse ning olude kohta elanikkonnast ja nende osalemisest riigi sotsiaalses ja majanduslikus arengus.⁷⁶

Hea näide sellest on eelpool kirjeldatud üks vastuolulisemaid positiivseid meetmeid sookvootide näol. Selleks, et seda saaks pidada positiivseks meetmeks (ja mitte ebaõiglaseks eeliskohitlemiseks), peavad olema täidetud järgmised kriteeriumid:

- 1) peaks olema faktilisi hinnanguid või tõendeid selle kohta, et naised on poliitikas struktuursetel, institutsionaalsetel ja ajaloolistel põhjustel alaesindatud;
- 2) peaks olema tõendeid selle kohta, et kvoodid võivad tõepoolest pikemas perspektiivis suurendada naiste esindatust poliitikas;
- 3) ei ole vähem rangemaid meetmeid, mis võiksid sama eesmärgi saavutada (nt pakkuda ainult tüdrukutele ja naistele võimalusi saada rohkem teavet karjäärivalikute kohta poliitikas karjäärimesi kaudu, kus osalevad sellel erialal töötavad naised, suunates neid võrgustike loomise võimalustele või juhendamise- ja sponsorprogrammide pakkumine, mille eesmärk on suurendada naiste esindatust poliitikas).

Samuti eelmainitud *tie break* meetme kontekstis ei ole ühenduse õigusega kooskõlas riigisisese õiguse nõue, mille kohaselt tuleb eelistada alaesindatud soost kandidaati, kelle kvalifikatsioon on vastavate ülesannete täitmiseks piisav, kuid ilma vastava kohustuse esinemiseta oleks valitud teine, vastassoost kandidaat. Sellise meetme puhul oleks tegemist automaatse soost lähtuva eelistamisega. Euroopa Kohus on leidnud, et meetmed, mis näevad ette võimaluse eelisjärjekorras naissoost kandidaadi edutamiseks avaliku teenistuse sektorites, kus naised on alaesindatud, on

⁷⁵ Xenidis, Masse-Dessen, lk 38

⁷⁶ Equinet, lk 14

kooskõlas ühenduse õigusega, kui need ei eelista naisi automaatselt ning tingimusteta olukorras, kus nais- ja meessoost kandidaadid on võrdselt kvalifitseeritud ja kandideerijaid hinnatakse objektiivselt, nii et võetakse arvesse kõigi kandidaatide konkreetset olukorda. Nendest juhtumitest saadud õppetunnid viitavad aga sellele, et positiivseid meetmeid tuleks proportsionaalselt kohandada *de facto* ebavõrdsuse vähendamiseks, mis põhinevad legitiimsetel, selgetel, objektiivsetel ja läbipaistvatel kriteeriumidel ning on hädavajalikud eesmärgi saavutamiseks sisu ja kestuse osas. Kohtuasjas Abrahamsson hoiatas kohus, et piisava, kuid mitte võrdse kvalifikatsiooniga naiskandidaatide eelistamine on vastuolus ELi õigusega.⁷⁷

Võrdse kohtlemise põhimõttega on aga kooskõlas riigisisene nõue, mille kohaselt nähakse võrdõiguslikkuse kavas ette siduvad eesmärgid akadeemilise teenistuse ning assistentide kohtadele ning mis sätestavad naiste minimaalse osalusprotsendi, mis sõltub naiste osakaalust lõpetajate, kraadiomanike ning iga teadusdistsipliini tudengite seas. Vastav meede saab mõjutada otsustust vaid juhul, kui kandidaadid on võrdselt kvalifitseeritud. Ühenduse õigusega on kooskõlas riigisisene säte, mille kohaselt valdkondades, kus naised on alaesindatud, moodustavad intervjuule kutsututest 50% vastavat kvalifikatsiooni omavad naised, kes vastavad esitatud nõuetele, sest see aitab kaasa naiste ja meeste võrdsetele võimalustele. Samuti on võrdse kohtlemise põhimõttega kooskõlas riigisisene säte, mille kohaselt soovitatakse töötajate esindusorganite ning haldus- ja kontrollorganite koosseisu määratlemisel võtta arvesse eesmärki, et vähemasti pooled vastavate kogude liikmetest oleksid naised, kuna tegemist ei ole siduva kohustusega. Meetme proportsionaalsuse hindamisel tuleb ühtlasi silmas pidada, kas vaatamata püüdlusele saavutada *de facto* võrdsust, ei kaasne sellega traditsiooniliste soorollide taastootmine.

EL õigusega on üldjuhul kooskõlas meetmed, mis on suunatud osalemiseks võrdsete võimaluste loomisele. Näiteks on Euroopa Kohus pidanud ühenduse õigusega kooskõlas olevaks nõuet, mille kohaselt teatud väljaõpet nõudvatel erialadel, kus naised on alaesindatud ning kus riigil ei ole väljaõppe korraldamisel monopolset seisundit, eraldatakse vähemasti pooled koolituse kohtadest naistele, kui sellise meetme eesmärk on kõrvaldada naiste alaesindatust. Selline piirang on aga lubatud vaid juhul, kui vaatamata kohastele pingutustele teadvustada vabade kohtade olemasolu naissoost kandidaatide seas, ei laeku naistelt siiski osalemiseks piisavalt taotlusi. Viimaks on

⁷⁷ C-407/98 EK. Katarina Abrahamsson and Leif Anderson v Elisabet Fogelqvist

Euroopa Kohus juhtinud tähelepanu ka sellele, et soolist võrdõiguslikkust edendavate meetmete kohaldamine peab olema läbipaistev ning on võimalik hinnata, missugust rolli sooline eristamine otsuse tegemisel mängib.⁷⁸

Kohus leidis veel, et võrdse kohtlemise põhimõttega on kooskõlas praktika, mille kohaselt ministeeriumis, mille koosseisus on naised märkimisväärselt alaesindatud, ning olukorras, kus puuduvad piisavad lastehoiuvõimalused, pakutakse töötajatele võimalust kasutada piiratud arvu lastehoiukohti, mis on üldjuhul reserveeritud naissoost ametnikele, samas kui meessoost ametnikel on võimalik kohti kasutada vaid hädaolukorras. Kohus tõi esile, et lastehoiukohtade puudus mõjutab enam naisi tööelust kõrvale jääma.⁷⁹

Euroopa Kohus on leidnud, et kuigi riigil on teatud otsustusulatus, erimeetmete kohaldamisel, et tagada naiste kaitse seoses raseduse ja sünnitamisega, on sellised meetmed õigustatud vaid juhul, kui esineb vajadus naiste ja meeste erinevaks kohtlemiseks (arvestades erineva kohtlemise eesmärki kaitsta naise bioloogilist seisundit ning naise ja lapse erilist seost raseduse ja sünnitusjärgsel perioodil). Kaitsenormide alusel ei ole lubatud välistada üldiselt naiste töötamist teatud tüüpi töödel (nt allmaatööd, sukeldumine, öötöö). Kohus ei ole aktsepteerinud argumente, et naistele tuleks tagada suurem kaitse kui meestele riskide vastu, mis olemuslikult võivad ühtviisi avaldada ebasoodsat mõju nii meestele kui naistele ning mis erinevad naiste spetsiifilisest kaitsevajadusest seoses raseduse ja sünnitamisega. Samuti ei ole kindlsti lubatav välistada naiste tervise kaitse eesmärgil töötamist teatud töödel ainuüksi põhjusel, et keskmiselt on naised lühema kasvuga (ning töötingimuste negatiivne mõju väidetavalt seetõttu intensiivsem) ja nõrgemad kui mehed, kui samal ajal peetakse samasuguste füüsiliste näitajatega mehi sellel töökohal töötamiseks sobivaks. Seega kui piirangud on ulatuslikumad, kui on vajalik naise raseduse või sünnitusjärgse kaitse eesmärgil, on tegemist soolise ebavõrdse kohtlemisega. Samas liiga kaugeleulatuvate soodustuste võimaldamise puhul tekib aga küsimus soolise võrdse kohtlemise põhimõtte järgimisest, juhul kui neid võimaldatakse vaid emadele, aga mitte isadele.⁸⁰

⁷⁸ Albi, Laidvee, Papp, Sepper. SoVS Komm vlj. Tallinn 2010, lk 67

⁷⁹ Albi, Laidvee, Papp, Sepper. SoVS Komm vlj. Tallinn 2010, lk 93

⁸⁰ Albi, Laidvee, Papp, Sepper. SoVS Komm vlj. Tallinn 2010, lk 94-95

Näiteks on Euroopa Kohus lugenud legitiimseks eesmärgiks ka ühiskondliku julgeoleku. Niinimetatud jõuametikohtadega seonduvalt on aktsepteeritud seisukohta, et politsei teatud ülesannetest tulenevaid tegevusi saavad täita vaid mehed või asjaoludest sõltuvalt naised, samas kui muid kohustusi saavad täita kõik politseiametnikud sõltumata soost. Kohus rõhutas, et kõnealust erandit saab kohaldada vaid konkreetsete tegevuste suhtes ning vastav süsteem peab olema läbipaistev. Kui politseiteenistusse kandideerimine toimub meeste ja naiste protsentuaalselt jaotatud kohtade arvu põhisel, ei ole võimalik kontrollida, kas isiku sugu on määrav faktor konkreetse tegevuse iseloomu arvestades. Kohus leidis, et soopõhine värbamissüsteem avalikus sektoris ei tohi piirata õigust võrdsele kohtlemisele enam, kui on vajalik konkreetse eesmärgi saavutamiseks.⁸¹

Euroopa Kohus on võtnud seisukoha veel ka naiste ja meeste võrdse kohtlemise küsimuses relvajõududes. Saksamaa LV õigus lubas naissoost kodanikel teenida vabatahtlikult *Bundeswehr*'is üksnes sõjaväe hospitalide meditsiinitöötajatena või sõjaväemuusikutena. Saksamaa kodanik, kellel oli elektrooniku haridus, soovis astuda teenistusse relvaelektronika alal. Kohus leidis, et Euroopa õigusega on kindlasti vastuolus, kui liikmesriigid keelavad naissoost kodanikel igasuguse sõjaväelise teenistuse. Erandina võib keelata aga naiste relvateenistuse kaitseväge eriüksustes.⁸²

Seega võib soolise võrdse kohtlemise põhimõtte piiramine olla lubatud, eeldusel, et esineb legitiimne eesmärk ning piirang on kooskõlas proportsionaalsuse põhimõttega. Kutsenõue peab olema määratletud konkreetset ametikohta silmas pidades ning seda ei saa laiendada abstraktselt teatud tegevusvaldkonnale. Riigil on kohustus analüüsida, kas sellised piirangud on muutuvate ühiskondlike olude valguses jätkuvalt põhjendatud.⁸³

Euroopa Kohtu seisukoht on ka, et erimeetmed on viimane abinõu. Praktikud ja kohtuametnikud peavad positiivseid erimeetmeid hõlmava juhtumiga tegelemisel tagama, et kõiki kandidaate, keda

⁸¹ Albi, Laidvee, Papp, Sepper. SoVS Komm vlj. Tallinn 2010, lk 94-95
Vt ka 318/86 Euroopa Komisjon vs. Prantsusmaa, p-d 23, 27–28.

⁸² Albi, Laidvee, Papp, Sepper. SoVS Komm vlj. Tallinn 2010, lk 94-95
Vt ka C-285/98 Kreil.

⁸³ Albi, Laidvee, Papp, Sepper. SoVS Komm vlj. Tallinn 2010, lk 57

kõnealune tööandja kaalub, sealhulgas neid, kellele erimeetmete säte ei kehti, hinnataks kõnealusel ametikohal objektiivselt ja õiglaselt.⁸⁴

2.2. Proportsionaalsus Euroopa Liidu riikide seadusandluses

Eelpool toodu valguses on peamine viis positiivse meetme eraldamiseks ebaõiglasest eeliskohtlemisest see, kas see läbib proportsionaalsuse testi või mitte. Siiski tuleb märkida, et kuigi sellistes riikides nagu Soome ja Holland ning Belgia on positiivsete meetmete rakendamisel proportsionaalsuse nõue, ei sea üllatavalt suur hulk riike otseselt proportsionaalsuse nõuet.⁸⁵

Täpsema määratluse leiab näiteks Suurbritannias, kus positiivsed meetmed on selgesõnaliselt eraldatud positiivsest diskrimineerimisest, mis on ebaseaduslik. Täpsemalt eristab see kolme tüüpi toiminguid:

1) Meetmed, mis on võetud ühe konkreetse kaitstud rühma isikute kasuks ja millega ei kaasne teise kaitstud rühma kuuluvate isikute ebasoodsamat kohtlemist, või diskrimineeriva poliitika või tavade kaotamiseks on tavaliselt seaduslikud. Teenusepakkujate jaoks võib see hõlmata samme teenustest teavitamise ja neile juurdepääsu parandamiseks, teenuste kohandamist kaitstud rühma konkreetsetele vajadustele vastavaks või töötajate koolitamist selliste vajaduste äratundmiseks. Selliseid tegevusi ei klassifitseerita aga positiivseks meetmeks.

2) Tegevused, mis jäävad seaduses toodud positiivsete meetmete sätete raamidesse. Need toimingud on seaduslikud ainult siis, kui need vastavad positiivse tegevuse seaduses sätestatud tingimustele ega ületa piiranguid.

3) Meetmed (mida sageli nimetatakse positiivseks diskrimineerimiseks), mis hõlmavad ebavõrdsuse vähendamiseks eeliskohtlemist ebasoodsas olukorras või alaesindatud rühma liikmetele, kellel on mõni kaitstud omadus. Need toimingud ei vasta aga positiivse tegevuse kohustuslikele nõuetele (näiteks proportsionaalsus) ja on ebaseaduslikud, välja arvatud juhul, kui

⁸⁴ Euroopa Liidu Põhiõiguste Amet. Handbook on European non-discrimination law, lk 76

⁸⁵ G. Selanec, Positive Action Measures in EU Law, 2014. – Arvutivõrgus: http://www.era-comm.eu/oldoku/SNLLaw/04_Positive_action/2014_April_Selanec_EN.pdf

kohaldatakse seadusest tulenevat erandit (nt seotud erakondade või heategevusorganisatsioonidega).

Belgias on kehtestatud positiivsete meetmete kohta üks põhjalikumaid eeskirju. Positiivne tegevus on määratletud kui "konkreetsed meetmed, mille eesmärk on vältida või kompenseerida ühe kaitstud kriteeriumiga seotud grupi ebasoodsaid olukordi, eesmärgiga tagada täielik võrdsus tegelikkuses"⁸⁶ ja täpsustatud, et ühel kaitstud kriteeriumil põhinev otsene või kaudne eristamine ei tähenda diskrimineerimist, kui see kujutab endast positiivset tegevusmeedet (mis on EL direktiivide rakendamine).⁸⁷

Belgia õigusaktid kehtestavad neli sisulist tingimust õigluse ja proportsionaalsuse põhimõtete osas, mis peavad olema täidetud positiivse meetme rakendamiseks:

- 1) peab esinema ilmne ebavõrdsus;
- 2) selle ebavõrdsuse kadumine tuleb seada edendatava eesmärgina;
- 3) positiivse tegevuse meede peab olema oma olemuselt ajutine ja olema oma olemuselt kaduv niipea, kui eesmärk on saavutatud ja
- 4) meede ei tohi asjatult piirata teiste õigusi.⁸⁸

Nagu eelnevalt mainitud, kujutaks ELi õiguse kohaselt alaesindatud rühmast pärit kandidaadi eelistamine kvalifitseeritumale kandidaadile ebaõiglast eeliskohtlemist.

Hiljutine kohtupraktika areng on kinnitanud kohtu ettevaatust positiivsete meetmete suhtes, mis ohustavad soolise segregatsiooni ja stereotüüpide püsimist. 2015. aastal kohtuasjas Maïstrellis käsitles kohus meedet, mis takistab meeskohtunikul kasutamast tasustatud lapsehoolduspuhkust, kui tema naine ei tööta, välja arvatud juhul, kui ta raske haiguse või vigastuse tõttu ei saa lapse eest hoolitseda. Euroopa Kohus selgitas, et selline meede, mis ei taga meeste ja naiste tegelikku

⁸⁶ Art. 4, 11° antidiscrimination law; art. 4, 11°, Antiracism law; art. 5, 11°, Gender law.

⁸⁷ Art. 10 § 2 Antidiscrimination law; Art. 10 § 3 Antiracism law.

⁸⁸ Art. 10 § 2 Antidiscrimination law; Art. 10 § 3 Antiracism law; art. 16 § 2 Gender law.

võrdõiguslikkust tööelus, tugevdas traditsioonilisi soorolle, koormates naisi üle hoolduskohustustega.⁸⁹

2.3. Positiivsete meetmete kohaldamise ajutisus

Paljude riikide õigusaktid toovad esile ka positiivsete meetmete ajutise iseloomu. Näiteks Slovakkias määratletakse positiivseid meetmeid tegelikult kui "ajutisi kompenseerivaid meetmeid". Seal on asutused kohustatud pidevalt jälgima, hindama ja avaldama teavet võetud ajutiste kompenseerivate meetmete kohta eesmärgiga hinnata ümber nende edasise jätkamise vajalikkust. Lisaks on ajutisi kompenseerivaid meetmeid vastu võtvad üksused kohustatud esitama Slovakkia riiklikule inimõiguste keskusele nende faktide kohta aruanded.⁹⁰ ÜRO konventsiooni naiste diskrimineerimise kõigi vormide likvideerimise kohta art 4 lg 1 sätestab, et konventsiooni osalisriikide poolt ajutiste eriabinõude rakendamist meeste ja naiste tegeliku võrdõiguslikkuse kiiremaks saavutamiseks ei loeta kõnealuse konventsiooni tähenduses diskrimineerivaks, kuid see ei tohi mingil moel kaasa tuua ebavõrdsete või diferentseeritud standardite säilimist. Kui eesmärgistatud võrdsus on saavutatud, tuleb need abinõud tühistada. Konventsioonis kasutatud väljend "erimeetmed" (ingl k special measures) viitabki sellele, et vastavate meetmete võtmisel tuleb silmas pidada konkreetset eesmärki, mida meetme abil soovitakse saavutada ning sellest lähtuvalt tuleb ka meetme sisu kujundada.⁹¹

Ka Eestis täiendati 23.10.2009 jõustunud seadusemuudatustega SoVS § 5 lg 2 p 5 sõnastust, lisades seaduse teksti õigusselguse eesmärgil sõnaselgelt, et vastavad meetmed peavad olema ajutised. See kohustab taoliste meetmete kasutuselevõtjat aeg-ajalt saavutatut üle vaatama, et erimeetmete rakendamine lõpetada juhul, kui eesmärgid on saavutatud. Siiski puudub kõnealune säte võrdse kohtlemise seaduses.

⁸⁹ C-222/14 Konstantinos Maïstrellis v Ypourgos Dikaïosynis, Diafaneias kai Anthropinon Dikaïomaton [2015] EU:C:2015:473, 22.42 Maïstrellis (2015), 50. Vt ka Xenidis, Masse-Dessen, lk 42

⁹⁰ according to legal order in **Act No. 365/2004**

⁹¹ Albi, Laidvee, Papp, Sepper. SoVS Komm vlj. Tallinn 2010, lk 64

2.4. Kooskõla põhiseadusega

Positiivse tegevuse seaduslikkuse järgmise oluline tingimus on selle kooskõla mis tahes riigi põhiseadusega. Näiteks Serbia Vabariigis ei reguleeri positiivset tegevust selgelt mitte ainult diskrimineerimiskeelu seadus, soolise võrdõiguslikkuse seadus, puuetega inimeste diskrimineerimise eest kaitsmise seadus, rahvusvähemuste õiguste ja vabaduste kaitse seadus, vaid ka Serbia Vabariigi põhiseadus. Sealse soolise võrdõiguslikkuse seaduse kohaselt peavad need erimeetmed olema kooskõlas põhiseaduse ja seadusega, kehtestama määrusi, üksikõigusakte ning võtma meetmeid täieliku ja tõhusa võrdõiguslikkuse tagamiseks.

Seega on positiivsete erimeetmete kohaldamine võimalik vaid juhul, kui selleks tuleneb volitus Eesti põhiseadusest (eelkõige § 12 mõttes, aga ka koostoimes §-dega 13 ja 14 ning sõltuvalt erimeetme iseloomust ka teiste põhiseaduse sätetega). Nagu eespool märgitud, võivad positiivsed erimeetmed esineda väga erinevates vormides ning vastavad meetmed võivad olla intensiivsuse eri astmega. Seega, nagu ka iga muu PS-st allpool olev õigusnormi puhul, tuleb igal kõnealusel juhul hinnata vastava positiivse erimeetme kooskõla põhiseadusega.

2.5. Tõelise kutsealase nõude erand

Kui ebaoproportsionaalselt rakendatud positiivse tegevuse meede muutub ebaõiglaseks sooduskohtlemiseks, on ka olukordi, kus positiivsete meetmete rakendamine on lihtsalt võimatu. See juhtub „tõelise kutsealase nõude“ erandi korral. See nõue võimaldab tööandjatel eristada üksikisikuid kaitstud aluste alusel, kui sellel alusel on loomumane seos töövõime või konkreetse töö jaoks nõutava kvalifikatsiooniga.⁹²

Tööhõive valdkonnas lubavad mittediskrimineerimise direktiivid liikmesriikidel ette näha, et kaitstud põhjusega seotud omadusel põhinev erinev kohtlemine ei kujuta endast diskrimineerimist, kui see tuleneb konkreetse kutsetegevuse iseloomust või kontekstist, milles need läbi viiakse.

⁹² Euroopa Liidu Põhiõiguste Amet. Handbook on European non-discrimination law, lk 97. Vt ka - Gender Equality Directive (recast), Art. 14 (2); Racial Equality Directive, Art. 4; Employment Equality Directive, Art. 4 (1).

Selline omadus kujutab endast tegelikku ja määravat ametialast nõuet, kui eesmärk on õigustatud ja nõue proportsionaalne.⁹³

Näiteks on mõned väljakujunenud ametid või kutsed, mis kuuluvad pea alati tõelise kutsealase nõude alla. Selline amet võib olla näiteks kunstniku elukutse, mis võib nõuda üksikisikutele kuuluvaid loomupäraseid omadusi nagu nõue, et naislaulja sobiks esitusstiiliga, noor näitleja mängiks konkreetset rolli, et tantsija on selleks võimeline inimene või et teatud tüüpi modellinduse jaoks on modelliks mees või naine. Teised näited võivad hõlmata hiina rahvusest isiku palkamist hiina restoranis autentsuse säilitamiseks, naiste töölevõtmist ainult naistele mõeldud spordiklubides⁹⁴ või mitte nõuda relvajõududelt ja politseilt, vanglalt või hädaabiteenistustelt inimeste värbamist või tööturul hoidmist, kellel ei ole vajalikku suutlikkust paljude funktsioonide täitmiseks, mida neilt võidakse nõuda seoses õiguspärase eesmärgiga säilitada nende teenuste töövõime.⁹⁵

Võimalus õigustada soolist ebavõrdset kohtlemist, viidates konkreetsete turva- või hädaabiteenuste tõhususele, võib osutuda keerulisemaks, kuna soorollid ja sotsiaalsed hoiakud arenevad. Sel põhjusel on liikmesriikidel kohustus piiravad meetmed perioodiliselt uuesti läbi vaadata.⁹⁶

Lisaks ei loeta diskrimineerimiseks meetmeid, mida rakendatakse avaliku korra ja julgeoleku tagamiseks, kuritegude ennetamiseks ning tervise, teiste inimeste õiguste või vabaduste kaitseks (VõrdKS § 9 lg 1). Nii võib leida ameteid, mille täitjailt peab ohutuse eesmärgidel eeldama tiptasemel füüsilist vormi, vastupidavust ja reaktsiooniga – seda kõike on teatud vanuses inimestelt oodata peaaegu võimatu või ebaõiglane.

Viidatud võrdse kohtlemise seaduse säte tuleneb nõukogu direktiivi 2000/78/EÜ (millega kehtestatakse üldine raamistik võrdseks kohtlemiseks töö saamisel ja kutsealale pääsemisel) artikli

Euroopa Liidu Põhiõiguste Amet. Handbook on European non-discrimination law, lk 97. Vt ka - Gender Equality Directive (recast), Art. 14 (2); Racial Equality Directive, Art. 4; Employment Equality Directive, Art. 4 (1).

⁹⁴ Euroopa Liidu Põhiõiguste Amet. Handbook on European non-discrimination law, lk 98. Vt ka - CJEU, Case 248/83, Commission of the European Communities v. Federal Republic of Germany, 21 May 1985

⁹⁵ Euroopa Liidu Põhiõiguste Amet. Handbook on European non-discrimination law, lk 101. Vt ka - Employment Equality Directive 2000/78/EC, OJ L 303, 2.12.2000, p. 17

⁹⁶ Euroopa Liidu Põhiõiguste Amet. Handbook on European non-discrimination law, lk 102. Vt ka - Gender Equality Directive (recast), Art. 31 (3).

2 lõikest 5. Direktiivi preambulis on rõhutatud, et relvajõud, politsei, vangla- või päästetalitused ei pea võtma tööle ega hoidma tööl inimesi, kellel ei ole nõuetekohaseid võimeid.⁹⁷ Näiteks vanuselise erikohtlemise erandid toodud artikli 6 lõikes 1 ja need on järgmised:

„a) tööle ja kutseõppele pääsemise, töö saamise ja kutsealale pääsemise ning töölt vabastamise ja palga eritingimuste kehtestamine noortele, vanematele töötajatele ja hooldamiskohustusi täitvatele inimestele, kui eesmärk on edendada nende kutsealast integreerimist või tagada nende kaitse;

b) vanuse, töökogemuse või teenistusajase vanemusega seotud tööle pääsemise või teatavate töösoodustuste miinimumtingimuste kehtestamine;

c) tööle võtmise vanuse ülempiiri kehtestamine kõnealuse ametikoha koolitusnõuete alusel või selleks, et pensionile jäämisele eelneks mõistlik tööstaaž.

2.6. Täiendavad kasulikud kriteeriumid positiivsete meetmete rakendamisel

Kui eelpool toodud elemendid on peavad eksisteerima igas positiivseid meetmed puudutavas regulatsioonis või olema vähemalt tuletatavad, on veel hulk elemente, mis ei ole küll positiivsete meetmete puhul lahutamatu tunnuseks määratletud, kuid mille selgem reguleerimine aitaks kaasa positiivsete meetmete julgema ning laialdasema rakendamisel.

2.6.1. Positiivsete meetmete rakendamiseks pädevate institutsioonide ja isikute ringi määratlemine

Positiivsete meetmete rakendamise osas sõltub see suuresti sellest, kas positiivne tegevus on juriidiliselt määratletud kohustusena või pigem võimalusena või pädevusena (nagu näiteks Taanis).⁹⁸ Oluline on selgelt määratleda nende päevuste ja kohustuste kandjad. Asjakohased mittediskrimineerimist ja ajutisi erimeetmeid käsitlevad õigusaktid peaksid hõlmama nii

⁹⁷ Albrant, Meior, Papp, lk 31.

⁹⁸ Leedus, kus ajutised meetmed kehtestatakse ainult seadusega, tähendab see, et ainult parlament vastutab ajutiste meetmete kohaldamise seaduse vastuvõtmise eest.

valitsussektoreid kui ka eraorganisatsioone või ettevõtteid.⁹⁹ Osalisriigid võiksid anda aru selliste ajutiste erimeetmete kavandamise, rakendamise, järelevalve, hindamise ja jõustamise eest vastutava(te) institutsiooni(de) kohta. Selline vastutus võib olla antud olemasolevatele või kavandatavatele riiklikele institutsioonidele või eraõiguslikel üksustel, kellel on nõutavad volitused konkreetsete programmide väljatöötamiseks ja nende rakendamise jälgimiseks, ning hinnata nende mõju ja tulemusi.¹⁰⁰

Soomes ja Hispaanias on peamiseks eripäraks see, et teatatud sooga seotud positiivsed meetmed on kohustuslikud. Hispaanias ja Kreekas on erilised kohustuslikud positiivsed meetmed, mille eesmärk on saavutada erakondades valimiskandidaatide sisuline võrdsus. Slovakkia seadused näevad ette, et kohustuste kandjad on diskrimineerimisvastase seaduse § 8a lõike 1 sõnastuse kohaselt riigihaldusasutused või muud juriidilised isikud. Sarnane avatud kohustuste kandjate nimekiri on kehtestatud ka Poolas, kus kohustatud institutsioonid on loetletud "füüsiliste ja juriidiliste isikutena, samuti muude haldusüksustena, millele on seadusega määratud õigusvõime".

Teistes riikides (nt Belgias, Tšehhi Vabariigis, Iirimaal, Rumeenias, Rootsis, Poolas ja Suurbritannias) võivad paljud osalised, sealhulgas mitmesugused avalik-õiguslike asutuste, füüsiliste ja juriidiliste isikute, tööandjate, haridusasutuste, teenusepakkujate või avalik-õiguslike asutuste kombinatsioonid rakendada positiivseid meetmeid. Mõnes riigis (nt Leedus ja Belgias) nõuab positiivsete meetmete kohaldamine seadusandlikku sekkumist või luba, mis võib piirata positiivsete meetmete kättesaadavust ja kasutamist.¹⁰¹ Soomes läheb positiivse tegevuse nõue veelgi kaugemale, kuna see kehtib mitte ainult avaliku, vaid ka erasektori ning eelkõige tööandjate ja haridusasutuste kohta. Soome ametiasutustel on positiivne kohustus edendada soolist võrdõiguslikkust ja Soome seadused näevad ette 40%-lise kvoodi naiste esindamiseks mittevalitud otsustusorganites. Kvoodi mittejärgimisel on ette nähtud sanktsioonid, eelkõige ametisse nimetamise otsuse tühistamine. Need samad kvoodid ja reeglid kehtivad ettevõtete haldus- ja juhatustele, kus enamusaktsionär on avalik-õiguslik isik. Positiivseid meetmeid nõutakse ka

⁹⁹The Committee on the Elimination of Discrimination against Women. General recommendation No. 25, on article 4, paragraph 1, of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, on temporary special measures. p 26

¹⁰⁰ The Committee on the Elimination of Discrimination against Women. General recommendation No. 25, on article 4, paragraph 1, of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, on temporary special measures. p 26

¹⁰¹ Xenidis, Massessen, lk 42

eratööandjatelt ja haridusasutustelt võrdõiguslikkuse kavade kaudu. Meetmete näideteks on eratööandjate soolise palgalõhe jälgimine ja korrigeerimine ning haridusasutuste seksuaalse ahistamise tõkestamine. Need positiivse tegevuse nõuded kuuluvad jõustamisele võrdõiguslikkuse ombudsmani ning mittediskrimineerimise ja võrdõiguslikkuse kohtu poolt.

Spektri teises otsas ei peeta paljudes EL-i liikmesriikides positiivseid meetmeid prioriteediks ja on seetõttu üsna piiratud. Näiteks Läti seadus ei nõua ega luba positiivseid meetmeid üldiselt, välja arvatud mõned erandid nagu näiteks sihtotstarbelised kutseõppeprogrammid ja toetusmeetmed ebasoodsas olukorras olevate rühmade töötutele (nt hoolduspuhkuselt naasvad vanemad, puuetega inimesed, noored ja vanemad inimesed jne). Need meetmed ei ole aga siduvate sätete vormis, vaid on pigem vabatahtlikud või lihtsalt põhimõtteid, mida tuleb järgida ilma kvantitatiivsete eesmärkideta. Ühtegi sanktsiooni ette ei nähta, kui neid ei austata.¹⁰²

2.6.2. Eraldi määruste loomine ja selleks vastava kontrollprotsesside määramine

Positiivsete meetmete rakendamise efektiivsemaks korraldamiseks abistava sammuna võiks positiivsete meetmete rakendamist kindlates valdkondades reguleerida ka eraldi määrusega, kui selline vajadus peaks tekkima. Positiivsete erimeetmete tegevuskavad tuleb välja töötada, kohaldada ja hinnata konkreetses riiklikus kontekstis ning arvestades nende lahendamiseks mõeldud probleemi eripära. Riikidel soovitatakse oma aruannetes üksikasjad tegevuskavade kohta, mis võivad olla suunatud juurdepääsu tagamisele ja alaesindatusest ülesaamisele teatud valdkondades, ressursside ja võimu ümberjagamisele teatud valdkondades ja/või institutsiooniliste muutuste algatamisele ja kiirendada *de facto* võrdsuse saavutamist. Aruannetes tuleks ka selgitada, kas sellised tegevuskavad sisaldavad selliste meetmete soovimatute võimalike kahjulike kõrvalmõjude kaalutlusi ja võimalikke meetmeid naiste kaitsmiseks nende eest. Osalisriigid peaksid oma aruannetes kirjeldama ka ajutiste erimeetmete tulemusi ja hindama nende meetmete võimaliku ebaõnnestumise põhjuseid.¹⁰³

¹⁰² Xenidis, Massessen, lk 43

¹⁰³ The Committee on the Elimination of Discrimination against Women. General recommendation No. 25, on article 4, paragraph 1, of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, on temporary special measures.

Näiteks enamikus Belgia õigusaktides¹⁰⁴ on positiivsete meetmete rakendamiseks sätestatud veel üks eeltingimus. Seal nõuavad föderaalseadused kuningliku dekreeedi vastuvõtmist, et määrata kindlaks "hüpoteesid ja tingimused, mille alusel võib positiivseid meetmeid rakendada". 11. veebruaril 2019 võeti vastu kuninglik dekreet, milles sätestati positiivsete meetmete rakendamise tingimused erasektoris. See dekreet määrab kindlaks protseduuri, mida tuleb järgida positiivse tegevuskava heakskiitmiseks.¹⁰⁵

Positiivset tegevust saab rakendada kõigis diskrimineerimisvastaste õigusaktidega hõlmatud valdkondades, mis tähendab, et olenevalt valdkonnast võib kohustuse kandjaks olla tööandja, kaupade ja teenuste pakkujad jne. Siinkohal lisab autor, et teoreetiliste käsitluste kohaselt võib positiivseid erimeetmeid rakendada eri valdkondades – nii riiklikul kui kohalikul tasandil, aga ka nii avaliku kui erasektori organisatsioonide, ettevõtete või poliitiliste parteide tegevuses, fikseerides eelnevalt rakendamise põhjused, ajakava ja sihteesmärgid normatiivsetes, poliitilistes või administratiivsetes dokumentides.¹⁰⁶ Erimeetmed võivadki põhineda ka dekreetidel, poliitilistel direktiividel ja/või haldussuunistel, mille on koostanud ja vastu võtnud riiklikud, piirkondlikud või kohalikud täidesaatvad valitsusasutused, et katta avalikku tööhõivet ja haridussektorid. Sellised ajutised erimeetmed võivad hõlmata avalikku teenistust, poliitilist sfääri ning eraharidus- ja tööhõivesektorit.

Selliseid meetmeid võivad läbi rääkida ka avaliku või erasektori tööturu osapooled või neid võivad vabatahtlikult rakendada riiklikud või eraettevõtted, organisatsioonid, institutsioonid ja erakonnad. Positiivsete erimeetmete tegevuskavad tuleb välja töötada, kohaldada ja hinnata konkreetses riiklikus kontekstis arvestades nende lahendamiseks mõeldud probleemi eripära.¹⁰⁷

¹⁰⁴ Vaata https://www.unia.be/files/Documenten/Aanbevelingen-advies/Note_cadre_sur_les_actions_positives_2018.pdf.

¹⁰⁵ Art. 10 § 4 Antidiscrimination law; Art. 10 § 4 Antiracism law; art. 16 § 4 Gender law.

¹⁰⁶ ¹⁰⁶ Albrant, Meior, . Papp. Võrdse kohtlemise seadus käsiraamat. Tallinn: Tallinna Tehnikaülikooli õiguse instituut 2015.

¹⁰⁷ The Committee on the Elimination of Discrimination against Women. General recommendation No. 25, on article 4, paragraph 1, of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, on temporary special measures. P 20

2.6.3. Tunnuste määrtlemine, mille kaitseks võib positiivseid meetmeid kasutada

Positiivsete meetmete kasutamise alused on tavaliselt kõik diskrimineerimise eest kaitstud alused. Samas mõnedes riikides kehtivad positiivseid meetmeid ainult teatud aluste puhul. Näiteks Hispaania 30. detsembri maksu-, haldus- ja sotsiaalmeetmeid käsitleva seaduse 62/2003 artikkel 30 sätestab, et „täieliku võrdsuse tagamiseks rassilise või etnilise diskrimineerimise alusel ei takista võrdse kohtlemise põhimõtte teatud rühmade jaoks erimeetmete säilitamist või võtmist, mille eesmärk on ennetada või kompenseerida nende rassilise või etnilise päritolu tõttu ebasoodsat olukorda.

Lisaks tuleks positiivseid kavandada ja rakendada vastavalt vajadusele, lähtudes asjaomaste üksikisikute ja kogukondade hetkeolukorra realistlikust hinnangust. Erimeetmete vajaduse hindamine peaks toimuma täpsete andmete põhjal, mis on liigendatud selliste põhjuste alusel nagu rass, nahavärv, põlvnemine ja etniline või rahvuslik päritolu ning võttes arvesse soolist aspekti, sotsiaal-majandusliku ja kultuurilise staatuse ja tingimuste kohta, rahvastiku erinevaid rühmi ja nende osalemist riigi sotsiaalses ja majanduslikus arengus. Jaotatud andmed peaksid hõlmama ka puuet.¹⁰⁸ Vastavalt Puuetega inimeste õiguste konventsiooni (CRPD) artiklile 31 kohustuvad osalisriigid koguma asjakohast teavet, sealhulgas statistilisi ja uurimisandmeid, et võimaldada neil koostada ja rakendada poliitikat käesoleva konventsiooni jõustamiseks. Samuti soovitas komitee Poola esialgse aruande kokkuvõtvates tähelepanekutes koguda eristatud andmeid puuetega naiste ja laste kohta.

Sellistes riikides nagu Rumeenia, Horvaatia, Tšehhi Vabariik, Suurbritannia ja Saksamaa, eeldusel, et positiivsete erimeetmete lubatavuse tingimused on täidetud, võivad erimeetmed kehtida kõigi võrdõiguslikkuse õigusaktidega hõlmatud kaitstud tunnuste suhtes. Teised riigid (nt Taani) sisaldavad konkreetset kaitstud omaduste loendit. Näiteks Serbias ja Hollandis on mõned kõige olulisemad ja kaugeleulatuvad meetmed suunatud teatud kaitstud rühmadele nagu naised ja etnilised vähemused. Poola õigusaktid kasutavad selgelt interseksionaalset¹⁰⁹ lähenemisviisi, viidates ebavõrdsuse vähendamisele töötajate vahel, kellel on üks või mitu põhjust. Vahel võib

¹⁰⁸ Equinet, lk 14

¹⁰⁹ Olukorrad, kui kogetud diskrimineerimine toimub korraga mitmel alusel (näiteks soo ja vanuse põhjal) ning omandab sellega täiesti omaette spetsiifika

diskrimineerimine samal ajal ja mitmel alusel olla niivõrd sisemiselt põimunud, et see nõuab eraldi tähelepanu ning muutub põhimõtteliselt uueks diskrimineerimise vormiks. Seda nähtust tuntaksegi interseksionaalsuse nime all.¹¹⁰

2.7. Võrdõiguslikkuse tagamise ja edendamise viisid, mis ei ole positiivsed meetmed

Segadust positiivsete erimeetmete rakendamisel leiab ka küsimuses, et mis siiski langeb positiivsete meetmete definitsiooni alla? See on omakorda seotud diskrimineerimisvastaste meetmete laienemisega. Näiteks asjad nagu mõistlikud kohandused ja mainstreamimine, mida tihti peetakse positiivseteks meetmeteks, aga mis on siiski omna täiesti eraldi allikad.¹¹¹

2.7.1. Mis on võrdõiguslikkuse kohustus?

Seadusjärgseid võrdõiguslikkuse kohustusi võib määratleda kui positiivseid juriidilisi kohustusi võrdõiguslikkuse edendamiseks ja diskrimineerimise ennetamiseks, mis lähevad kaugemale üldisest diskrimineerimisest hoidumise kohustusest. Seetõttu ei nõua see mitte ainult, et avaliku sektori asutused võtaksid nõuetekohaselt arvesse vajadust kõrvaldada ebaseaduslik diskrimineerimine, ahistamine, ohvriks langemine, vaid ka edendada võrdseid võimalusi inimeste vahel, kellel on samad kaitstud omadused.¹¹² Tuleb märkida, et kui teatud tüüpi võrdõiguslikkuse kohustusi võiks kvalifitseerida positiivseteks meetmeteks, siis nimetuse järgi on võrdõiguskohustused alati kohustused, kuid ainult mõned positiivsed meetmed on määratletavad kohustustena (nt kvoodid). Mõned võrdõiguslikkuse kohustused (näiteks võrdõiguslikkuse kavad

¹¹⁰ Committee on the Rights of Persons with Disabilities. Concluding observations on the initial report of Estonia. 2021 (51), lk 14. – https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD/C/EST/CO/1&Lang=En.

¹¹¹ M. Bell, L. Waddington. *Exploring the boundaries of positive action under EU law: A search for conceptual clarity*. 2011

¹¹² Government Equalities Office (2011), EQUALITY ACT 2010: PUBLIC SECTOR EQUALITY DUTY WHAT DO I NEED TO KNOW? A QUICK START GUIDE FOR PUBLIC SECTOR ORGANISATIONS [equality-duty.pdf \(pfc.org.uk\)](https://www.pfc.org.uk/equality-duty.pdf)

või diskrimineerimisvastased poliitikad) on pigem vaid tegelike meetmete rakendamise eeltingimus.

Liidu õigusega nähakse ette soolise võrdõiguslikkuse kavade ulatus, läbirääkimiste kord, sisu ning vajalikud seire- ja hindamismeetmed. Võrdõiguslikkuse kavad peavad sisaldama meetmeid soolise alaesindatuse käsitlemiseks ning sellised meetmed võivad sisaldada positiivseid meetmeid, mille eesmärk on kaotada naiste ametialane segregatsioon, nii horisontaalne kui ka vertikaalne.¹¹³ 2016. aastal tellitud Equineti uuringus „Making Europe More Equal: A Legal Duty?“¹¹⁴ jõuti järeldusele, et Euroopas kehtivad kolm peamist seadusjärgsete kohustuste kategooriat; ennetavad, institutsionaalsed ja süvalaiendamise kohustused. Ennetavad kohustused on (avalik-õiguslike ja eraõiguslike) organisatsioonide kohustused võtta meetmeid diskrimineerimise, ahistamise või seksuaalse ahistamise ärahoidmiseks töösuhetes või kaupade ja teenuste osutamisel. Institutsioonilised kohustused on organisatsioonide (avalike ja eraõiguslike) seadusest tulenevad kohustused edendada töötajate või nende teenustele juurdepääsu saavate inimeste võrdsust. Süvalaiendamise kohustused nõuavad, et riigiasutused võtaksid oma ülesannete täitmisel, sealhulgas seadusandluse, eelarvestamise, reguleerimise ja poliitika kujundamisel, nõuetekohaselt arvesse vajadust edendada võrdsust.

2.7.2. Mis on mõistlik abinõu ja kuidas see erineb positiivsetest meetmetest?

Teine lihtne viis positiivsete tegevusmeetmete kontseptsiooni täiendavaks selgitamiseks on näha, kuidas on see seotud mõistlike abinõudega ja kuidas see neist erineb. Mõistlik abinõu on positiivne juriidiline kohustus teha vajalik ja asjakohane muudatus või kohandamine, et puudega inimene saaks nautida või teostada oma õigusi, kui täielikku juurdepääsetavust¹¹⁵ ei ole saavutatud.

Mõistlike abinõude näideteks on olemasolevate rajatiste ja teabe kättesaadavaks tegemine puudega inimesele; seadmete muutmise; tegevuse ümberkorraldamine; tööde ümberplaneerimine;

¹¹³ Royal Decree 901/2020, of October 13

¹¹⁴ 'N. Crowley. Making Europe more Equal: A Legal Duty? . – Arvutivõrgus: https://equineteurope.org/wp-content/uploads/2016/12/positiveequality_duties-finalweb.pdf,

¹¹⁵ Hooned, asutused jne

õppekavade õppematerjalide ja õpetamisstrateegiate kohandamine; meditsiiniliste protseduuride kohandamine; või tugipersonalile juurdepääsu võimaldamine ilma ebaproportsionaalse või ülemäärase koormuseta.

Peamised elemendid, mis juhivad mõistliku abinõu pakkumise kohustust, on järgmised:

- 1) puuetega inimeste inimõiguste kasutamist mõjutavate tõkete tuvastamine ja kõrvaldamine dialoogis puudega isikuga;
- 2) hindamine, kas majutus on teostatav (õiguslikult või praktikas) – majutus, mis on juriidiliselt või materiaalselt võimatu, ei ole teostatav;
- 3) hindamine, kas majutus on asjakohane (st vajalik ja asjakohane) või tõhus kõnealuse õiguse realiseerimise tagamisel;

Seetõttu, sarnaselt positiivsete tegevusmeetmetega, on mõistlike abinõude vajalikkuse kindlaksmääramise võti sarnane proportsionaalsuse analüüs:

- 1) hindamine, kas muudatus paneb kohustuse kandjale ebaproportsionaalse või ülemäärase koormuse;
- 2) selleks, et teha kindlaks, kas mõistlik abinõu on ebaproportsionaalne või ülemäära koormav, eeldab kasutatud vahendite proportsionaalse suhte hindamist eesmärgiga, milleks on asjaomase õiguse kasutamine;
- 3) tagada, et mõistlikud abinõud on sobivad võrdõiguslikkuse edendamise ja puuetega inimeste diskrimineerimise kaotamise olulise eesmärgi saavutamiseks.¹¹⁶

Peamine erinevus on, et positiivsed meetmed on alati ajutised ja need tuleb lõpetada siis, kui nende eesmärk on saavutatud. Mõistlikud abinõud, välja arvatud juhul, kui juurdepääs on saavutatud, ei tohi olla ajaliselt piiratud.¹¹⁷ Lisaks on kohandamismeetmed välja töötatud konkreetselt üksikisiku vajadustele ja tavaliselt ei ole kõigile sobivaid vastest ehk nn *one size fits all*. Näiteks oleks

¹¹⁶ Equinet, Reasonable accommodation for persons with disabilities: Exploring challenges concerning its practical implementation, Brüssel, lk 4. – Arvutivõrgus: [Reasonable-Accommodation-Disability-Discussion-Paper.pdf](https://equineteurope.org/Reasonable-Accommodation-Disability-Discussion-Paper.pdf) (equineteurope.org).

¹¹⁷ Ibid.

mõistlik abinõu hoone ümberehitamine või kohandamine, et muuta see puudega inimesele seal töötamiseks ligipääsetavaks. Positiivse meede oleks aga näiteks reeglite kehtestamine, et tööandja peab eelistama puudega kandidaati, kui kaks kandidaati on sama kvalifikatsioonitasemega. Mõistlike abinõude ja positiivsete meetmete eraldamine on enamustes EL liikmesriikide seadustes selge.

3. Positiivsete meetmete piiritlemine Eesti õiguses

Et hinnata positiivsete meetmete piire Eesti õigussüsteemis, on esmalt võetud aluseks kehtiv seadusandlus ning tõlgendatud seda arvestades käesolevas magistritöös eelnevalt käsitletut. Järgnevalt on toodud puudused ja lüngad, mis on küll tõlgendamisvõtteid kasutades ületatavad, aga võiksid õigusselguse huvides ka seaduses sätestatud olla. Lisaks on autor omalt poolt lisanud neid aspekte, mis võiksid olla positiivseid meetmeid reguleerivates sätetes eesmärgiga, et neid saaks võimalikult efektiivselt kohaldada.

Töö kirjutamise hetkel on positiivsed meetmed piiritletud kahes Eesti võrdõiguslikkust käsitlevas seaduses natuke erinevalt. VõrdKS § 6 sätestab, et see seadus ei piira selliste proportsionaalsete meetmete rakendamist, mille eesmärk on vähendada või vältida rahvuse (etnilise kuuluvuse), rassi, nahavärvuse, usutunnistuse või veendumuste, vanuse, puude või seksuaalse sättumuse põhjal aset leidvat ebavõrdset kohtlemist. SoVS § 5 lg 2 p 5 sätestab aga, et otseseks või kaudseks sooliseks diskrimineerimiseks ei loeta ajutiste soolist võrdõiguslikkust edendavate erimeetmete rakendamist, mis annavad eeliseid alaesindatud soole või vähendavad soolist ebavõrdsust.

Seega on ühes seaduses toodud proportsionaalsuse eeldus ning teises ajutisuse nõue. Mõistagi ei tähenda see, et soolise võrdõiguslikkuse edendamiseks ette võetud positiivsed meetmed ei pea olema proportsionaalsed või et rahvuse (etnilise kuuluvuse), rassi, nahavärvuse, usutunnistuse või veendumuste, vanuse, puude või seksuaalse sättumuse põhjal diskrimineerimise vastu võetud meetmed ei peaksid olema ajutised. Nagu eelnevalt avatud, kuigi näiteks SoVS § 5 lg 2 p 5 ei sisalda sõnaselget nõuet, et vastavad meetmed peavad olema kooskõlas

proportsionaalsuse põhimõttega tuleb ka SoVS § 5 lg 2 p 5 puhul kohaldada proportsionaalsuse põhimõtet, sest tegemist on põhiõiguse piiramisega.

Käesolevas magistritöös on tõlgendatud positiivsete meetmete piire Eestis kahe seaduse koosmõjul ning toodud ka välja, miks peaksid normid olema ühtsemad ja täpsemad.

Seega - ühes seaduses on toodud proportsionaalsuse ning teises ajutisuse nõue. Mõistagi ei tähenda see, et soolise võrdsuslikkuse edendamiseks ette võetud positiivsed meetmed ei pea olema proportsionaalsed või, et rahvuse (etnilise kuuluvuse), rassi, nahavärvuse, usutunnistuse või veendumuste, vanuse, puude või seksuaalse sättumuse põhjal diskrimineerimise vastu võetud meetmed ei peaks olema ajutised. Nagu eelnevalt avatud, kuigi näiteks SoVS § 5 lg 2 p 5 ei sisalda sõnaselget nõuet, et vastavad meetmed peavad olema kooskõlas proportsionaalsuse põhimõttega tuleb ka SoVS § 5 lg 2 p 5 puhul kohaldada proportsionaalsuse põhimõtet, sest tegemist on põhiõiguse piiramisega.

Antud juhul on tõlgendatud positiivsete meetmete piire Eestis kahe seaduse koosmõjul ning toodud ka välja, miks peaksid normid olema ühtsemad ja täpsemad.

3.1 Positiivsete meetmete proportsionaalsus Eesti õigussüsteemis

Nagu mainitud CERD-i komitee üldsoovituses nr 32 (CERD Committee General Recommendation No. 32¹¹⁸) peavad erimeetmed vastama parandatavale olukorrale, olema legitiimsed ja vajalikud demokraatlikus ühiskonnas ning austama õigluse ja proportsionaalsuse põhimõtet.

Enne alapeatüki temaatikasse süvenemist, võtab autor kokku kõik võrdsuspõhiõiguse piirangu põhiseaduspärasuse hindamise osaks olevad ja ka selleks vajalikud etapid.

¹¹⁸ Committee on the Elimination of Racial Discrimination (2009) General Recommendation No. 32 The meaning and scope of special measures in the International Convention on the Elimination of Racial Discrimination

Esiteks tuleb tuvastada ebavõrdne kohtlemine. Selleks on esimene samm leida vähemalt kaks isikute gruppi, keda võrrelda ning teise sammuna välja uurida kas määratud isikute gruppidel on mingi ühine nimetaja? Sellega tuvastatakse põhiõiguste kandjate võrdsus või ebavõrdsus mingi üldise tunnuse alusel ehk määratakse sarnaste (või erinevate) tunnustega isikute grupid.¹¹⁹

Järgmisena peab tuvastama nimetatud põhiõiguste kandjate kohtlemise (eba)võrdsuse ehk kas sarnaste tunnustega isikute grupe on sarnases situatsioonis koheldud erinevalt või sarnaselt. Kui ühise tunnusega gruppide erinev kohtlemine on tuvastatud, siis on võrdsuspõhiõigust piiratud.¹²⁰

Kui on tuvastatud ebavõrdne kohtlemine, siis tuleb seda ka õigustada (põhiseaduse § 11 esimene lause). Seda põhjusel, et võrdsuspõhimõtte piiramine ei ole iseenesest veel selle põhimõtte rikkumine. Seega tasub märkida, et seadusloome võrdsuse põhimõtet on rikutud siis, kui ebavõrdsset kohtlemist ei ole võimalik põhiseaduslikult õigustada.” (RKPJKo 02.05.2005, 3-4-1-3-05, p 20; vrd RKPJKo 27.12.2011, 3-4-1-23-11, p 56.)¹²¹.

Kui võrdsuspõhimõtte piiramise või mis tahes muu põhiõiguse piiramise lubatavus ei lähtu põhiseadusest, siis puudub piirangu legitiimne eesmärk ja seega ei ole see lubatav. Lähtuvalt Riigikohtu praktikast (vt nt RKPJKo 3-4-1-6-00) jätkub põhiseaduspärasuse kontroll: olles määratlenud ja defineerinud piirangutega taotletava eesmärgi lubatavuse tuleb hinnata vahendite (piirangu) sobivust, vajalikkust ja mõõdukust taotletava eesmärgi saavutamiseks (ehk võrdsuspõhiõiguse piirangu proportsionaalsust). Mõõdukuse kriteeriumite rakendamisel tuleb “kaaluda” erinevaid väärtusi – ühelt poolt tuleb hinnata taotletava eesmärgi taga olevat väärtust, teiselt poolt tuleb hinnata piiratava eesmärgi taga olevat väärtust. Tähtis on ka mainida, et proportsionaalsus ja erinevate huvide tasakaalustamine on üldiseks põhimõtteks kogu õiguses üldse.¹²²

Piirang on põhiseaduspärane vaid siis, kui sellel on legitiimne eesmärk, see on sobilik, vajalik ja mõõdukas.¹²³ Vaieldamatult ebaproportsionaalne on sobivuse mõttes abinõu, mis ühelgi juhul ei soodusta eesmärgi saavutamist. Ebavõrdne kohtlemine on vajalik juhul, kui eesmärki ei ole

¹¹⁹ T. Roosve. Võrdsusõiguste riive põhiseaduspärasus. Sisekaitse akadeemia – Arvutivõrgus:http://stud.sisekaitse.ee/roosve/vordops/iv_osa_v_piirangu_ps_hindamise_kontroll.html

¹²⁰ Roosve

¹²¹ PõhiS Komm. § 12/2.2

¹²² Annus 2006, lk 247

¹²³ Annus 2006, lk 244

võimalik saavutada mõne teise, kuid inimest vähem koormava abinõuga, mis on vähemalt sama tõhus kui kohaldatav abinõu. Mõõdukuse hindamiseks tuleb kaaluda ühelt poolt võrdsuspõhiõigusesse sekkumise ulatust ja intensiivsust ning teiselt poolt taotletava eesmärgi tähtsust.¹²⁴ Riigikohus on oma lahendis nr 3-4-1-1-05 hinnanud passiivse valimisõiguse ühetaolisuse kui erilise võrdsusõiguse piirangu mõõdukust kohaliku omavalitsuse volikogude valimistel seoses valimisliitude kaotamisega. Nimetatud lahendi p-s 16 sedastas Riigikohus, et „Valimiste ühetaolisuse põhimõte, koosmõjus PS §-st 12 tuleneva võrdse kohtlemise põhimõttega, tähendab passiivse valimisõiguse puhul kõigile kandidaatidele võrdsete võimaluste tagamist nii valimistel kandideerimiseks kui ka valimisedu saavutamiseks“. Riigikohus leidis, et omaaegne valimisliitude kaotamine kohaliku omavalitsuse volikogude seaduses pole proportsionaalne võrdsuspõhiõiguse piirang, sest see polnud Riigikohtu hinnangul mõõdukas (lahendi p-d 29 – 36). Riigikohus hindas oma analüüsis piirangu intensiivsuse astet, kaasa arvatud piiratud väärtuste suurust (kandideerimisõigus ja kohalik autonoomia) võrrelduna valimisliitude kaotamise eesmärgi taga oleva väärtusega (poliitilise vastutuse tagamise vajadus) ning leidis, et piiranguga saavutatav kahju (kahjustatud saanuks võrdne võimalus kandideerida ja kohaliku omavalitsuse autonoomia) on suurem kui saavutatav kasu (suurendada poliitilist vastutust volikogudes).¹²⁵

Kui eralist võrdsuspõhiõigust on piiratud proportsionaalselt (piirang on kohane, vajalik ja mõõdukas), on võrdsuspõhiõiguse piirang põhiseaduspärane. Kuigi käesolevas töös on fookuses diskrimineerimiskeeluga seonduvate võrdsuspõhiõiguste riive põhiseaduspärasuse analüüs, tasub vahemärkusena välja tuua, et üldise võrdsuspõhiõiguse piirangu puhul on pikka aega peetud piisavaks õigustuseks piirangu mõistlikkust ning just eriliste, sealh diskrimineerimiskeeluga seotud võrdsuspõhiõiguste puhul on nõutav olnud ka piirangu proportsionaalsuse kontroll. Põhiseaduse kommenteeritud väljaande viiendas, 2020. a väljaandes aga tõdetakse, et vahetegu § 12 lg 1 esimese ja teise lause (ehk üldise võrdusõiguse ja diskrimineerimiskeeluga seotud võrdsuspõhiõiguste) vahel ei ole põhjendatud. Samas ei ole Riigikohus võrdsuspõhiõiguste põhiseaduspärasuse hindamise juures olnud kuigi järjepidev – küsimus on selles, kas hinnata ainult piirangu mõistlikkust või ka selle proportsionaalsust. Viimase aja kohtupraktika näitab pigem, et

¹²⁴ Raamat „Inimõigused“ . – Arvutivõrgus

<https://www.inimoigusteraamat.ee/raamat/inimoiguste-raamat/18-vanemaealiste-inimeste-oigused/3-vanuseline-diskrimineerimine-ja>

¹²⁵ RKHK 3-4-1-1-05

sellest seisukohast on üldjuhul siiski loobunud ja hinnata tuleb mõistliku ja asjakohase põhjuse olemasolu.¹²⁶ Riigikohus on aga oma 2011 aasta lahendi nr 3-4-1-12-10 p-s 35 leidnud, et „... ei ole mõistlikku põhjust kontrollida PS § 12 lõike 1 võrdsuspõhiõiguse riive proportsionaalsust teisiti kui vabadusõiguste riive proportsionaalsust. Nii meelevaldsuse ehk asjakohase ja mõistliku põhjuse kui ka proportsionaalsuse ehk legitiimse eesmärgi saavutamiseks sobivuse, vajalikkuse ja mõõdukuse kontrolli tulemus on põhiseaduslikkuse mõttes sama.“¹²⁷

Võrdsuspõhiõigus on põhiõigus ja PS § 11 lubab igat põhiõigust – seega ka võrdsuspõhiõigust piirata, kui see on vajalik (see on põhiseaduse tõlgenduses proportsionaalsuse põhimõtte väljendus) – seega saab Eestis ka võrdsuspõhiõigust piirata ainult proportsionaalsuse põhimõtet järgides. Kuivõrd võrdsuspõhiõiguste piirangu põhiseaduspärasuse juures ei ole lõpuni selge, kas iga ebavõrdse kohtlemise juures hinnata ainult selle piirangu mõistlikkust või ka proportsionaalsust, selgitatakse alljärgnevalt, miks positiivsete erimeetmete kohaldamiseks peab olema kehtestatud sõnaselge proportsionaalsuse nõue.

Soolise võrdõiguslikkuse seaduse kommenteeritud väljaandes on toodud, et positiivseid meetmeid saab rakendada järgmistel eesmärkidel ja tingimustel:

- 1) ära hoida, vähendada või heastada hoiakutest, käitumismallidest, tavadest ning sotsiaalsetest struktuuridest tingitud ebasoodsamat olukorda, võimalikku diskrimineerimist ja ebavõrdsust;
- 2) kiirendada teatud grupi olukorra parandamist ning de facto võrdsuse saavutamist tööelu, hariduse ja sotsiaalteenustega seotud valdkondades või
- 3) saavutada ühiskonnas selliseid kultuurilisi muudatusi, mis toetaks stereotüüpide ja müütide kummutamist, eelarvamuste, alandamise ja vägivalla vähendamist jms.

VõrdKS-i § 6¹²⁸ täpsustab positiivsete meetmete rakendamise tingimusi:

¹²⁶ A. Kivioja, K. Müller, L. Oja. PõhiSK § 12/ 4. – Eesti Vabariigi põhiseaduse Komm vlj. 2020. – Arvutivõrgus: <http://www.pohiseadus.ee>

¹²⁷ RKPJK 3-4-1-12-10

¹²⁸ § 6. Positiivsed meetmed

Käesolev seadus ei piira selliste meetmete rakendamist, mille eesmärk on vähendada või vältida käesoleva seaduse § 1 lõikes 1 nimetatud tunnusest tulenevat ebavõrdsust. Selliselt rakendatavad meetmed peavad olema proportsionaalsed taotletava eesmärgiga.

- 1) objektiivselt põhjendatav – sellega taotletav eesmärk teenib olemasoleva olukorra parandamist ning lähtub statistilistest ja muudest andmetest;
- 2) proportsionaalne taotletava eesmärgiga, k.a. asjaolu, et valitud vahend piirab võimalikult vähe teiste inimeste põhiõigusi;
- 3) rakendatakse kuni ühe või teise ebavõrdsuse liigi kaotamiseni ehk eesmärgi saavutamiseni ehk nad on ajutise iseloomiga¹²⁹;
- 4) seda võivad rakendada riigi- ja kohaliku omavalitsuse asutused, haridusasutused ja tööandjad.

Sisuliselt tähendab see, et positiivse meetme sisu ja vorm peavad vastama kogu peatükis 2 toodud teooriale ehk ei tohi ületada eesmärkide saavutamiseks vajalikku ning sellest saadav kasu kaalub üles *de facto* ebavõrdsuse, mille põhjustab ühe grupi eeliskohtlemine kõigi teiste suhtes.¹³⁰

Eepool toodu peegeldub ka näiteks naiste diskrimineerimise kõigi vormide likvideerimise konventsiooni positiivseid erimeetmeid puudutavates üldsoovitustes (General recommendation No. 25), kus avatakse proportsionaalsuse kontrolli sisu. Selle järgi peaksid osalisriigid (kaasa arvatud Eesti) ajutiste erimeetmete rakendamisel naiste tegeliku või sisulise võrdõiguslikkuse saavutamise kiirendamiseks analüüsima naiste olukorra konteksti kõigis eluvaldkondades, aga ka konkreetses sihtvaldkonnas. Nad peaksid hindama ajutiste erimeetmete võimalikku mõju seoses konkreetse eesmärgiga oma riigi kontekstis ja võtma need ajutised erimeetmed, mida nad peavad kõige sobivamateks, et kiirendada naiste *de facto* või sisulise võrdõiguslikkuse saavutamist. Osalisriigid peaksid selgitama ka põhjuseid, miks nad eelistasid ühe meetmetüübi teisele. Selliste meetmete kohaldamise põhjendus peaks sisaldama naiste tegeliku eluolukorra kirjeldust, sealhulgas tingimusi ja mõjusid, mis kujundavad nende elu ja võimalusi – või teatud naiste rühma, kes kannatavad mitme erineva diskrimineerimise all.

Samal ajal tuleks selgitada selliste erimeetmete seost üldiste meetmete ja jõupingutustega naiste positsiooni parandamiseks.

¹²⁹ 23.10.2009 jõustunud seadusemuudatustega täiendati SoVS § 5 lg 2 p 5 sõnastust, lisades seaduse teksti õigusselguse eesmärgil sõnaselgelt, et vastavad meetmed peavad olema ajutised

¹³⁰ [Glossary - Regional Policy - European Commission \(europa.eu\)](https://european-council.europa.eu/media/e300042c-3254-4f23-b960-b40dafa4da94/po/1/1_en.pdf) The principle is enshrined in the Treaty on European Union under Article 5

Sama komitee soovib osalisriikidel esitada statistilised andmed, mis on liigendatud soo järgi, et mõõta meetmete edusamme naiste tegeliku ja sisulise olukorra kontekstis. Osalisriigid peaksid esitama aruande ajutiste erimeetmete liikide kohta, mis on võetud konkreetsetes valdkondades vastavalt konventsiooni asjakohastele artiklitele. Aruandlus vastava(te) artikli(te) alusel peaks sisaldama viiteid konkreetsetele eesmärkidele ja sihtidele, ajakavadele, konkreetsete meetmete valimise põhjustele, naistele sellistele meetmetele juurdepääsu võimaldamise meetmetele ning rakendamise ja edenemise jälgimise eest vastutavale institutsioonile. Osalisriikidel palutakse ka kirjeldada, kui paljusid naisi meede mõjutab, kui paljud pääseksid ajutise erimeetme tõttu teatud valdkonda ja osaleksid selles või kui palju ressursse ja võimu selle eesmärk on jagada naiste arvule, ja millise aja jooksul.¹³¹

Seega võib järeldada, et proportsionaalsuse nõue tuleneb EL ja rahvusvahelisest õigusest ning põhiseadusest ja on ka Eesti positiivseid meetmeid puudutavas seadusandluses toodud. Tähtis on pidada silmas, et igasugune positiivne meede peab olema proportsionaalne. Seega on otstarbekas tuua see seadusandluses välja kui üldnõue igas positiivseid meetmeid puudutavas sättes. Meetme proportsionaalsuse hindamisel on väga oluline, et need oleksid selgelt ja faktiliselt põhistatud. Kaaluda võiks seadusesse tingimuse lisamist, et ebavõrdsus peab olema ilmne ning selle seotus kaitstava tunnusega selgelt ära põhjendatud.

Näiteks Euroopas rakendust leidnud valimisnimekirjade sookvootide eesmärk on kunstlikult läbi valimiste mõjutamise vähendada ühiskonnas olevat diskrimineerimist naiste suhtes, andes seeläbi naistele paremad võimalused täita oma poliitilisi ambitsioone ilma, et ühiskonnas olevad stereotüübid neid takistaks. Oluline on mõista, et sookvoot on abinõu, mille eesmärk on mõjutada ühiskonnas olevaid stereotüüpe, mis takistavad ühe ühiskondliku grupi (naised) esindatust poliitikas läbi kunstliku numbritega manipuleerimise. Saavutatud number ise ei ole omaette eesmärk, vaid osa suuremast eesmärgist.

Olles väitnud, et sookvoodid on vahend, millegi saavutamiseks, tuleb anda sellele taust. Esindatuse kontseptsioon on tänapäeva demokraatia tuumaks, mis tähendab, et inimeste üldhuvid väljenduvad

¹³¹ The Committee on the Elimination of Discrimination against Women. General recommendation No. 25, on article 4, paragraph 1, of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, on temporary special measures, artikkel 19

demokraatlikult valitud esindajate kaudu. Seega on õigus olla esindatud ja õigus valida esindajat muutunud üldlevinud põhiõiguseks, mis peab olema põhiseadusega garanteeritud. Siin tasub eriti silmas pidada, et üldise valimisõiguse järk-järgulise kehtestamise käigus lasti esialgu vaid meestel hääletada, mis tähendab, et ühel ühiskondlikul grupil on teise ees edumaa.¹³²

Üldise võrdsuspõhiõiguse sätestab põhiseaduse § 12 lg 1¹³³. Eelmainitud paragrahvi esimene lause sätestab, et „kõik on seaduse ees võrdsed.“ Sõnastus väljendab seega võrdsust õiguse kohaldamisel. Õiguse kohaldamise võrdsus näeb ette kehtivate seaduste rakendamist erapooletult ja kõigile kodanikele ühte moodi.¹³⁴ Seega tasub silmas pidada just sookvootide teema seisukohast, et seadus peaks kehtima kõigile kodanikele ühte moodi.

Oluline on märkida, et eristada tuleb õiguslikku ja faktilist võrdsust. Õiguslik võrdsus tähendab, et õiguskord kohtleb kõiki ühtviisi (kõik on seaduse ees võrdsed). Faktiline võrdsus tähendab võrdsust tegelikkuses. Iga avaliku võimu abinõu, mille eesmärk on faktilise võrdsuse suurendamine, suurendab ühtlasi õiguslikku ebavõrdsust.¹³⁵

Tagasi tulles üldise võrdsuspõhiõiguse sisu juurde on tähtis lisada, et võrdsuspõhimõte ei tähenda skemaatilist võrdsustamist. Näiteks ei nõua üldine võrdsuspõhimõte kõigile ühesuguse maksu kehtestamist, sõltumata varast ja suutlikkusest, vaid ka välistab selle. Võrdsus ei tähenda seega formaalset ehk skemaatilist võrdsust, vaid ainult materiaalselt võrdsust, mille võib võtta kokku tuntud lausega: „võrdseid tuleb kohelda võrdselt ja ebavõrdseid ebavõrdselt.“¹³⁶ Eelnev lause on oluline lahti seletada seondvalt sookvootide kehtestamisega valimistel. Üks võimalusi lahti seletada ebavõrdselt kohtlemise keelu eri variante, et tegu on keeluga kohelda olulistelt tunnustelt võrdseid meelevaldselt ebavõrdselt.¹³⁷ PS § 12 lõige 1 esimese lause põhitähendus seisneb meelevaldse ebavõrdse kohtlemise keelus.¹³⁸

¹³² Sotsiaalministeerium. Selgitav memorandum 2015 - Arvutivõrgus : <http://www.sm.ee/et/selgitav-memorandum>

¹³³ M. Ernits. PõhiS §12/1.2 – Arvutivõrgus: <http://pohiseadus.ee/ptk-2/pg-12/>

¹³⁴ R. Alexy. Põhiõigused Eesti põhiseaduses - Juridica Eriväljaanne 2001 – Arvutivõrgus:http://www.juridica.ee/juridica_et.php?document=et/articles/2001/Eriv%C3%A4ljaanne/46657.PRN.prv.php

¹³⁵ M. Ernits. PõhiS §12/1.6 – Arvutivõrgus: <http://pohiseadus.ee/ptk-2/pg-12/>

¹³⁶ Alexy 2001

¹³⁷ Alexy 2001

¹³⁸ Alexy 2001

3.2 Positiivsete meetmete kehtestamise ajutisus Eesti õigussüsteemis

Ajutisus on positiivsetele meetmele olemuslikult lahutamatu eeldus ja peab olema välja toodud igas positiivse meetme volitus- või kirjeldusnormis.¹³⁹ See kohustab taoliste meetmete kasutusele võtjat aeg-ajalt saavutatut üle vaatama, et erimeetmete rakendamine lõpetada juhul, kui eesmärgid on saavutatud. Hetkel on ajutisuse eeldus ainult soolise võrdõiguslikkuse seaduses, aga peaks olema ka võrdse kohtlemise seaduses.

Naiste diskrimineerimise kõigi vormide likvideerimise konventsiooni soovitusel märgivad, et konventsiooni artikli 4 lõiget 1 puudutav avab lähemalt positiivsete erimeetmete "ajutise" olemuse. Tähtis on mõista, et kuigi selliseid meetmeid ei tohi pidada igavesti vajalikuks, võib sõna „ajutine” tähendus tegelikult kaasa tuua selliste meetmete kohaldamise pikka aega. Ajutise erimeetme kestus tuleks määrata selle funktsionaalse tulemuse järgi konkreetsele probleemile reageerimisel, mitte etteantud aja möödudes. Ajutised erimeetmed tuleb katkestada, kui nende soovitud tulemused on saavutatud ja need on teatud aja jooksul säilinud. Näiteks koolituskampaania kasutegur võib olla kontrollitav pikema aja jooksul, sest ära tuleb oodata kui piisavalt palju alaesindatud rühma esindajaid on läbinud koolituse, et siis alles hinnata, kas nende esindatus tööturul vastaval erialal on paranenud. Kvoodi või *tie break* erimeetme efektiivsust saab aga hinnata lühema aja jooksul. Kvootide puhul tekib siiski küsimus, kui kehtestada, et näiteks Riigikogus peab olema 60%/40% sugude tasakaal ja see saavutatakse, kas oleks loogiline meede kaotada või jätta see kehtima ka tulevikuks kui põhimõte? Antud juhul võiks kehtestada vastava erandi.

3.3. Positiivsete meetmete vastavus Eesti põhiseadusega

Riigikohus on seisukohal, et riigil ei ole keelatud kõrvaldada või leevendada õiguslikust võrdsusest tulenevat faktilist ebavõrdsust õiguslike meetoditega. Teatud juhtudel on see suisa kohustuslik. Näiteks on Riigikohtu üldkogu pidanud põhiseadusvastaseks regulatsiooni, mille järgi kodakondsuse taotlemisel ei vabastatud keeleksamist halva kuulmisega isikut, mistõttu viimane

¹³⁹ SoVS Komm vlj.

pidanuks keeleeksami tegema võrdselt normaalse kuulmisega isikutega (RKHKo 20.10.2008, 3-3-1-42-08, p 27).¹⁴⁰

Eesti põhiseaduse § 12 lg 1 teisest lausest tuleneb muu hulgas soolise diskrimineerimise keeld. Samas ei sisalda põhiseadus erinevalt paljudest teistest riikidest soolise võrdõiguslikkuse edendamist puudutavat klauslit. Kui võrdse kohtlemise põhimõtte alla paigutada nii õigusliku kui ka faktilise võrdsuse põhimõtte, viib see paradoksini, kus ühe printsiibi kohaselt võrdne kohtlemine on vastavalt teisele ebavõrdne kohtlemine ja vastupidi. Põhiseaduse kommenteeritud väljaandes on asutud seisukohale, et põhiseaduses sisalduvad võrdsuspõhiõigused ei ole sobivad positiivsete erimeetmete põhiseaduslikuks õigustuseks, sest nende keskmes on süstemaatiliselt õiguslik võrdsus. Samas võib positiivsete erimeetmete põhiseadusliku alusena tulla kõne alla põhiseaduse § 27 lg 4, § 28 lg 4, § 50 või muud põhiseadusega kaitstavad väärtused koostoimes §-dega 13 ja 14. Samuti võivad põhiseaduse § 12 kommentaari autorite hinnangul positiivsete erimeetmete kohaldamise aluseks olla Euroopa Liidu õigusaktid.¹⁴¹

Riigikohus ei ole positiivse erikohtlemise lubatavust näiteks soolise võrdõiguslikkuse kontekstis seni käsitlenud. Siiski on Riigikohus põhiseaduse § 12 lg 1 esimesest lausest tuleneva üldise võrdsuspõhiõiguse sisustamisel lähtunud sisulise võrdsuse põhimõttest. Nii on Riigikohus leidnud, et võrdse kohtlemise põhimõtte järgimine “eeldab, et võrdses olukorras olevaid isikuid koheldakse võrdselt ning ebavõrdses olukorras olevaid isikuid ebavõrdselt. Nimetatud säte tähendab ka õigusloome võrdsust, mis nõuab üldjuhul, et seadused ka sisuliselt kohtleks kõiki sarnases olukorras olevaid isikuid ühtemoodi.” Riigikohus on asunud seisukohale, et teatud juhtudel on riigil kohustus kõrvaldada või leevendada õiguslikust võrdsusest tulenevat faktilist ebavõrdsust õiguslike meetoditega. See tähendab, et nn õigusliku võrdsuse ehk ühetaolise reguleerimise puhul, kui ei arvestata olukordade erisusi, võib tegemist olla võrdsuspõhiõiguse riivega. Seega on Riigikohus senises praktikas kohaldanud sisulise võrdsuse doktriini, mis lubab olukordade reguleerimisel arvestada faktilisi erisusi ja teatud juhtudel ka kohustab seda tegema.

Tähtis on silmas pidada, et PS võimaldab positiivsete meetmete rakendamist, olgugi, et PS § 12 seda ette justkui ei näe. Positiivsete erimeetmete kohaldamine on võimalik vaid juhul, kui selleks

¹⁴⁰ A. Kivioja, K. Müller, L. Oja. PõhiSK § 12. – Eesti Vabariigi põhiseaduse Komm vlj. 2020. – Arvutivõrgus: <http://www.pohiseadus.ee>

¹⁴¹ Albi, Laidvee, Papp, Sepper. SoVS Komm vlj. Tallinn 2010, lk 63

tuleneb volitus Eesti põhiseadusest (eelkõige § 12 koostoimes §-dega 13 ja 14, kuid sõltuvalt erimeetme iseloomust ka teiste põhiseaduse sätetega). Nagu eespool märgitud, võivad positiivsed erimeetmed esineda väga erinevates vormides ning vastavad meetmed võivad olla intensiivsuse eri astmega. Seega tuleb igal kõnealusel juhul hinnata vastava positiivse erimeetme kooskõla SoVS § 5 lg 2 p-ga 5 ning põhiseadusega.

Eestis on mõttekas see nõue sisse tuua. Näiteks Serbia Vabariigis ei reguleeri positiivset tegevust selgelt mitte ainult diskrimineerimiskeelu seadus, soolise võrdõiguslikkuse seadus, puuetega inimeste diskrimineerimise eest kaitsmise seadus, rahvusvähemuste õiguste ja vabaduste kaitse seadus ja mõned muud seadused, vaid ka Serbia Vabariigi põhiseaduses. Soolise võrdõiguslikkuse seaduse kohaselt peavad need erimeetmed olema kooskõlas põhiseaduse ja muude seadustega.

3.4 Positiivsete meetmete täiendavad piirid

Kui proportsionaalsuse, ajutisuse ja põhiseaduspärasuse nõuded on positiivsetele meetmetele osas lahutamatud, on hulk elemente, mille seadusesse lisamine aitaks oluliselt parandada nende meetmete rakendamise õigusselgust. Õigusselguse põhimõtte järgi peavad õigustloovad aktid olema selged ja üheselt mõistetavad ning põhjustama võimalikult vähe vaidlusi.¹⁴² Õigusselguse nõude kohaselt peaks igal mõistlikul inimesel olema, vajadusel asjakohase konsulteerimise abil, võimalik asjakohase selgusega mõista, millist käitumist temalt oodatakse. Riigikohus on märkinud, et „isiku õigusi piirava täitevvõimu otsuse kohtus vaidlustamise tingimused ja kord peab olema sätestatud seaduse tekstis sedavõrd selgelt, et sellest on kõrvalise abita ja kohtupraktikat uurimata võimeline põhijoontes aru saada iga keskmine tähelepanelik isik“¹⁴³

Eesti seadusetest puuduvad positiivsete erimeetmete regulatsioonid:

- 1) näitlik lahtine loetelu positiivsetest meetmetest;
- 2) täpsustus, millised võrdõiguslikkuse tagamise meetmed positiivsete meetmete alla ei kuulu;

¹⁴² Kivioja, Müller, Oja. PõhiSK § 12. – Eesti Vabariigi põhiseaduse Komm vlj. 2020.

¹⁴³ Kivioja, Müller, Oja. PõhiSK § 12. – Eesti Vabariigi põhiseaduse Komm vlj. 2020.

3) erandid üldisest regulatsioonist.

Näitlikku loetelu on seni kasutatud vaid mõnede riikide positiivseid meetmeid puudutavas seadusandluses. Siiski oleks mõistlik Eesti kontekstis nende lisamist kaaluda, kuna see võiks suurendada meetmete vajaduse mõistmist ja seeläbi julgustada ka tihedamat rakendamist.

Lahtine loetelu võiks olla jagatud viieks põhiosaks:

- 1) *Nn tie break* meetmed
- 2) Koolitused ja kampaaniad
- 3) Kvoodid
- 4) Hüved
- 5) Muud

Järgnevalt võiks olla seaduses täpsustus selle kohta, millised võrdõiguslikkuse edendamise meetmed ei kuulu positiivsete meetmete regulatsiooni alla. Abi võiks olla ka peatükis 2.2. toodud Suurbritannia regulatsioonist, mis toob erisuse positiivsete meetmete ning põhjendmatu ebavõrdse kohtlemise ning meetmete vahel, mis on võetud ühe konkreetse kaitstud rühma isikute kasuks ja millega ei kaasne teise kaitstud rühma kuuluvate isikute ebasoodsamat kohtlemist.

Lisada tuleb ka selgitada, mis on mõistlik abinõu, mis võrdõiguslikkuse kohustus ja kuidas erinevad need positiivsetest meetmetest. Viimaks võiks tuua ka erandid üldnõuetest nagu eelpool avatud ajutisuse täpsustus kvootide rakendamisel ja tõelise kutsealuse nõude erand.

Aluste (so nt sugu, rahvus, rass või nahavärv) ning rakendajate ring on Eestis määratletud ja küsimus on pigem, kas need on liiga kitsad. Aluste ringi suhtes tekib küsimus, kas ei oleks otstarbekas tagada võrdne kaitse erinevatele alustele, millest tulenevalt saaks neile ka positiivseid meetmeid võrdselt rakendada? Hetkel on soo, rahvuse (etnilise kuuluvuse), rassi või nahavärvuse alusel tagatud laiem kaitse kui usutunnistuse või veendumuste, vanuse, puude või seksuaalse sättumuse tõttu. Sellega on ka positiivsete meetmete rakedamise potentsiaal piiratud. Õnneks on Eesti positiivsete meetmete rakendajate ring jagatud laialt - positiivseid meetmeid võivad rakendada nii riigi- ja kohaliku omavalitsuse asutused (eelkõige soolise võrdõiguslikkuse ja võrdse kohtlemise volinik) kui ka haridusasutused ja tööandjad. Tasub märkida, et asjakohased mittediskrimineerimist ja ajutisi erimeetmeid käsitlevad õigusaktid peaksid hõlmama nii

valitsussektoreid kui ka eraorganisatsioone või ettevõtteid.¹⁴⁴ Näiteks on soovitatud rakendada positiivseid erimeetmeid hariduse, majanduse, poliitika ja tööhõive valdkonnas, et naised esindaksid oma valitsusi rahvusvahelisel tasandil ja osaleksid rahvusvaheliste organisatsioonide töös ning poliitilises ja avalikus elus. On rõhutatud, et riigid peaksid oma riiklikus kontekstis tugevndama selliseid jõupingutusi, eriti seoses hariduse kõikide aspektidega kõigil tasanditel, samuti koolituse, tööhõive ja avalikus ja poliitilises elus esindatuse kõigi aspektide ja tasemete osas.¹⁴⁵

Oluline on meeles pidada ka kohustuse tuletamise protsessi lisaks riigisisesele õigusele. Võtame Euroopa ärikoolide näite. Kui koolijuhid tegelevad õppejõudude soolise mitmekesisuse küsimusega, sõltuvad nad loomulikult riigisisesele regulatsioonile lisaks ka ELi õigusaktidest, mis keelavad soolise diskrimineerimise ja reguleerivad positiivsete erimeetmete kasutamist. Kõikides ELi liikmesriikides kehtivad õigussätted, mis lubavad, kuid ei nõua, et tööandjad võtaksid kasutusele positiivseid meetmeid. Kõik positiivsed meetmed ELis peavad vastama eelpool avatud Euroopa Liidu Kohtu pretsedendiõiguses sätestatud tingimustele. Kõige olulisemad neist on (1) et meede oleks proportsionaalne, (2) et see neutraliseerib eelarvamuste ja stereotüüpide kahjulikke mõjusid ning (3) et automaatsed soopõhised eelistused positsioonide suhtes, näiteks tingimusteta prioriteedi andmine naissoost kandidaadid tööle või edutamiseks, ei ole lubatud, isegi kui naiskandidaat on sama kvalifikatsiooniga kui parima kvalifikatsiooniga meeskandidaat. Automaatsed soopõhised eelistused seoses võimalustega arendada konkreetseid pädevusi on lubatud juhul, kui on täidetud kaks esimest tingimust. Eelneva põhjal saab eeldada, et enamikul Euroopa ärikoolide juhtidest, vähemalt neil, kes asuvad EL-i riikides, on põhimõtteliselt seaduslikult lubatud võtta vastu terve rida positiivseid meetmeid, aga mitte neid, mis annavad naiskandidaatidele tingimusteta prioriteedi.¹⁴⁶

Viimase märkusena võiks kaaluda Eestis ka eraldi positiivsete erimeetmete kehtestamise määrase vastu võtmist eelpool toodud Belgia näitel mõnes kindlas valdkonnas või üleüldse täpsustamaks positiivsete erimeetmete kohaldamise kontrollmehhanisme. Riigid peaksid lisama oma

¹⁴⁴The Committee on the Elimination of Discrimination against Women. General recommendation No. 25, on article 4, paragraph 1, of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, on temporary special measures. p 31

¹⁴⁵ Ibid

¹⁴⁶ Roseberry, Remke, Klæsson, Holgersson. 2016, lk 20

põhiseadustesse või riigisisestesse õigusaktidesse sätteid, mis võimaldavad võtta ajutisi erimeetmeid. Seda enam, et riigid peaksid andma ka selgitusi ajutiste erimeetmete kasutusele võtmata jätmise kohta. Nagu eelnevalt mainitud, kutsutakse osalisriike üles andma üksikasju ajutisi erimeetmeid käsitlevate õigusaktide kohta ja eelkõige seda, kas sellised õigusaktid näevad ette ajutiste erimeetmete kohustuslikku või vabatahtlikku olemust.¹⁴⁷

Nagu eelnevalt mainitud Slovakkia näide, kus erimeetmeid vastu võtvad üksused on kohustatud esitama Slovakkia riiklikule inimõiguste keskusele nende kohta aruandeid.¹⁴⁸

3.5 Ettepanek seaduse muutmiseks ja soovitud positiivsete meetmete kohaldamiseks

Õigusaktid jäävad positiivsete meetmete peamiseks tõukejõuks. Muud peamised tegurid on altruistlikud põhjused, moraalsed/eeetilised kaalutlused, ärilised põhjused, demograafilised muutused, ettevõtte sotsiaalne vastutus, organisatsiooniline poliitika ja rohujuuretasandi jõupingutused.¹⁴⁹ Sissejuhatuses toodud eesmärgi väärtuseks on see, et kõik, kellel on pädevus või kohustus positiivseid meetmeid rakendada, saaksid seda teha ensekindlamalt, omades ülevaatlikumat pilti nende piiridest. Teisest küljest võib töö olla aga kasulik ka seadusandjale, kes saab positiivseid meetmeid puudutavat regulatsiooni muuta ja täpsustada.

Et töö täidaks seda funktsiooni paremini, on käesoleva alapeatüki ettepanekud koostatud soovitude vormis, milline võiks välja näha praegu kehtiva riigisisese saedusandluse valguses detailine positiivsete meetmete regulatsioon ning ning mida sinna veel lisada võiks.

Autori ettepanek positiivseid meetmeid reguleeriva seadussätete sõnastuseks:

- 1) Positiivsed erimeetmed on ajutised ja proportsionaalsed võrdõiguslikkust edendvad meetmed, mille eesmärk on vähendada või vältida diskrimineerimist soo, rahvuse (etnilise kuuluvuse), rassi, nahavärvuse, usutunnistuse või veendumuste, vanuse, puude või seksuaalse sättumuse põhjal.

¹⁴⁷ ¹⁴⁷The Committee on the Elimination of Discrimination against Women. General recommendation No. 25, on article 4, paragraph 1, of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, on temporary special measures. p 32

¹⁴⁸ according to legal order in **Act No. 365/2004**

¹⁴⁹ Albi, Laidvee, Papp, Sepper. SoVS Komm vlj. Tallinn 2010, lk 63

- 2) Positiivsete erimeetmete rakendamine pole ka välistatud muude tunnuste, eelkõige perekondlike kohustuste täitmise, sotsiaalse seisundi ja töötajate huvide esindamise või töötajate ühingusse kuulumise, keeleoskuse või kaitseväeteenistuse kohustuse tõttu
- 3) Positiivse erimeetme rakendamisel peab:
 - a) esinema ilmne ebavõrdsus, mis on faktiliselt tõestatav ehk põhjendatud peab olema, milles seisneb kaitstud tunnusega seotud halvemus, mida eeliskohtlemise kaudu soovitakse ületada (pelgalt alaesindatuse fakt üksi ei pruugi olla piisav);
 - b) tagama, et sisu ja vorm ei ületaks eesmärkide saavutamiseks vajalikku;
 - c) kindlaks tegema, et sellest saadav kasu kaalub üles ebavõrdsuse, mille põhjustab ühe grupi eeliskohtlemine kõigi teiste suhtes ja et meede piira asjatult teiste õigusi;¹⁵⁰
 - d) meede olema oma olemuselt ajutine ja kaduv niipea, kui eesmärk on saavutatud,
 - e) olema kooskõlas põhiseadusega.
- 4) Positiivsete erimeetmete rakendamise kohustus on võrdsete võimaluste volinikul. Riigi- ja kohaliku omavalitsuse asutustel, haridusasutusel ja tööandjatel on pädevad ja kohustatud positiivseid meetmeid rakendama võrdõiguslikkuse edendamiskohustuse täitmise ühe osana.
- 5) Positiivsete erimeetmete hulka kuuluvad muuhulgas:
 - a) Värbamispoliitikad, mis näevad ette võimaluse eelisjärjekorras kaitstava tunnusega gruppi kuuluva kandidaadi edutamiseks või tööle võtmiseks eeldusel, et kandidaati ei eelistata automaatselt ja et kandideerijaid hinnatakse objektiivselt ja võetakse arvesse kõigi kandidaatide konkreetset olukorda.
 - b) Kvoodid, mis sätestavad kindla arvu alaesindatud grupi liikmeid teatavatel kohtadel. Kvootide alla käib näiteks ka nõue, mille kohaselt teatud väljaõpet nõudvatel erialadel, kus naised on alaesindatud ning kus riigil ei ole väljaõppe korraldamisel monopoolset seisundit, eraldatakse vähemasti pooled koolituse kohtadest naistele, kui sellise meetme eesmärk on kõrvaldada naiste alaesindatust.
 - c) Koolitused ja kampaaniad, mis on suunatud ebasoodsas olukorras oleva grupi julgustamisele ja abistamisele ja olukorra parandamisele nii kindla eriala, kui ka laiemas kontekstis.
- 6) Positiivsed erimeetmed ei ole:

¹⁵⁰ [Glossary - Regional Policy - European Commission \(europa.eu\)](#) The principle is enshrined in the Treaty on European Union under Article 5

- a) Mitmed võrdõiguslikkuse kohustused nagu võrdõiguslikkuse kavad või diskrimineerimisvastased poliitikad, mis on tihti tegelike meetmete rakendamise eeltingimused.
 - b) Mõistlikud abinõud, mis on positiivne juriidiline kohustus teha vajalik ja asjakohane muudatus või kohandamine, et puudega inimene saaks nautida või teostada oma õigusi seal, kus täielikku juurdepääsetavust ei ole saavutatud.
- 7) Erandid positiivsete erimeetmete kohaldamisel:
- a) Seadusega sätestatud soolise kvoodi nõue võib kehtida ka pärast eesmärgi saavutamist eeldusel, et see on sooneutraalne.
 - b) Positiivset meedet ei rakendata olukorras kui grupi alaesindatus tuleneb tõelise kutsealuse nõude olemasolust ehk olukorrast kui elukutse nõuab spetsiifilisi omadusi, mis kuuluvad eranditult kindlate gruppide esindajatele kui loomupärased omadused

Selleks, et muuta positiivsete erimeetmete rakendamine Eestis veelgi efektiivsemaks, teeb autor järgmised soovitused:

- 1) Aluste ühtlustamine võrdset kohtlemist käsitlevates seadustes.
- 2) Täpsem positiivsete erimeetmete defineerimine. Täpsema määratluse leiab näiteks Suurbritannias, kus positiivsed meetmed on selgesõnaliselt eraldatud positiivsest diskrimineerimisest, mis on ebaseaduslik. Täpsemalt eristab see kolme tüüpi toiminguid:
 - a) meetmed, mis on võetud ühe konkreetse kaitstud rühma isikute kasuks ja millega ei kaasne teise kaitstud rühma kuuluvate isikute ebasoodsamat kohtlemist on tavaliselt seaduslikud. Teenusepakkujate jaoks võib see hõlmata samme teenustest teavitamise ja neile juurdepääsu parandamiseks, teenuste kohandamist kaitstud rühma konkreetsetele vajadustele vastavaks või töötajate koolitamist selliste vajaduste äratundmiseks. Selliseid tegevusi ei klassifitseerita aga positiivseks meetmeks.
 - b) Teiseks on tegevused, mis jäävad seaduse positiivse meetmete sätete raamidesse. Need toimingud on seaduslikud ainult siis, kui need vastavad positiivse tegevuse seaduses sätestatud tingimustele ega ületa piiranguid.
 - c) Kolmandaks on meetmeid – mida sageli nimetatakse positiivseks diskrimineerimiseks – mis hõlmavad ebavõrdsuse vähendamiseks eeliskohtlemist ebasoodsas olukorras või alaesindatud

rühma liikmetele, kellel on mõni kaitstud omadus. Need toimingud ei vasta aga positiivse tegevuse kohustuslikele nõuetele (näiteks proportsionaalsus) ja on ebaseaduslikud, välja arvatud juhul, kui kohaldatakse seadusest tulenevat erandit (nt seotud erakondade või heategevusorganisatsioonidega).¹⁵¹

3) Täpsemalt määratletud positiivsete erimeetmete hindamis-ja kontrollsüsteem – määrata võrdsete võimaluste volinik eksperdiks kes hindab koostöös teiste õigusjärelvalvaorganitega positiivse meetme sobivust.

¹⁵¹ EQUALITY ACT 2010: WHAT DO I NEED TO KNOW? A QUICK START GUIDE TO USING POSITIVE ACTION IN RECRUITMENT AND PROMOTION. – Arvutivõrgus: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/85014/positive-action-recruitment.pdf

Kokkuvõte

Käesoleva magistritöö **uurimisprobleemiks** oli uurida, kas positiivsete erimeetmete mõiste ja kohaldamise piirid on Eesti õiguses liiga üldiselt ja seega ebapiisavalt avatud? Magistritöö **eesmärk** on avada positiivsete erimeetmete õiguslikke piire, lähtudes mõttest, et kui Eesti riigile ja selle erinevatele institutsioonidele on antud üldiselt määratletud kohustus ja pädevus võrdset kohtlemist läbi positiivsete erimeetmete rakendamise edendada, siis oleks selle üldiselt määratletud pädevuse efektiivsemaks praktiseerimiseks vajalik ka parem arusaamine selle sisust ja piiridest. Selles parema selguse saamiseks otsis autor vastuseid järgmistele **uurimisküsimustele**:

1. Mis on positiivsed erimeetmed ja nende põhjendatus võrdse kohtlemise teooriate valguses?
2. Mis on positiivsete erimeetmete õiguslik sisu, ulatus?
3. Millised on positiivsete erimeetmete õiguslikud piirid Eestis ja kuidas neid meetmeid rakendada, sh tulenevalt väilslepingutest?

Positiivsed erimeetmed tulenevad sisulise võrdsuse saavutamise põhimõttest, mis võtab arvesse olemasolevat sotsiaalset ebavõrdsust ja nõuab meetmete kasutusele võtmist sellise olukorra parandamiseks. Selle taga on idee, et inimeste samasugune kohtlemine, hoolimata eelnevalt eksisteerinud ebasoodsast olukorrast või diskrimineerimisest, võib ebavõrdsust suurendada, mitte vähendada.¹⁵² Isegi kui see võib tunduda vastuolulisena on „võrdsus” ja „võrdsed õigused” tegelikult erinevad mõisted ja seega võivad diskrimineerimisvastased õigusaktid sisaldada ka erinevat kohtlemist.¹⁵³ Euroopa Liit määratlebki positiivset tegevust võrdõiguslikkuse erandina. Nii asutamislepingud (sätestatud Euroopa Liidu toimimise lepingu artikli 157 lõikes 4) kui ka võrdõiguslikkuse direktiivid on sõnastatud viisil, et nende meetmete kehtestamine on erand

¹⁵² FREDMAN, S., *Human rights transformed Positive Rights and Positive Duties*, New York: Oxford University Press, 2008, p. 178.

¹⁵³ CORNIDES, J., „Three Case Studies on Anti-Discrimination”, *The European Journal of International Law*, vol. 23, n° 2, 2012, p. 527.

võrdsest kohtlemisest, mida liikmesriigid on vabad kehtestama, et tagada „täielik võrdsus praktikas”.

Positiivsete erimeetmete kohaldamine lubatav, kui see aitab tasakaalustada stereotüüpsetest hoiakutest ja käitumisest johtuvat kahjulikku mõju naiskandidaatidele ning vähendada ühiskondlikus elus esinevat tegelikku ebavõrdsust.¹⁵⁴

Riigikohus ei ole positiivse erikohtlemise lubatavust soolise võrdõiguslikkuse kontekstis seni käsitlenud,¹⁵⁵ kuid on siiski asunud seisukohale, et teatud juhtudel on riigil kohustus kõrvaldada või leevendada õiguslikust võrdsusest tulenevat faktilist ebavõrdsust õiguslike meetoditega.¹⁵⁶

Termin "positiivne erimeede" omab laia tähenduste spektrit ja hõlmab erineva intensiivsusega meetmeid. Nende alla lähevad kvoodid, kvantitatiivseid eesmärgid ja tähtaegu seadvad tegevuskavad, võrdõiguslikkuse süvalaiendamine poliitika- ja otsustusprotsessis, rahaline toetus, samuti koolitus ja mitterahaline toetus, teavitusprogrammid, mis pakuvad teavet, tuge ja koolitust on, sooduskohtlemine”, millega antakse tingimusteta või tingimustega eelistus alaesindatud rühmadele sellistes valdkondades nagu tööhõive, haridus, teenused on kõik erinevad viisid, kuidas positiivseid erimeetmeid rakendada.¹⁵⁷

Hetkel puudubki lõplik loetelu selle kohta, mis on positiivne meede. Mõne liikmesriigi õigusaktides on positiivsete meetmete loetelu toodud avatud nimekirjana, kuid see pole kaugeltki täit ülevaadet andev. Positiivsetel erimeetmetel on ka omad piirid. Samuti ei ole nad ainsad võrdõiguslikkuse tagamise sammud. Positiivsed erimeetmed peaksid vastama parandatavale olukorrale; olema legitiimsed ja vajalikud demokraatlikus ühiskonnas; austama õigluse ja proportsionaalsuse põhimõtet ning olema ajutised.

Ebaproportsionaalselt kohaldatud positiivne erimeede on ebaõiglane ehk muutub ebaõiglaseks sooduskohtlemiseks. ELi õiguse alusel selle eristamise oluline võti on see, kas meede on proportsionaalsuse põhimõttega kooskõlas või mitte. Sisuliselt tähendab see, et tegevuse sisu ja

¹⁵⁴ SoVS Komm vlj.

¹⁵⁵ RKÜKo 10.12.2003, nr 3-3-1-47-03, p 24

¹⁵⁶ RKÜKo 10.12.2003, nr 3-3-1-47-03, p-d 25–26; RKHKo 20.10.2008, nr 3-3-1-42-08, p 27

¹⁵⁷ Rg töö38 + See European Commission, Communication from the Commission to the European Parliament and the Council on the interpretation of the judgment of the Court of Justice on 17 October 1995 in Case C-450/93, Kalanke v Freie Hansestadt Bremen (1996) COM(96)88 final, 9-10

vorm ei tohi ületada eesmärkide saavutamiseks vajalikku ning sellest saadav kasu kaalub üles *de facto* ebavõrdsuse, mille põhjustab ühe grupi eeliskohtlemine kõigi teiste suhtes.¹⁵⁸ Kuigi proportsionaalsuse nõue ei pruugi olla selgelt toodud kõigis positiivseid meetmeid puudutavates sätetes, on see alati tuletatav põhiseadusest.

Euroopa Kohus on rõhutanud proportsionaalsuse põhimõtte järgimise kohustust, kui tegemist on võrdse kohtlemise põhimõtte piiramisega. Positiivsete erimeetmete rakendamisel tuleb silmas pidada, et soost tingitud automaatne eeliskohtlemine ei ole kooskõlas võrdse kohtlemise põhimõttega, seda ka juhul, kui kandidaatidel on võrdne kvalifikatsioon. Euroopa Kohus on leidnud, et meetmed, mis näevad ette võimaluse eelisjärjekorras naissoost kandidaadi edutamiseks avaliku teenistuse sektorites, kus naised on alaesindatud, on kooskõlas ühenduse õigusega, kui need ei eelista naisi automaatselt ning tingimusteta olukorras, kus nais- ja meessoost kandidaadid on võrdselt kvalifitseeritud ning kui kandideerijaid hinnatakse objektiivselt, nii et võetaks arvesse kõigi kandidaatide konkreetset olukorda.¹⁵⁹

Võrdse kohtlemise põhimõttega on kooskõlas riigisisene nõue, mille kohaselt nähakse võrdõiguslikkuse kavas ette siduvad eesmärgid akadeemilise teenistuse ning assistentide kohtadele ning mis sätestavad naiste minimaalse osalusprotsendi, mis sõltub naiste osakaalust lõpetajate, kraadiomanike ning iga teadusdistsipliini tudengite seas. Vastav meede saab mõjutada otsustust vaid juhul, kui kandidaadid on võrdselt kvalifitseeritud. Ühenduse õigusega on kooskõlas riigisisene säte, mille kohaselt valdkondades, kus naised on alaesindatud, moodustavad intervjuule kutsututest 50% vastavat kvalifikatsiooni omavad naised, kes vastavad esitatud nõuetele, sest see aitab kaasa naiste ja meeste võrdsetele võimalustele. Samuti on võrdse kohtlemise põhimõttega kooskõlas riigisisene säte, mille kohaselt soovitatakse töötajate esindusorganite ning haldus- ja kontrollorganite koosseisu määratlemisel võtta arvesse eesmärki, et vähemasti pooled vastavate kogude liikmetest oleksid naised, kuna tegemist ei ole siduva kohustusega. Meetme proportsionaalsuse hindamisel tuleb ühtlasi silmas pidada, kas vaatamata püüdlusele saavutada *de facto* võrdsust, ei kaasne sellega traditsiooniliste soorollide taastootmine.

¹⁵⁸ [Glossary - Regional Policy - European Commission \(europa.eu\)](#) The principle is enshrined in the Treaty on European Union under Article 5

¹⁵⁹ SoVS Komm vlj.

Veel on Euroopa Kohus pidanud ühenduse õigusega kooskõlas olevaks nõuet, mille kohaselt teatud väljaõpet nõudvatel erialadel, kus naised on alaesindatud ning kus riigil ei ole väljaõppe korraldamisel monopolset seisundit, eraldatakse vähemasti pooled koolituse kohtadest naistele, kui sellise meetme eesmärk on kõrvaldada naiste alaesindatust. Selline piirang on lubatud juhul, kui vaatamata kohastele pingutustele teadvustada vabade kohtade olemasolu naissoost kandidaatide seas, ei laeku naistelt siiski osalemiseks piisavalt taotlusi. Viimaks on Euroopa Kohus juhtinud tähelepanu ka sellele, et soolist võrdõiguslikkust edendavate meetmete kohaldamine peab olema läbipaistev ning peab olema võimalik hinnata, missugust rolli sooline eristamine otsuse tegemisel mängib.¹⁶⁰

Kohus leidis ka, et võrdse kohtlemise põhimõttega on kooskõlas praktika, mille kohaselt ministeeriumis, mille koosseisus on naised märkimisväärselt alaesindatud, ning olukorras, kus puuduvad piisavad lastehoiuvõimalused, pakutakse töötajatele võimalust kasutada piiratud arvu subsideeritud lastehoiukohti, mis on üldjuhul reserveeritud naissoost ametnikele, samas kui meessoost ametnikel on võimalik kohti kasutada vaid hädaolukorras. Kohus tõi esile, et lastehoiukohtade puudus mõjutab enam naisi tööelust kõrvale jääma.¹⁶¹

Euroopa Kohus on leidnud, et riigil on teatud otsustusulatus, milliseid meetmeid on vaja kohaldada, et tagada naiste kaitse seoses raseduse ja sünnitamisega. Sellised meetmed on õigustatud aga vaid juhul, kui esineb vajadus naiste ja meeste erinevaks kohtlemiseks, arvestades erineva kohtlemise eesmärki kaitsta naise bioloogilist seisundit ning naise ja lapse erilist seost raseduse ja sünnitusjärgsel perioodil.

Eelpool toodu valguses on peamine viis positiivse meetme eraldamiseks ebaõiglasest eeliskohtlemisest see, kas see läbib proportsionaalsuse testi või mitte. Siiski tuleb märkida, et kuigi paljudes Euroopa riikides on proportsionaalsuse nõue positiivsete erimeetmete puhul seadusandluses toodud, siis kaugeltki mitte kõigis. Vahemärkusena tasub veel lisada, et kui ebaproportsionaalselt rakendatud positiivse tegevuse meede muutub ebaõiglaseks sooduskohtlemiseks¹⁶², on ka olukordi, kus positiivsete meetmete rakendamine on lihtsalt võimatu. See juhtub „tõelise kutsealase nõude“ erandi korral. See nõue võimaldab tööandjatel

¹⁶⁰ SoVS Komm vlj.

¹⁶¹ SoVS Komm vlj.

¹⁶² Read further in the last section of this chapter

eristada üksikisikuid kaitstud aluste alusel, kui sellel alusel on loomumane seos töövõime või konkreetse töö jaoks nõutava kvalifikatsiooniga.¹⁶³

Esile peab tooma ka positiivsete erimeetmete ajutise iseloomu ehk need ei tohi mingil moel kaasa tuua ebavõrdsete või diferentseeritud standardite säilimist; kui võimaluste ja suhtumise võrdsus on saavutatud, tuleb need abinõud tühistada.

Positiivse tegevuse seaduslikkuse järgmise oluline tingimus on muidugi selle kooskõla mis tahes riigi põhiseadusega. Seega on positiivsete erimeetmete kohaldamine võimalik vaid juhul, kui selleks tuleneb volitus Eesti põhiseadusest (eelkõige § 12 mõttes, aga ka koostoimes §-dega 13 ja 14 ning sõltuvalt erimeetme iseloomust ka teiste põhiseaduse sätetega).

Segadust positiivsete erimeetmete rakendamisel leiab ka küsimuses, et mis siiski kuulub positiivsete meetmete definitsiooni alla? See on omakorda seotud diskrimineerimisvastasate meetmete laienemisega. Näiteks asjad nagu mõistlikud abinõud ja süvalaiendmine mida tihti peetakse positiivseteks meetmeteks, aga mis on siiski täiesti eraldi meetmed/tegevused.¹⁶⁴

Teatud tüüpi võrdõiguslikkuse kohustusi võiks kvalifitseerida positiivsetks meetmeteks, siis nimetuse järgi on võrdõiguskohustused alati kohustused, kuid ainult mõned positiivsed meetmed on määratletavad kohustustena (nt kvoodid). Mõned võrdõiguslikkuse kohustused (näiteks võrdõiguslikkuse kavad või diskrimineerimisvastased poliitikad) on pigem vaid tegelike meetmete rakendamise eeltingimus.

Mõistlik abinõu on positiivne juriidiline kohustus teha vajalik ja asjakohane muudatus või kohandamine, et puudega inimene saaks nautida või teostada oma õigusi, kui täielikku juurdepääsetavust¹⁶⁵ ei ole saavutatud. Näiteks oleks mõistlik abinõu hoone ümberehitamine või kohandamine, et muuta see puudega inimesele seal töötamiseks ligipääsetavaks. Positiivse meede

¹⁶³ European Union Agency for Fundamental Rights (2018) Handbook on European non-discrimination law p 97.

See also - Gender Equality Directive (recast), Art. 14 (2); Racial Equality Directive, Art. 4; Employment Equality Directive, Art. 4 (1).

¹⁶⁴ Exploring the boundaries of positive action under EU law: A search for conceptual clarity

Mark Bell, Lisa Waddington

2011

¹⁶⁵ Hoone, asutused jne

oleks aga näiteks reeglite kehtestamine, et tööandja peab eelistama puudega kandidaati, kui kaks kandidaati on sama kvalifikatsioonitasemega. Mõistlike abinõude ja positiivsete meetmete eraldamine on enamustes EL liikmesriikide seadustes selge.

Et hinnata positiivsete meetmete piire Eesti õigussüsteemis, võttis autor esmalt aluseks kehtiva seadusandluse ning tõlgendas seda arvestades käesolevas magistritöös eelnevalt käsitletud. Järgnevalt tõi autor puudused ja lüngad, mis on küll tõlgendamisvõtteid kasutades ületatavad, aga võiksid õigusselguse huvides ka seaduses sätestatud olla. Lisaks on autor omalt poolt lisanud neid aspekte, mis võiksid olla positiivseid meetmeid reguleerivates sätetes eesmärgiga, et neid saaks võimalikult efektiivselt kohaldada.

Töö kirjutamise hetkel on positiivsed erimeetmed piiritletud kahes Eesti võrdõiguslikkust käsitlevas seaduses natuke erinevalt. VõrdKS § 6 sätestab, et see seadus ei piira selliste proportsionaalsete meetmete rakendamist, mille eesmärk on vähendada või vältida rahvuse (etnilise kuuluvuse), rassi, nahavärvuse, usutunnistuse või veendumuste, vanuse, puude või seksuaalse sättumuse põhjal aset leidvat ebavõrdset kohtlemist. SoVS § 5 lg 2 p 5 sätestab aga, et otseseks või kaudseks sooliseks diskrimineerimiseks ei loeta ajutiste soolist võrdõiguslikkust edendavate erimeetmete rakendamist, mis annavad eeliseid alaesindatud soole või vähendavad soolist ebavõrdsust.

Seega on ühes seaduses toodud proportsionaalsuse eeldus ning teises ajutisuse nõue. Mõistagi ei tähenda see, et soolise võrdõiguslikkuse edendamiseks ette võetud positiivsed meetmed ei pea olema proportsionaalsed või et rahvuse (etnilise kuuluvuse), rassi, nahavärvuse, usutunnistuse või veendumuste, vanuse, puude või seksuaalse sättumuse põhjal diskrimineerimise vastu võetud meetmed ei peaksid olema ajutised.

Soolise võrdõiguslikkuse seaduse kommenteeritud väljaandes on toodud, et positiivseid erimeetmeid saab rakendada järgmistel eesmärkidel ja tingimustel:

- 1) ära hoida, vähendada või heastada hoiakutest, käitumismallidest, tavadest ning sotsiaalsetest struktuuridest tingitud ebasoodsamat olukorda, võimalikku diskrimineerimist ja ebavõrdsust;
- 2) kiirendada teatud grupi olukorra parandamist ning *de facto* võrdsuse saavutamist tööelu, hariduse ja sotsiaalteenustega seotud valdkondades või

3) saavutada ühiskonnas selliseid kultuurilisi muudatusi, mis toetaks stereotüüpide ja müütide kummutamist, eelarvamuste, alandamise ja vägivalla vähendamist jms.

VõrdKS-i § 6¹⁶⁶ täpsustab positiivsete meetmete rakendamise tingimusi:

1) objektiivselt põhjendatav – sellega taotletav eesmärk teenib olemasoleva olukorra parandamist ning lähtub statistilistest ja muudest andmetest;

2) proportsionaalne taotletava eesmärgiga, k.a. asjaolu, et valitud vahend piirab võimalikult vähe teiste inimeste põhiõigusi;

3) rakendatakse kuni ühe või teise ebavõrdsuse liigi kaotamiseni ehk eesmärgi saavutamiseni ehk nad on ajutise iseloomiga¹⁶⁷;

4) seda võivad rakendada riigi- ja kohaliku omavalitsuse asutused, haridusasutused ja tööandjad.

Seega võib järeldada, et proportsionaalsuse nõue tuleneb EL ja rahvusvahelisest õigusest ning põhiseadusest ja on ka Eesti positiivseid meetmeid puudutavas seadusandluses toodud. Tähtis on pidada silmas, et igasugune positiivne meede peab olema proportsionaalne. Seega on otstarbekas tuua see seadusandluses välja kui üldnõue igas positiivseid meetmeid puudutavas sättes. Meetme proportsionaalsuse hindamisel on väga oluline, et need oleksid selgelt ja faktiliselt põhistatud. Kaaluda võiks seadusesse tingimuse lisamist, et ebavõrdsus peab olema ilmne ning selle seotus kaitstava tunnusega selgelt ära põhjendatud.

Ajutus on positiivsetele meetmele olemuslikult lahutamatu eeldus ja peab olema välja toodud igas positiivse meetme volitus- või kirjeldusnormis.¹⁶⁸ See kohustab taoliste meetmete kasutusele võtjat aeg-ajalt saavutatut üle vaatama, et erimeetmete rakendamine lõpetada juhul, kui eesmärgid on saavutatud. Hetkel on ajutisuse eeldus ainult soolise võrdõiguslikkuse seaduses, aga peaks olema ka võrdse kohtlemise seaduses. Ka Eestis võiks ajutise erimeetme kestus tuleks määrata

¹⁶⁶ § 6. Positiivsed meetmed

Käesolev seadus ei piira selliste meetmete rakendamist, mille eesmärk on vähendada või vältida käesoleva seaduse § 1 lõikes 1 nimetatud tunnusest tulenevat ebavõrdsust. Selliselt rakendatavad meetmed peavad olema proportsionaalsed taotletava eesmärgiga.

¹⁶⁷ 23.10.2009 jõustunud seadusemuudatustega täiendati SoVS § 5 lg 2 p 5 sõnastust, lisades seaduse teksti õigusselguse eesmärgil sõnaselgelt, et vastavad meetmed peavad olema ajutised

¹⁶⁸ SoVS Komm vlj.

selle funktsionaalse tulemuse järgi konkreetsele probleemile reageerimisel, mitte etteantud aja möödudes. Ajutised erimeetmed tuleb katkestada, kui nende soovitud tulemused on saavutatud ja need on teatud aja jooksul säilinud..

Riigikohus on seisukohal, et riigil ei ole keelatud kõrvaldada või leevendada õiguslikust võrdsusest tulenevat faktilist ebavõrdsust õiguslike meetoditega. Teatud juhtudel on see suisa kohustuslik.¹⁶⁹

Positiivsete erimeetmete kohaldamine on võimalik vaid juhul, kui selleks tuleneb volitus Eesti põhiseadusest (eelkõige § 12 koostoimes §-dega 13 ja 14, kuid sõltuvalt erimeetme iseloomust ka teiste põhiseaduse sätetega). Nagu eespool märgitud, võivad positiivsed erimeetmed esineda väga erinevates vormides ning vastavad meetmed võivad olla intensiivsuse eri astmega. Seega tuleb igal kõnealusel juhul hinnata vastava positiivse erimeetme kooskõla SoVS § 5 lg 2 p-ga 5 ning põhiseadusega. Eestis on mõttekas see nõue sisse tuua.

Kui proportsionaalsuse, ajutisuse ja põhiseaduspärasuse nõuded on positiivsetele meetmetele osas lahutamatud, on hulk elemente, mille seadusesse lisamine aitaks oluliselt parandada nende meetmete rakendamise õigusselgust.

Eesti seadusetest puuduvad positiivsete erimeetmete regulatsioonist näitlik lahtine loetelu positiivsetest meetmetest; täpsustus, millised võrdõiguslikkuse tagamise meetmed positiivsete meetmete alla ei kuulu; erandid üldisest regulatsioonist.

Näitlikku loetelu on seni kasutatud vaid mõnede riikide positiivseid meetmeid puudutavas seadusandluses. Siiski oleks mõistlik Eesti kontekstis nende lisamist kaaluda, kuna see võiks suurendada meetmete vajaduse mõistmist ja seeläbi julgustada ka tihedamat rakendamist.

Lahtine loetelu võiks olla jagatud viieks põhiosaks: nn *tie break* meetmed; koolitused ja kampaaniad; kvoodid; hüved ja muu.

Järgnevalt võiks olla seaduses täpsustus selle kohta, millised võrdõiguslikkuse edendamise meetmed ei kuulu positiivsete meetmete regulatsiooni alla. Abi võiks olla ka peatükis 2.2. toodud Suurbritannia regulatsioonist, mis toob erisuse positiivsete meetmete ning põhjendmatu ebavõrdse

¹⁶⁹ A. Kivioja, K. Müller, L. Oja. PõhiSK § 12. – Eesti Vabariigi põhiseaduse Komm vlj. 2020. – Arvutivõrgus: <http://www.pohiseadus.ee>

kohtlemise ning meetmete vahel, mis on võetud ühe konkreetse kaitstud rühma isikute kasuks ja millega ei kaasne teise kaitstud rühma kuuluvate isikute ebasoodsamat kohtlemist.

Lisada tuleb ka selgitused, mis on mõistlik abinõu, mis võrdõiguslikkuse kohustus ja kuidas erinevad need positiivsetest meetmetest. Viimaks võiks tuua ka erandid üldnõuetest nagu eelpool avatud ajutisuse täpsustus kvootide rakendamisel ja tõelise kutsealuse nõude erand.

Aluste (so nt sugu, rahvus, rass või nahavärv) ning rakendajate ring on Eestis määratletud ja küsimus on pigem, kas need on liiga kitsad. Aluste ringi suhtes tekib küsimus, kas ei oleks otstarbekas tagada võrdne kaitse erinevatele alustele, millest tulenevalt saaks neile ka positiivseid meetmeid võrdselt rakendada? Hetkel on soo, rahvuse (etnilise kuuluvuse), rassi või nahavärvuse alusel tagatud laiem kaitse kui usutunnistuse või veendumuste, vanuse, puude või seksuaalse sättumuse tõttu. Sellega on ka positiivsete meetmete rakendamise potentsiaal piiratud. Õnneks on Eesti positiivsete meetmete rakendajate ring jagatud laialt - positiivseid meetmeid võivad rakendada nii riigi- ja kohaliku omavalitsuse asutused (eelkõige soolise võrdõiguslikkuse ja võrdse kohtlemise volinik) kui ka haridusasutused ja tööandjad. Tasub märkida, et asjakohased mittediskrimineerimist ja ajutisi erimeetmeid käsitlevad õigusaktid peaksid hõlmama nii valitsussektoreid kui ka eraorganisatsioone või ettevõtteid.¹⁷⁰ Näiteks on soovitatud rakendada positiivseid erimeetmeid hariduse, majanduse, poliitika ja tööhõive valdkonnas, et naised esindaksid oma valitsusi rahvusvahelisel tasandil ja osaleksid rahvusvaheliste organisatsioonide töös ning poliitilises ja avalikus elus. On rõhutatud, et riigid peaksid oma riiklikus kontekstis tugevndama selliseid jõupingutusi, eriti seoses hariduse kõikide aspektidega kõigil tasanditel, samuti koolituse, tööhõive ja avalikus ja poliitilises elus esindatuse kõigi aspektide ja tasemete osas.¹⁷¹

Viimase märkusena võiks kaaluda Eestis ka eraldi positiivsete erimeetmete kehtestamise määru vastu võtmist eelpool toodud Belgia näitel mõnes kindlas valdkonnas või üldse täpsustada positiivsete erimeetmete kohaldamise kontrollmehhanisme. Riigid peaksid lisama oma põhiseadustesse või siseriiklikesse õigusaktidesse sätteid, mis võimaldavad võtta ajutisi

¹⁷⁰

[https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/General%20recommendation%2025%20\(English\).pdf](https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/General%20recommendation%2025%20(English).pdf)

¹⁷¹ naizz

erimeetmeid. Seda enam, et riigid peaksid andma ka selgitusi ajutiste erimeetmete võtmata jätmise kohta. Nagu eelnevalt mainitud, kutsutakse osalisriike üles andma üksikasju ajutisi erimeetmeid käsitlevate õigusaktide kohta ja eelkõige seda, kas sellised õigusaktid näevad ette ajutiste erimeetmete kohustuslikku või vabatahtlikku olemust.¹⁷²

Nagu näiteks eelnevalt mainitud Slovakkia näide, kus erimeetmeid vastu võtavad üksused on kohustatud esitama Slovakkia riiklikule inimõiguste keskusele nendega faktide seotud kohta aruanded.¹⁷³

Nagu ka töö viimane peatükk demonstreerib, saab Eesti kehtivas õigusraamistikus positiivsete erimeetmete õigusikud piirid palju selgemalt avada, kasutades selleks ÜRO ning EL õigusallikaid ning erinevaid soovitusi ja õigusteooriat ning võrdlevõiguslikku analüüsi. Loodetavasti annab eeltoodu enesekindlust ja selgust nende meetmete julgema kohaldamisel. Autor loodab ka, et töö inspireerib teemat Eesti kontekstis edasi uurima, keskendudes kas konkreetsetele valdkondadele või meetmetele. Võrdseid tuleb kohelda võrdselt ja ebavõrdsetele tuleb anda võrdsed võimalused. Riigisisisel tasandil selgelt avatud positiivsed erimeetmed on selle ülla põhimõtte realiseerimise üks olulisemaid eeldusi.

¹⁷²

[https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/General%20recommendation%2025%20\(English\).pdf](https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/General%20recommendation%2025%20(English).pdf)

¹⁷³ according to legal order in **Act No. 365/2004**

Summary

One of the most important prerequisites for a society that respects human rights is that everyone is given equal opportunity. Equals must be treated equally and unequals unequally. But everyone need opportunities to realize their potential and their dreams, without being limited by the attitudes and stigmas prevalent in society. However, the structural inequalities that limit these opportunities may be much greater than individual cases. Therefore, the various prohibitions on discrimination provided by law alone are not sufficient to combat unjustified unequal treatment or discrimination. Under certain conditions, temporary preferential treatment may be necessary to remedy the disadvantages suffered by certain social groups.¹⁷⁴

Both the state and certain institutions of the state have the opportunity and sometimes even an obligation to use proportional, temporary and specific measures, ie the so-called positive action measures.¹⁷⁵ The difference in treatment is not always due to bad intentions or reasons. Sometimes this may be due to targeted action to promote the situation of an under-represented or disadvantaged group. Such proportionate steps to promote the rights of a vulnerable group are separate from the general prohibition of discrimination and are defined here as positive action measures.¹⁷⁶

Positive action measures aim to achieve full equality in practice for members of socially or economically disadvantaged groups, ie to address the consequences of past or continuing discrimination.¹⁷⁷ All States Parties should preferably follow the definition of "temporary special measures" in order to avoid confusion.¹⁷⁸ By country, they are also defined by terms such as "affirmative action", "positive action measures" or simply "positive action". These terms derive

¹⁷⁴ [Positive action is a concept of great significance in the context of anti-discrimination law, \(era-comm.eu\)](http://era-comm.eu)

¹⁷⁵ A. Kivioja, K. Müller, L. Oja. PõhiSK § 12/ 4. – Eesti Vabariigi põhiseaduse Komm vlj. 2020. – Arvutivõrgus: <http://www.pohiseadus.ee>

¹⁷⁶ [Positive Action Measures \(equineteurope.org\)](http://equineteurope.org)

¹⁷⁷ [Positive Action Measures \(equineteurope.org\)](http://equineteurope.org)

¹⁷⁸ [https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/General%20recommendation%2025%20\(English\).pdf](https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/General%20recommendation%2025%20(English).pdf) [https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/General%20recommendation%2025%20\(English\).pdf](https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/General%20recommendation%2025%20(English).pdf) 20

from discussions and different practices found in different national contexts.¹⁷⁹ The author uses the term “positive special measure (*positiivsed erimeetmed*)” throughout the paper. The reason is that in Estonian, the term “positive measure” is the most common in colloquial language and the term is used to describe measures that are the focus of the paper. However, it is important to add a “special” prefix, as it refers to the temporary nature of the measures and the need to assess the feasibility of their implementation on a case-by-case basis (which is also discussed in the paper). The real meaning of the word 'special' is that the measures are intended to serve a specific purpose.¹⁸⁰

Although the application of positive action measures is often compared with reverse or positive discrimination, a positive action is a legally distinct term. While reverse or positive discrimination refers to direct preferences that are unduly granted to certain groups because of their social affiliation, the definition of a positive action is much broader, covering many possible measures from monitoring and indirect support (eg projects or training) to more direct interventions (eg quotas).¹⁸¹ In this context, the difference in treatment resulting from positive action is not seen as a separate form of discrimination but as an exception to the prohibition of discrimination. In other words, there has been a difference in treatment, but this may be justified in order to eliminate an existing disadvantage, such as the under-representation of certain groups in the workplace.¹⁸²

While the use of positive action measures is not a clearly defined obligation, it is an explicit option under all European Union (EU) equality directives and one of the most comprehensive ways to tackle structural and systemic inequalities.¹⁸³ However, despite explicit recognition, EU law does not specify the form or content of these measures.¹⁸⁴

Positive action remains largely to be decided and planned by Member States. The Union is dominated by the principle of subsidiarity, which gives Member States more leeway in choosing their model of equality guarantees. This includes regulating the application of positive action

¹⁷⁹

[https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/General%20recommendation%2025%20\(English\).pdf](https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/General%20recommendation%2025%20(English).pdf)

¹⁸⁰ ni

¹⁸¹ Rg lk 38

¹⁸² [Handbook on European non-discrimination law – 2018 edition \(coe.int\)](#), 7i

¹⁸³ [Positive Action Measures \(equineteurope.org\)](#)

¹⁸⁴ Rg p 40

measures.¹⁸⁵ However, the problem with this design is that, as usual, the internal strength of the floor limits the height and shape of the ceiling.¹⁸⁶ In other words, if there is confusion over the application of positive action measures at national level, the situation will also become unclear at a broader theoretical and international level.

Equinet, the umbrella organization for European equality bodies, also highlights that the concept and scope of positive action need to be significantly clarified and explored (eg types of actions, beneficiaries, conditions, monitoring, etc.). Despite the universality of the basic concepts of equality, the EU and other international organizations have interpreted and applied positive measures differently. The existing conceptual confusion is exacerbated by the different terminology used in different jurisdictions. Another problem is the thin line between giving benefits to the target group and avoiding those benefits that prove discriminatory against other groups.¹⁸⁷

Despite the boundaries drawn by the courts through the proportionality test and the control criteria developed over the last 30 years, the meaning of positive action in legislation and policy-making at national level is still not always clear.¹⁸⁸ Against this background, it is difficult to translate specific positive measures into legally acceptable terms. Even in the slightest form, it creates unequal treatment. For positive action to exist, there must be a formula that can restore the internal consistency of the rule of law.¹⁸⁹

The inaccurate definition has in turn led to uncertainty and methodological confusion in all EU Member States, limiting the application of specific measures to national.¹⁹⁰

There are still a number of specific difficulties in implementing positive action at national level. First, compliance with the general rules of application within the limits set by the Court of Justice,

¹⁸⁵ Rg p 40

¹⁸⁶ [Limits of the Classic Method: Positive Action in the European Union After the New Equality Directives \(jeanmonnetprogram.org\)](https://jeanmonnetprogram.org/limits-of-the-classic-method-positive-action-in-the-european-union-after-the-new-equality-directives)

¹⁸⁷ C-173/13 Maurice Leone and Blandine Leone v Garde des Sceaux, ministre de la Justice and Caisse nationale de retraite des agents des collectivités locales [2014] EU:C:2014:2090, 82.

¹⁸⁹ 79 Antonioli Deflorian, Affirmative Action in the US, supra note 32, at 100 [Limits of the Classic Method: Positive Action in the European Union After the New Equality Directives \(jeanmonnetprogram.org\)](https://jeanmonnetprogram.org/limits-of-the-classic-method-positive-action-in-the-european-union-after-the-new-equality-directives)

¹⁹⁰ [Positive Action Measures \(equineteurope.org\)](https://equineteurope.org/positive-action-measures)

which distinguishes between positive action measures permitted by law and unjustified preferential treatment (not to mention the transposition of those rules into specific policy-making), may prove difficult. It has also been criticized that the complexity of the rules applied by the Court of Justice in successive case law hinders the practice of positive action measures. The purely declaratory nature of positive action measures, the lack of precise objectives and the lack of sanctions and appropriate remedies for infringements have also been repeatedly cited as obstacles to the proper implementation of positive action measures.¹⁹¹

A separate problem is the fact that in some Member States (eg Germany) positive action measures are increasingly being challenged in court. Stigmatization of so-called quota groups is worrying, as beneficiaries of positive action may fall victim and their skills and qualifications may be degraded, thus defeating the purpose of positive action. At the level of policy debates (eg in the Netherlands), misunderstandings about positive action have led to resistance and frustration from majority groups who consider themselves disadvantaged, but also from minority groups themselves who do not want to be classified as beneficiaries of quotas or preferences. content.¹⁹²

Such examples illustrate the need for a clear understanding of the understanding and implementation of positive action measures in order to avoid uncertainty and controversy over their application.

So far, there has been no in-depth discussion in the Estonian legal system regarding the admissibility, nature and limits of positive action measures.¹⁹³ At the same time, the application of positive special measures is not only an option but sometimes also an obligation under the law. In Estonia, the legal basis for the implementation of positive measures derives primarily from the prohibition of discrimination arising from § 12 of the Constitution of the Republic of Estonia (hereinafter: the Constitution) and § 6 of the Equal Treatment Act (hereinafter: Equal Treatment Act), which stipulates that this Act is without prejudice to the application of proportionate measures aimed at reducing or preventing unequal treatment based on nationality (ethnicity), race, color, religion or belief, age, disability or sexual orientation. § 5 (2) 5) of the Gender Equality Act (hereinafter: SoVS) provides that the implementation of temporary special measures promoting

¹⁹¹ Rg töö I 49

¹⁹² Rg töö 50

¹⁹³ SoVS Komm vlj.

gender equality that provide benefits to the under-represented sex or reduce gender inequality is not considered direct or indirect sex discrimination. The first ambiguity also appears here, as reading the law gives the impression that positive measures taken to promote gender equality do not have to be proportionate and that discrimination on the grounds of nationality (ethnicity), race, color, religion or belief, age, disability or sexual orientation the measures taken should not be temporary.

In order to implement positive measures, state and local government agencies, educational institutions and employers have an indirect obligation in Estonia. Indirectly, because these institutions have an obligation to promote equality under the Equal Treatment Act and the Gender Equality Act, which by definition also includes the application of positive action. However, the obligation to apply positive action for the above mentioned institutions is not specified. Only the Commissioner for Gender Equality and Equal Treatment has a specific responsibility.¹⁹⁴

In addition, the UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women notes in its recommendations to Estonia that the State party has not taken temporary special measures to promote the situation of women, despite the legal basis for such measures in the Gender Equality Act, apparently due to lack of public support. The Committee recommends that the State party conduct awareness-raising campaigns to promote understanding of the importance and non-discriminatory nature of temporary special measures and to introduce temporary special measures in accordance with Article 4 (1) of the Convention and Committee Recommendation 25 (2004) achieving substantive gender equality. This is particularly the case for women, who also face other forms of discrimination, such as women and girls who suffer from linguistic and ethnic discrimination, older women, women with disabilities and women living in rural areas.¹⁹⁵ There is also a need to address the issue systematically. Positive action should be narrowly tailored and

¹⁹⁴ § 16. Voliniku pädevus - Volinik: 9) võtab tarvitusele meetmeid võrdse kohtlemise ja soolise võrdõiguslikkuse edendamiseks.

¹⁹⁵

clearly and objectively address specific shortcomings. These criteria have been confirmed in later cases (Badeck, Abrahamss, Griesmar).¹⁹⁶

The research problem of the work is therefore the fact that positive action is an important and far-reaching way of combating discrimination and improving the situation of disadvantaged social groups. Unfortunately, like many other Member States, the legal boundaries of these measures are insufficiently and too generally opened at the national level in Estonia. This, in turn, points to the problem mentioned above that if positive measures are too broadly defined, they cannot be practiced more boldly and effectively.¹⁹⁷

The research problem of this master's thesis was to examine whether the concept of positive special measures and the limits of its application are too general and thus insufficiently open in Estonian law. The aim of the master's thesis is to open the legal boundaries of positive action measures, based on the idea that if state and its various institutions are given a generally defined obligation and competence to promote equal treatment through positive action measures, a better understanding of its content and borders is needed. For better clarity, the author sought answers to the following research questions:

1. What are positive action measures and their justification in the light of theories of equal treatment?
2. What is the legal content and scope of positive action measures?
3. What are the legal limits of positive action measures in Estonia and how can these measures be implemented, including pursuant to agreements?

The positive action measures stem from the principle of achieving substantive equality, which takes into account existing social inequalities and calls for measures to remedy this situation. Behind this is the idea that equal treatment of people, regardless of pre-existing disadvantage or

¹⁹⁶ C-366/99 Joseph Griesmar v Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie and Ministre de la Fonction publique, de la

Réforme de l'Etat et de la Décentralisation [2001] EU:C:2001:648, 87. Rg töö lk 40

discrimination, can increase, not reduce, inequalities. Even if this may seem contradictory, "equality" and "equal rights" are in fact different concepts and thus anti-discrimination legislation may include different treatment.¹⁹⁸

The European Union defines positive action as an exception to equality. Both the Treaties (set out in Article 157 (4) TFEU) and the Equality Directives are worded in such a way that the introduction of these measures is an exception to the equal treatment that Member States are free to introduce in order to ensure "full equality in practice".

The case law of the Court of Justice has so far dealt only with female candidates. The application of positive action measures is permissible if it helps to offset the detrimental effects of stereotypical attitudes and behavior on female candidates and to reduce real inequalities in society.¹⁹⁹

The Estonian Supreme Court has not yet considered the admissibility of positive special treatment but has taken the view that, in certain cases, the State has an obligation to eliminate or alleviate de facto inequalities arising from legal equality through legal methods.²⁰⁰

The term "positive action" has a wide range of meanings and includes actions of varying intensity. These include quotas, action plans with quantitative targets and deadlines, gender mainstreaming in the policy and decision-making process, financial support as well as training and in-kind support, information programs providing information, support and training, preferential treatment", giving unconditional or unconditional priority to under-represented groups in areas such as employment, education, services, there are all different ways of implementing positive action measures.²⁰¹

There is currently no definitive list of what constitutes a positive measure. In some Member States, the list of positive measures is an open list, but it is far from complete.

¹⁹⁸ CORNIDES, J., "Three Case Studies on Anti-Discrimination", *The European Journal of International Law*, vol. 23, n° 2, 2012, p. 527.

¹⁹⁹ SoVS Komm vlj.

²⁰⁰ RKÜKo 10.12.2003, nr 3-3-1-47-03, p-d 25–26; RKHKo 20.10.2008, nr 3-3-1-42-08, p 27

²⁰¹ Rg töö38 + See European Commission, Communication from the Commission to the European Parliament and the Council on the interpretation of the judgment of the Court of Justice on 17 October 1995 in Case C-450/93, *Kalanke v Freie Hansestadt Bremen* (1996) COM(96)88 final, 9-10

Positive action has its limits. Nor are they the only steps to ensure equality.

Special measures:

- 1) should correspond to the situation to be remedied;
- 2) be legitimate and necessary in a democratic society;
- (3) respect the principles of fairness and proportionality; and
- 4) be temporary.

A disproportionate positive measure is unfair or constitutes unfair preferential treatment. An important key to this distinction under EU law is whether or not the measure complies with the principle of proportionality. In essence, this means that the content and form of the activity must not go beyond what is necessary to achieve the objectives and that the benefits outweigh the de facto inequalities caused by the preferential treatment of one group over another.²⁰² Although the requirement of proportionality may not be explicitly stated in all provisions concerning positive action, it is always inferred from the Constitution.

The Court of Justice has emphasized the obligation to respect the principle of proportionality as regards the restriction of the principle of equal treatment. When implementing positive action measures, it should be borne in mind that automatic preferential treatment based on sex is not in line with the principle of equal treatment, even if the candidates have equal qualifications. The Court of Justice has held that measures which provide for the possibility of promoting a female candidate as a matter of priority in the civil service sectors in which women are under-represented are compatible with law if:

- 1) they do not automatically and unconditionally favor women in a situation where female and male candidates are equally qualified;

²⁰² [Glossary - Regional Policy - European Commission \(europa.eu\)](#) The principle is enshrined in the Treaty on European Union under Article 5

2) candidates are assessed objectively so that the specific situation of all candidates is taken into account.²⁰³

The measure can only influence the decision if the candidates are equally qualified. In line with Community law, there is a national provision that, in areas where women are under-represented, 50% of those interviewed are qualified and meet the requirements, as this contributes to equal opportunities for women and men. It is also in line with the principle of equal treatment that the national provision, which recommends that at least half of the members of the relevant bodies be women, be taken into account when defining the composition of employee representation bodies and administrative and control bodies, as this is not a binding obligation. In assessing the proportionality of a measure, it must also be kept in mind that, despite the effort to achieve de facto equality, it does not lead to the reproduction of traditional gender roles.

The Court has also held that it is compatible with Community law for at least half of the training places to be allocated to women in certain training professions in which women are under-represented and in which the State does not have a monopoly on the provision of training, where such a measure is intended to eliminate under-representation. Such a restriction is permissible if, despite appropriate efforts to raise awareness of the availability of vacancies among female candidates, there are still not enough applications from women to participate. Finally, the Court has also pointed out that the application of measures to promote gender equality must be transparent and it must be possible to assess the role that gender discrimination plays in decision-making.²⁰⁴

The Court also found that the principle of equal access to a limited number of subsidized childcare facilities, which are generally reserved for female officials, in a ministry with a significant under-representation of women and in the absence of adequate childcare facilities is in line with the principle of equal treatment. officials may use the seats only in an emergency. The court noted that the lack of childcare facilities is more likely to discourage women from working.²⁰⁵

²⁰³ SoVS Komm vlj.

²⁰⁴ SoVS Komm vlj.

²⁰⁵ SoVS Komm vlj.

The Court of Justice has held that the State has a certain margin of discretion as to what measures are necessary to ensure the protection of women during pregnancy and childbirth. However, such measures are justified only if there is a need for different treatment for women and men, given the objective of different treatment to protect a woman's biological condition and the special relationship between woman and child during pregnancy and the post-natal period.

In the light of the above, the main way to distinguish a positive measure from unfair preferential treatment is whether or not it passes the proportionality test. As an intermediate step, it is worth adding that if a disproportionate positive action measure becomes an unfair preferential treatment, there are also situations where positive action is simply impossible. This is the case with the exception of a "genuine professional requirement". This requirement allows employers to differentiate between individuals on the basis of protected grounds, where this has an inherent link to the ability to work or the qualifications required for a particular job.²⁰⁶

The Court of Justice has held that the State has a certain margin of discretion as to what measures are necessary to ensure the protection of women during pregnancy and childbirth. However, such measures are justified only if there is a need for different treatment for women and men, given the objective of different treatment to protect a woman's biological condition and the special relationship between woman and child during pregnancy and the post-natal period.

Certain types of equality obligations could be qualified as positive measures but only some positive measures can be defined as obligations (eg quotas). Rather, some equality commitments (such as equality plans or anti-discrimination policies) are only a precondition for the implementation of real measures.

A reasonable remedy is a positive legal obligation to make the necessary and appropriate modification or adaptation to enable -a person with a disability to enjoy or exercise his or her rights if full accessibility is ensured.²⁰⁷ For example, it would be sensible to renovate or adapt a building to make it accessible for people with disabilities to work there. However, a positive measure would be, for example, the introduction of rules that an employer must give preference to a candidate

²⁰⁶ European Union Agency for Fundamental Rights (2018) Handbook on European non-discrimination law p 97.

See also - Gender Equality Directive (recast), Art. 14 (2); Racial Equality Directive, Art. 4; Employment Equality Directive, Art. 4 (1).

²⁰⁷ Hooneed, asutused jne

with a disability if two candidates have the same level of qualifications. The distinction between reasonable measures and positive action is clear in most EU Member States' laws.

In order to assess the limits of positive action in the Estonian legal system, the author first took as a basis the current legislation and interpreted what was discussed earlier in this master's thesis. In the following, the author pointed out the shortcomings and gaps that can be overcome by using interpretive techniques, but could also be provided by law in the interests of legal clarity. In addition, the author has added those aspects that could be included in the provisions governing positive action in order to apply them as effectively as possible.

At the time of writing, positive measures are defined slightly differently in the two Estonian equality laws. § 6 of the Equality Act provides that this Act does not restrict the application of proportionate measures aimed at reducing or preventing unequal treatment based on nationality (ethnicity), race, color, religion or belief, age, disability or sexual orientation. However, § 5 (2) 5) of the SoVS provides that the implementation of temporary special measures promoting gender equality that provide benefits to the under-represented sex or reduce gender inequality is not considered direct or indirect sex discrimination.

Thus, one law contains a presumption of proportionality and another a requirement of temporary nature. Of course, this does not mean that positive action to promote gender equality does not have to be proportionate or that action against discrimination based on nationality (ethnicity), race, color, religion or belief, age, disability or sexual orientation should not be temporary.

The executive edition of the Gender Equality Act states that positive action measures can be taken for the following purposes and under the following conditions:

- 1) to prevent, reduce or remedy disadvantages, possible discrimination and inequalities caused by attitudes, patterns of behavior, practices and social structures;
- 2) to accelerate the improvement of the situation of a certain group and the achievement of de facto equality in the fields related to working life, education and social services, or

3) to achieve such cultural changes in society that would support the dispelling of stereotypes and myths, the reduction of prejudices, humiliation and violence, etc. § 6 of the Equality Act specifies the conditions for the implementation of positive measures:

- 1) objectively justified - the purpose pursued thereby serves to improve the existing situation and is based on statistical and other data;
- 2) proportional to the objective pursued, incl. the fact that the chosen instrument restricts the fundamental rights of other people as little as possible;
- 3) are applied until one or another type of inequality is eliminated, ie the goal is achieved, ie they are of a temporary nature;
- 4) it may be implemented by state and local government agencies, educational institutions and employers.

Thus, it can be concluded that the requirement of proportionality arises from EU and international law and the Constitution, and is also set out in Estonian legislation on positive action. It is important to keep in mind that any positive action must be proportionate. It is therefore appropriate to include this in the legislation as a general requirement in any positive action provision. When assessing the proportionality of a measure, it is very important that they are clearly and factually justified. Consideration could be given to adding a condition in the law that the inequality must be obvious and its link to the protected characteristic clearly justified.

Temporality is an intrinsic prerequisite for positive action and must be set out in each mandate or description standard for the positive action.²⁰⁸ It obliges the entity adopting such measures to review the progress made from time to time in order to end the implementation of special measures once the objectives have been achieved. Currently, the precondition for temporary nature is only in the Gender Equality Act, but it should also be in the Equal Treatment Act. In Estonia, too, the duration of a temporary special measure should be determined by its functional outcome in response to a specific problem, and not by a predetermined period of time. The temporary special

²⁰⁸ SoVS Komm vlj.

measures must be suspended once their desired results have been achieved and have been maintained for some time.

The Supreme Court is of the opinion that the state is not prohibited from eliminating or alleviating factual inequality arising from legal equality by legal methods. In some cases, this is mandatory.²⁰⁹

The application of positive special measures is possible only if the authorization arises from the Estonian Constitution (especially § 12 in conjunction with §§ 13 and 14, but depending on the nature of the special measure also other provisions of the Constitution). As noted above, positive action measures can take very different forms and may vary in intensity. Thus, in each case, the compliance of the respective positive special measure with § 5 (2) 5) of the SoVS and the Constitution must be assessed. In Estonia, it makes sense to point out this requirement.

While the requirements of proportionality, temporary nature and constitutionality are inseparable from positive measures, there are a number of elements that, if included in the law, would significantly improve the legal clarity of the implementation of these measures. In accordance with the principle of legal clarity, legislative acts must be clear and unambiguous and cause as little dispute as possible.²¹⁰

Missing in Estonian law at the moment are:

- an indicative open list of positive measures;
- clarification of which equality measures are not covered by the positive measures;
- Exceptions to the general regulation.

The indicative list has so far been used in only a few countries' legislation on positive action. However, it would be sensible to consider including them in the Estonian context, as this could increase understanding of the need for measures and thus encourage closer implementation.

The open list could be divided into five main parts:

²⁰⁹ A. Kivioja, K. Müller, L. Oja. PõhiSK § 12. – Eesti Vabariigi põhiseaduse Komm vlj. 2020. – Arvutivõrgus: <http://www.pohiseadus.ee>

²¹⁰ <https://pohiseadus.ee/sisu/3481>

- The so-called tie break measures
- Trainings and campaigns
- Quotas
- Benefits
- Other

It must also be explained what is a reasonable measure, what is the obligation of equality and how it differs from positive action. Finally, there could be exceptions to the general requirements, such as the clarification of the temporary nature of the quotas opened above and the exception for a genuine professional requirement.

The circle of grounds (ie eg gender, nationality, race or skin color) and applicators of measures are defined in Estonia and the question is rather whether they are too narrow. With regard to the range of grounds, the question arises as to whether it would not be appropriate to ensure equal protection for the various grounds, as a result of which positive measures could be applied equally to them. At present, wider protection is guaranteed on the basis of sex, nationality (ethnicity), race or color than due to religion or belief, age, disability or sexual orientation.

Fortunately, the circle of implementers of positive action measures in Estonia is clearly divided - positive measures can be implemented by state and local government agencies (especially the Commissioner for Gender Equality and Equal Treatment) as well as educational institutions and employers. It is worth noting that relevant legislation on non-discrimination and temporary special measures should cover both government sectors and private organizations or companies. For example, specific positive action in the fields of education, the economy, politics and employment has been recommended to enable women to represent their governments at international level and to participate in the work of international organizations and in political and public life. It is emphasized that countries should step up such efforts in their national contexts, in particular with

regard to all aspects of education at all levels, as well as all aspects and levels of training, employment and representation in public and political life.²¹¹

As a final remark, Estonia could also consider adopting a separate regulation on the introduction of positive action measures, following the example of Belgium in some specific areas or in general, in order to specify the control mechanisms for the application of positive action measures. States should include in their constitutions or national legislation provisions allowing for temporary special measures. All the more so as countries should also provide explanations for not taking temporary special measures. As mentioned above, States Parties are invited to provide details of legislation on temporary special measures, and in particular whether such legislation provides for the mandatory or voluntary nature of temporary special measures.²¹²

Such as the example of Slovakia mentioned above, where entities adopting special measures are required to submit factual reports to the Slovak National Center for Human Rights..²¹³

As the last chapter of the work demonstrates, in the current legal framework of Estonia, the legal boundaries of positive action can be opened much more clearly, using UN and EU legal sources and various recommendations and legal theories and comparative law analysis. It is hoped by the author that this will provide confidence and clarity in the bolder application of these measures. The author also hopes that the work will inspire further research on the topic in the Estonian context, focusing on specific areas or measures. Equals must be treated equally and those who are unequal must be given equal opportunities. Positive measures that are clearly open for applying at the national level are one of the most important prerequisites for realizing this noble principle.

²¹²

[https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/General%20recommendation%2025%20\(English\).pdf](https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/General%20recommendation%2025%20(English).pdf)

²¹³ according to legal order in **Act No. 365/2004**

Kasutatud kirjandus

- T. Annus. Riigiõigus. Tallinn 2006
- Sotsiaalministeerium. Selgitav memorandum 2015 - Arvutivõrgus :
<http://www.sm.ee/et/selgitav-memorandum>
- M. Ernits. PõhiS §12/1.2 – Arvutivõrgus: <http://pohiseadus.ee/ptk-2/pg-12/>
- R. Alexy. Põhiõigused Eesti põhiseaduses - Juridica Eriväljaanne 2001 –
Arvutivõrgus:http://www.juridica.ee/juridica_et.php?document=et/articles/2001/Eriv%C3%A4ljaanne/46657.PRN.prv.php
- G. Selanec. Positive Action Measures in EU Law. 2014 . – http://www.era-comm.eu/oldoku/SNLLaw/04_Positive_action/2014_April_Selanec_EN.pdf
- C. O’Cinneide. Positive action. Reader in Law. University College London (UCL) . –
Arvutivõrgus: http://www.era-comm.eu/oldoku/SNLLaw/04_Positive_action/2014_April_Cinneide_Paper_EN.pdf
- Kivioja, K. Müller, L. Oja. PõhiSK § 12/ 4. – Eesti Vabariigi põhiseaduse Komm vlj. 2020. –
Arvutivõrgus: <http://www.pohiseadus.ee>
- Equinet. Positive Action Measures. The Experience of Equality. Brüssel 2014. –
Arvutivõrgus: https://equineteurope.org/wp-content/uploads/2019/07/positive_action_measures_final_with_cover.pdf
- Committee on the Rights of Persons with Disabilities. Concluding observations on the initial report of Estonia. 2021 (51). –
https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD/C/EST/CO/1&Lang=En
- M. Bell, L. Waddington. *Exploring the boundaries of positive action under EU law: A search for conceptual clarity*. 2011
- N. Crowley. Making Europe more Equal: A Legal Duty? . – Arvutivõrgus:
https://equineteurope.org/wp-content/uploads/2016/12/positiveequality_duties-finalweb.pdf

- Equinet, Reasonable accommodation for persons with disabilities: Exploring challenges concerning its practical implementation, Brüssel, lk 4. – Arvutivõrgus: [Reasonable-Accommodation-Disability-Discussion-Paper.pdf](http://equineteurope.org/Reasonable-Accommodation-Disability-Discussion-Paper.pdf) (equineteurope.org), Brussels
- Committee on the Elimination of Racial Discrimination (2009) General Recommendation No. 32
- The meaning and scope of special measures in the International Convention on the Elimination of Racial Discrimination
- T. Roosve. Võrdsusõiguste riive põhiseaduspärasus. Sisekaitse akadeemia – Arvutivõrgus: http://stud.sisekaitse.ee/roosve/vordops/iv_osa_v_piirangu_ps_hindamise_kontroll.html
- Raamat „Inimõigused“ . – Arvutivõrgus: <https://www.inimoigusteraamat.ee/raamat/inimoiguste-raamat/18-vanemaealiste-inimeste-oigused/3-vanuseline-diskrimineerimine-ja>
- R. Xenidis, H. Masse-Dessen. Positive action in practice: some dos and don'ts in the field of EU gender equality law. 2018. – Arvutivõrgus: https://www.researchgate.net/publication/336513232_Positive_action_in_practice_some_dos_and_don%27ts_in_the_field_of_EU_gender_equality_law
- Euroopa Liidu Põhiõiguste Amet. Handbook on European non-discrimination law. 2018. – Arvutivõrgus: [Handbook on European non-discrimination law – 2018 edition](http://coe.int/Handbook-on-European-non-discrimination-law-2018-edition) (coe.int)
- J.H.H.Weiler. LIMITS OF THE CLASSIC METHOD:
- POSITIVE ACTION IN THE EUROPEAN UNION AFTER THE NEW EQUALITY DIRECTIVES.New York. 2002. – Arvutivõrgus: <https://jeanmonnetprogram.org/archive/papers/02/021001.pdf>
- K. Albi, J. Laidvee Ü-M. Papp, M-L. Sepper. SoVS Komm vlj. Tallinn 2010
- S. FREDMAN, *Human rights transformed Positive Rights and Positive Duties*, New York: Oxford University Press, 2008
- The Committee on the Elimination of Discrimination against Women. General recommendation No. 25, on article 4, paragraph 1, of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, on temporary special measures. lk 26 – Arvutivõrgus:

[https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/General%20recommendation%2025%20\(English\).pdf](https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/General%20recommendation%2025%20(English).pdf)

- M. Albrant, M. Meior, Ü.M. Papp. Võrdse kohtlemise seadus käsiraamat. Tallinn: Tallinna Tehnikaülikooli õiguse instituut 2015. – Arvutivõrgus: Võrdse kohtlemise käsiraamat_EST_2015.indd (humanrights.ee)
- O’Cinneide (2014). Positive action. . – Arvutivõrgus: http://www.era-comm.eu/oldoku/SNLLaw/04_Positive_action/2014_April_Cinneide_Paper_EN.pdf
- McCOLGAN. *Discrimination, Equality and the Law*. Oregon. Hart publishing. 2014. – Arvutivõrgus: <https://www.bloomsburycollections.com/book/discrimination-equality-and-the-law/table-of-legislation>
- J. CORNIDES. “Three Case Studies on Anti-Discrimination”, *The European Journal of International Law*, vol. 23, n° 2, 2012
- (CESCR) General comment No. 13: the right to education (art. 13)
- L. Roseberry, R. Remke, J. Klæsson, T. Holgersson. The Gender Gap in European Business Schools: A Leadership Perspective, 2016. Vt ka C-407/98 Abrahamsson. – Arvutivõrgus: [EFMD-Gender-Gap-Report-2016_ONLINE-kopi.pdf \(ontheagenda.eu\)](#)
- M. Väli. S. Sillajõe. Naiste osalus Euroopa börsiettevõtete juhtorganites. 2013. – Arvutivõrgus: https://www.riigikogu.ee/wpcms/wp-content/uploads/2015/01/Teemaleht_9_2013.pdf,
- D. Dahlerup, Z. Hilal, N. Kalandadze, R. Kandawasvika-Nhundu. „Atlas of Electoral Gender Quotas“. Rootsi: Stockholmi Ülikool 2013, lk 16
- Proposal for a DIRECTIVE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on improving the gender balance among non-executive directors of companies listed on stock exchanges and related measures /*COM/2012/0614 final - 2012/0299 (COD)
- [Glossary - Regional Policy - European Commission \(europa.eu\)](#) The principle is enshrined in the Treaty on European Union under Article 5
- The Institute for Gender and the Economy operates on the traditional land of the Huron-Wendat, the Seneca, and most recently, the Mississaugas of the New Credit. – Arvutivõrgus: <https://www.gendereconomy.org/quotas/>

- N. Ramos Martín. Positive Action in EU Gender Equality Law: Promoting Women in Corporate Decision-Making Positions. December. 2014 (PDF) Positive Action in EU Gender Equality Law: Promoting Women in Corporate Decision-Making Positions (researchgate.net)
- Glossary - Regional Policy - European Commission (europa.eu) The principle is enshrined in the Treaty on European Union under Article 5
- Commission's new EU Gender Equality Strategy 2020-2025 and is amongst the priority pending proposals in the Commission's work programme for 2022.
- Women in economic decision-making in the EU Progress report. A Europe 2020 Initiative. – Arvutivõrgus: Women in economic decision-making in the EU - Publications Office of the EU (europa.eu)
- Proposal for a DIRECTIVE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on improving the gender balance among non-executive directors of companies listed on stock exchanges and related measures. – Arvutivõrgus: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/HIS/?uri=celex:52012PC0614>
- CESCR) General comment No. 13: the right to education (art. 13)
- Committee on the Elimination of Racial Discrimination (2009) General Recommendation No. 32
- The meaning and scope of special measures in the International Convention on the Elimination of Racial Discrimination
- Kivioja, K. Müller, L. Oja. PõhiSK § 12/ 4. – Eesti Vabariigi põhiseaduse Komm vlj. 2020. – Arvutivõrgus: <http://www.pohiseadus.ee>
- Glossary - Regional Policy - European Commission (europa.eu) The principle is enshrined in the Treaty on European Union under Article 5

Kasutatud õigusaktid

- Eesti Vabariigi põhiseadus RT I, 15.05.2015, 2
- Võrdse kohtlemise seadus RT I, 26.04.2017, 9
- Soolise võrdõiguslikkuse seadus RT I 2004, 27, 181
- Euroopa Liidu lepingu ja Euroopa Liidu toimimise lepingu konsolideeritud versioonid 2012/C 326/01ÜRO

- Konventsioon naiste diskrimineerimise kõigi vormide likvideerimise kohta RT 1991, 35, 428
- Nõukogu direktiiv 2000/43/EÜ, 29. juuni 2000, millega rakendatakse võrdse kohtlemise põhimõtte sõltumata isikute rassilisest või etnilisest päritolust
- Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2006/54/EÜ, 5. juuli 2006, meeste ja naiste võrdsete võimaluste ja võrdse kohtlemise põhimõtte rakendamise kohta tööhõive ja elukutse küsimustes (uuestisõnastamine)
- Nõukogu direktiiv 2004/113/EÜ, 13. detsember 2004, meest ja naiste võrdse kohtlemise põhimõtte rakendamise kohta seoses kaupade ja teenuste kättesaadavuse ja pakkumisega
- Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2010/41/EL 7. juuli 2010, füüsilisest isikust ettevõtjatena tegutsevate meeste ja naiste võrdse kohtlemise põhimõtte kohaldamise kohta, millega tunnistatakse kehtetuks nõukogu direktiiv 86/613/EMÜ
- Nõukogu direktiiv 2000/78/EÜ, 27. november 2000, millega kehtestatakse üldine raamistik võrdseks kohtlemiseks töö saamisel ja kutsealale pääsemisel
- Nõukogu direktiiv 76/207/EMÜ, 9. veebruar 1976, meeste ja naiste võrdse kohtlemise põhimõtte rakendamise kohta seoses töö saamise, kutseõppe ja edutamisega ning töötingimustega
- Euroopa Liidu põhiõiguste harta 2012/C 326/02
- Amsterdami leping millega muudetakse Euroopa Liidu Lepingut, Euroopa Ühenduste asutamislepinguid ja teatavaid nendega seotud akte 97/C 340/01
- ÜRO rahvusvaheline konventsioon rassilise diskrimineerimise kõigi vormide likvideerimise kohta Rassilise diskrimineerimise likvideerimise komitee üldsoovitus nr 32 (*CERD Committee General Recommendation No. 32*)
- Gender Equality Directive (recast), Art. 14 (2); Racial Equality Directive, Art. 4; Employment Equality Directive, Art. 4 (1)
- Art. 10 § 4 Antidiscrimination law; Art. 10 § 4 Antiracism law; art. 16 § 4 Gender law.
- Art. 4, 11° antidiscrimination law; art. 4, 11°, Antiracism law; art. 5, 11°, Gender law.
- Art. 10 § 2 Antidiscrimination law; Art. 10 § 3 Antiracism law

- https://www.unia.be/files/Documenten/Aanbevelingen-advies/Note_cadre_sur_les_actions_positives_2018.pdf.
- Art. 10 § 4 Antidiscrimination law; Art. 10 § 4 Antiracism law; art. 16 § 4 Gender law
- Government Equalities Office (2011), EQUALITY ACT 2010: PUBLIC SECTOR EQUALITY DUTY WHAT DO I NEED TO KNOW? A QUICK START GUIDE FOR PUBLIC SECTOR ORGANISATIONS [equality-duty.pdf](https://www.equality-duty.pdf) ([pfc.org.uk](https://www.pfc.org.uk)) Royal Decree 901/2020, of October 13
- EQUALITY ACT 2010: WHAT DO I NEED TO KNOW? A QUICK START GUIDE TO USING POSITIVE ACTION IN RECRUITMENT AND PROMOTION. –
Arvutivõrgus:
https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/85014/positive-action-recruitment.pdf

Kasutatud kohtupraktika

- RKÜKo 10.12.2003, nr 3-3-1-47-03, p 24
- RKÜKo 10.12.2003, nr 3-3-1-47-03, p-d 25–26
- RKHKo 20.10.2008, nr 3-3-1-42-08, p 27
- RKÜKo 10.12.2003, nr 3-3-1-47-03, p-d 25–26
- RKHKo 20.10.2008, nr 3-3-1-42-08, p 27
- RKHK 3-4-1-1-05
- RKPJK 3-4-1-12-10
- RKPJKo 02.05.2005, 3-4-1-3-05, p 20
- RKPJKo 27.12.2011, 3-4-1-23-11, p 56
- EK. C-222/14 Konstantinos Maïstrellis v Ypourgos Dikaïosynis, Diafaneias kai Anthropinon Dikaïomaton [2015] EU:C:2015:473, 22.42 Maïstrellis (2015)
- EK. Euroopa Komsjoni tõlgendust kohtuasjast Case C-450/93, Kalanke v Freie Hansestadt Bremen (1996) COM(96)88, 9-10
- EK. C-476/99, H. Lommers v Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij

- EK. C-173/13 Maurice Leone and Blandine Leone v Garde des Sceaux, ministre de la Justice and Caisse nationale de retraite des agents des collectivités locales [2014] EU:C:2014:2090
- EK. C-158/97. Georg Badeck ja teised
- EK. C-407/98 EK. Katarina Abrahamsson v Leif Anderson v Elisabet Fogelqvist,
- EK. C-366/99 EK Joseph Griesmar v Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie and Ministre de la Fonction publique, de la Réforme de l'Etat et de la Décentralisation.
- EK. C-409/95 Hellmut Marschall v Land Nordrhein-Westfalen [1997] EU:C:1997:533.