

## JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS

DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

27 päivänä marraskuuta 2007<sup>1</sup>

### I Johdanto

1. Raskautta ympäröi kauan salaperäisyyden verho: nopeita raskaustestejä ei ollut vielä keksitty, eikä tekniikan kehitys ollut edennyt niin pitkälle, että äidin kohdussa olevasta sikiöstä olisi saatu kuvia. Raskaana olevalla naisella ei ennen ollut välitöntä varmuutta omasta tilastaan, vaan hän joutui usein elämään epätietoisuudessa viikkoja. Muutamat tarkkailijat, varsinkin lääketieteen pioneerit, yrittivät kuvailla raskauden oireita. Plinius vanhempi kirjoittaa teoksensa *Naturalis historia* VII kirjassa, että ”kymmenenä päivänä sikiämisestä ilmenee päänsärkyä, huimausta, heikotusta, pahoinvointia ja vatsavaivoja, jotka ovat merkkejä siitä, että ihmislapsi on aluillaan”; hän toteaa vielä, että ”naisen hipiä kirkastuu ja raskaus etenee helpommin, kun hän odottaa poikalasta”.<sup>2</sup>

2. Useimmissa yhteiskunnissa on haluttu asettaa raskaana oleva nainen etusijalle paitsi kunnianosoituksena häntä kohtaan myös siksi, että häntä – ja hänen lastaan – voitaisiin suojella pahoilta enteiltä ja äitiyden vaaroilta. Ranskalainen kansatieteilijä Arnold Van Gennep kuvaa tunnetussa teoksessaan *Les rites de passage* (julkaistu vuonna 1909) tiettyjä seremonioita, joilla primitiivisissä yhteiskunnissa juhlistetaan ihmisten kokemia muutoksia: raskautta, syntymää, avioitumista ja kuolemaa.<sup>3</sup>

3. Toinen Balzacin romaanin *Kahden nuoren aviovaimon muistelmat* sankaritarta on ensimmäistä kertaa raskaana ja hämmästelee sitä, ettei se aluksi tunnu juuri miltään, ja hän saa tietää omasta tilastaan muiden katseista eikä omasta kehostaan; hän toteaa, että ”äitiys [on] etupäässä mielikuvituksen asia”, ja on oireiden ilmaantuessa hyvin utelias tietämään, millä hetkellä äitiys oikeastaan alkaa.<sup>4</sup> Francisco de Goya maalasi

1 – Alkuperäinen kieli: espanja.

2 – Pline l’Ancien, *Histoire naturelle*, livre VII, v, Ed. Firmin-Didot, Paris, 1883, s. 286.

3 – Van Gennep, A., *Les rites de passage*, Ed. A. et J. Picard, 1992.

4 – Balzac, H., *Kahden nuoren aviovaimon muistelmat*, XXVIII, suom. L. Onerva, Kustannusosakeyhtiö Kirja, Helsinki, 1917, s. 195.

Chinchónin kauniin 21-vuotiaan kreivittären tämän nuoruuden kukoistuksessa ja salaimatta odotusta, josta aragonialainen mestari hienovaraisesti vihjasi asettamalla mallin kutreille herkän vehnäntähkäseppleen, hedelmällisyyden vertauskuvan.<sup>5</sup>

4. Mayr varmastikin halusi pitää omana tietonaan halunsa tulla äidiksi. Ei ole mitenkään tavatonta ajatella, että hän olisi mieluiten halunnut salata muutaman kuukauden ajan tuon hänen yksityiselämänsä ja lähipiirilleen kuuluvan asian. Sitä mahdollisuutta hänelle ei kuitenkaan suotu, sillä keinohedelmöitys, johon hän joutui turvautumaan, pakotti hänet paljastamaan salaisuuden heti. Hänelle oli tehty follikkelipunktio ja hänen munasolunsa oli hedelmöitetty laboratoriossa eikä alkioita ollut vielä siirretty hänen kohtuunsa, kun yritys purki hänen työsuhteensa.

5. Itävallan Oberster Gerichtshof (ylin tuomioistuin) tiedustelee yhteisöjen tuomioistuimelta direktiivin 92/85/ETY<sup>6</sup> 2 artiklan a alakohdassa tarkoitettua ”raskaana olevan

työntekijän” käsitteen ulottuvuutta erityisesti sen selvittämiseksi, voitiinko kantajaa pitää kyseisellä yhteisön säännöksellä suojeltuna raskaana olevana työntekijänä silloin, kun yritys irtisanoi hänet.

6. Tässä ennakkoratkaisuasiassa halutaan siten määrittää ajankohta, jolloin edellä mainitussa direktiivissä tarkoitettu raskaus saa alkunsa. Aihe on äärimmäisen arkaluonteinen, sillä se saattaisi välillisesti käynnistää sellaisen lääketieteellis-eettisen väittelyn elämän alkuperästä, joka on tässä yhteydessä yhtä tarpeeton kuin asiaankuulumatonkin.

## II Asiaa koskevat oikeussäännöt

### A Yhteisön sääntely

#### 1. Direktiivi 92/85

7. Ennakkoratkaisukysymys kohdistuu direktiiviin 92/85/ETY ja erityisesti sen 2 artiklan a

5 – Maalausta voi ihastella Museo del Pradosa, Madridissa.

6 – Toimenpiteistä raskaana olevien ja äskettäin synnyttäneiden tai imettävien työntekijöiden turvallisuuden ja terveyden parantamisen kannustamiseksi työssä 19.10.1992 annettu neuvoston direktiivi 92/85/ETY (EYVL L 348, s. 1–8).

alakohtaan, jonka mukaan ”raskaana olevalla työntekijällä” tarkoitetaan ”raskaana olevaa työntekijää, joka kansallisen lainsäädännön ja/tai kansallisen käytännön mukaisesti ilmoittaa työnantajalleen tilastaan”.

8. Direktiivin soveltamisalaan kuuluville (naispuolisille) työntekijöille annettuihin takeisiin kuuluu irtisanomiskielto, jolla turvataan ”oikeudet terveyden ja turvallisuuden suojeluun”. Jäsenvaltioiden on 10 artiklan mukaan toteutettava aiheelliset toimenpiteet tällaisen irtisanomisen estämiseksi raskauden alkamisesta äitiysloman päättymiseen, lukuun ottamatta erityisiä tapauksia, jotka eivät liity työntekijän tilanteeseen, joissa irtisanominen on kansallisen lainsäädännön tai käytännön mukaan sallittua edellyttäen, että toimivaltainen viranomainen on ilmaissut suostumuksensa (1 alakohta); säännöksessä todetaan vielä, että jos työntekijä irtisano- taan tuona aikana, on työnantajan esitettävä kirjallisesti syyt irtisanomiselle (2 alakohta).

## 2. Direktiivi 76/207

9. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomiois- tuin ei tosin mainitse sitä erikseen, mutta myös direktiivi 76/207/ETY<sup>7</sup> on asiassa

7 – Miesten ja naisten tasa-arvoisen kohtelun periaatteen toteuttamisesta mahdollisuuksissa työhön, ammatilliseen koulutukseen ja uralla etenemiseen sekä työoloissa 9.2.1976 annettu neuvoston direktiivi 76/207/ETY (EYVL L 39, s. 40–42).

merkityksellinen. Sen 2 artiklan 1 kohdassa säädetään tasa-arvoisen kohtelun periaat- teesta, että ”minkäänlaista sukupuoleen perustuvaa syrjintää ei saa esiintyä välittö- mästi tai välillisesti etenkin siviilisäädyn tai perheaseman perusteella”, ja saman artiklan 3 kohdassa täsmennetään, että direktiivin säännökset eivät estä ”naisten suojelua erityi- sesti raskauden ja synnytyksen perusteella”.

10. Direktiivin 5 artiklassa puolestaan sääde- tään, että edellä mainitulla tasa-arvoisen kohtelun periaatteella työoloissa, palvelus- suhteen lakkauttamisen perusteet mukaan lukien, tarkoitetaan, että miehille ja naisille on taattava sama asema ilman minkäänlaista sukupuoleen perustuvaa syrjintää.

11. Direktiiviä 76/207 muutettiin direktiivillä 2002/73/EY,<sup>8</sup> joka on sittemmin kumottu ja korvattu direktiivillä 2006/54/EY.<sup>9</sup> Kumpaa- kaan kahdesta viimeksi mainitusta säädök- sestä ei kuitenkaan sovelleta tähän asiaan, sillä direktiivin 2002/73 saattamista osaksi kansallista lainsäädäntöä koskevan määrä- ajan päättymisen ja direktiivin 2006/54 anta- minen osuvat vasta pääasian tosiseikkojen tapahtuma-ajan jälkeiselle ajanjaksolle.

8 – Miesten ja naisten tasa-arvoisen kohtelun periaatteen toteuttamisesta mahdollisuuksissa työhön, ammatilliseen koulutukseen ja uralla etenemiseen sekä työoloissa annetun neuvoston direktiivin 76/207/ETY muuttamisesta 23.9.2002 annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi (EYVL L 269, s. 15).

9 – Miesten ja naisten yhtäläisten mahdollisuuksien ja yhdenvertaisen kohtelun periaatteen täytäntöönpanosta työhön ja ammattiin liittyvissä asioissa (uudelleenlaadittu toisinto) 5.7.2006 annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi (EUVL L 204, s. 23).

## B Itävallan lainsäädäntö

12. Äitiyden suojelusta annetun Itävallan lain (Mutterschutzgesetz, jäljempänä MSchG) 10 §:n mukaan työntekijää ei voida laillisesti irtisanoa raskauden aikana eikä synnytystä seuraavien neljän kuukauden aikana edellyttäen, että hän on ilmoittanut näistä seikoista työnantajalle ennen irtisanomista tai viiden vuorokauden kuluessa irtisanomisesta.

13. Lisäksi Itävallan hedelmöityshoitolaissa (Fortpflanzungsmedizingesetz, jäljempänä FMedG) määritellään ”elinkelpoisiksi esialkioiksi” hedelmöityneet munasolut ja niistä saadut solut (1 §:n 3 momentti) ja sallitaan niiden säilyttäminen enintään kymmenen vuoden ajan (17 §:n 1 momentti).

## III Tosiseikat, pääasia ja ennakkoratkaisukysymys

14. Sabine Mayr oli työskennellyt Bäckerei und Konditorei Gerhard Flöckner OHG:n palveluksessa tarjoilijana 3.1.2005 alkaen.

15. Noin puolitoista kuukautta kestäneen hormonihoidon jälkeen hänelle tehtiin follikkelipunktio 8.3.2005, ja hänen omalääkäriensä määräsi hänelle sairauslomaa 8.–13.3.2005, sillä hänen kohtuunsa oli tarkoitus siirtää kaksi alkioita viimeksi mainittuna päivänä.<sup>10</sup>

16. Yritys kuitenkin irtisanoi Mayrin 10.3.2005 puhelinkeskustelun yhteydessä 26.3.2005 alkaen. Mayr ilmoitti yritykselle samana päivänä eli 10.3.2005 päivätyllä kirjeellä toimenpiteestä, joka hänelle oli tarkoitus suorittaa 13.3.2005. Ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen mukaan on osoitettu, että irtisanomispäivänä kantajalta otetut munasolut olivat jo sulautuneet hänen kumppaninsa siittiöihin eli että oli olemassa koeputkialkioita.

17. Mayr vaati tällöin yritykseltä oikeusteitse palkkaansa ja asianmukaista osaa vuosiansioista; hänen mukaansa 10.3.2005 tapahtunut irtisanominen oli pätemätön, sillä hän oli siitä alkaen, kun munasolut hedelmöitettiin koeputkessa 8.3.2005, kuulunut MSchG:n 10 §:n 1 momentin mukaisen irtisanomissuojan piiriin. Yritys vaati kanteen hylkäämistä, sillä raskaus ei ollut vielä alkanut irtisanomisajankohtana.

10 – Ennakkoratkaisupyynnön koskevassa päätöksessä todetaan, että Mayr oli jo kaksi kertaa aiemmin yrittänyt keinohedelmöitystä, mutta siinä ei mainita ajankohtaa.

18. Landesgericht Salzburg (Salzburgin osavaltion alioikeus) hyväksyi ensimmäisessä oikeusasteessa Mayrin vaatimukset, sillä se katsoi, että Oberster Gerichtshofin (Itävallan korkein oikeus) oikeuskäytännön mukaan MSchG:n 10 §:ssä vahvistettu irtisanomissuoja alkaa munasolun hedelmöitymisestä ja että se olisi siten ulotettava koskemaan koeputkihedelmöitystä, sillä MSchG:n tavoitteena on turvata äidin taloudellinen toimeentulo.

19. Bäckerei und Konditorei Gerhard Flöckner OHG valitti tuomiosta Oberlandesgericht Linziin (muutoksenhakutuomioistuim), joka kumosi alioikeuden tuomion sillä perusteella, että riippumatta siitä, missä vaiheessa raskautta hormonaaliset muutokset ilmenevät, raskautta ei voida ajatella erillään naisen ruumiista. Koeputkihedelmöityksessä raskaus – ja samalla myös irtisanomissuoja – alkaisi näin ollen siitä, kun hedelmöitynyt munasolu siirretään kohtuun.

20. Mayr valitti muutoksenhakutuomioistuimen tuomiosta Oberster Gerichtshofiin. Kyseinen Itävallan tuomioistuin katsoi, että riita-asian ratkaisu edellyttää yhteisön oikeussääntöjen tulkintaa, joten se on esittänyt yhteisöjen tuomioistuimelle EY 234 artiklan nojalla seuraavan ennakkoratkaisukysymyksen:

”Onko koeputkihedelmöitykseen turvautuvaa työntekijää pidettävä silloin, kun

kumppanin siittiöt ovat irtisanomisajankohdasta jo hedelmöittäneet hänen munasolunsa eli on olemassa ’koeputkialkioita’, joita ei kuitenkaan ole vielä siirretty naisen kohtuun, toimenpiteistä raskaana olevien ja äskettäin synnyttäneiden tai imettävien työntekijöiden turvallisuuden ja terveyden parantamisen kannustamiseksi työssä (kymmenes direktiivin 89/391/ETY 16 artiklan 1 kohdassa tarkoitettu erityisdirektiivi) 19.10.1992 annetun neuvoston direktiivin 92/85/ETY 2 artiklan a alakohdan ensimmäisessä lauseessa tarkoitettuna ’raskaana olevana työntekijänä’?”

#### **IV Asian käsittelyn vaiheet yhteisöjen tuomioistuimessa**

21. Ennakkoratkaisupyyntö kirjattiin saapuneeksi yhteisöjen tuomioistuimeen 14.12.2006.

22. Pääasian vastaaja ensimmäisessä instanssissa, komissio sekä Kreikan, Italian ja Itävallan hallitukset ovat esittäneet kirjallisia huomautuksia.

23. Itävallan ja Kreikan hallitukset sekä komission asiamiehet ovat osallistuneet 16.10.2007 pidettyyn istuntoon suullisten huomautusten esittämistä varten.

kielletään tällaisessa tilanteessa olevan naisen irtisanominen ”raskauden alkamisen ja – – äitiysloman päättymisen välisenä aikana”.<sup>11</sup> Näin ollen sillä estetään ”raskaana olevan työntekijän” irtisanominen raskausajan alusta; kyseinen käsite määritellään 2 artiklan a alakohdassa, jossa säädetään vielä, että työntekijän on täytynyt ilmoittaa työnantajalleen tilastaan ”kansallisen lainsäädännön ja/ tai kansallisen käytännön mukaisesti”.

## V Ennakkoratkaisukysymyksen tarkastelu

### A Direktiivin 92/85 sovellettavuus

#### 1. ”Raskaana olevan työntekijän” käsite

24. Oberster Gerichtshof on epävarma direktiivin 92/85 soveltamisalasta ja erityisesti ”raskaana olevan työntekijän” määritelmän ulottuvuudesta direktiivissä säädetyn työsuhteturvan kannalta.

25. Kyseinen direktiivi annettiin perustamis-sopimuksen 118 a artiklan (josta on tullut EY 138 artikla) perusteella, ja sen tarkoituksena on taata raskaana olevien ja äskettäin synnyttäneiden tai imettävien työntekijöiden turvallisuus ja terveys työssä. Siten sen 10 artiklassa

2. Edeltävä toimenpide: työnantajalle ilmoittaminen

26. On syytä siirtää hetkeksi syrjään – hyvinkin keskeinen – kysymys, joka liittyy raskauden alkamisajankohtaan, ja käsitellä nyt yritykselle ilmoittamista koskevaa vaatimusta, sillä pääasiassa vastaajana oleva yritys väittää huomautuksissaan, että vaikka Mayrin katsottaisiinkin irtisanomisajankohdaksi olleen raskaana sanan lääketieteellisessä merkityksessä, direktiivissä säädetty irtisanomissuojat ei koskisi häntä, sillä hän ei ollut paljastanut kyseistä tietoa työnantajalleen.

27. Edellä mainitun 2 artiklan mukaan kunkin jäsenvaltion lainsäädännössä voidaan

11 – Tämä pätee ”lukuun ottamatta erityisiä tapauksia, jotka eivät liity työntekijän tilaan, joissa irtisanominen on kansallisen lainsäädännön ja/ tai käytännön mukaan sallittua edellyttäen, että toimivaltainen viranomais on antanut suostumuksensa” (10 artiklan 1 kohta).

kuitenkin määrittää tällaisen tiedottamisen tapa ja määräaika, ja kansallisen tuomioistuimen asiana on arvioida nämä seikat. Itävallan mainitun lainsäädännön perusteella voidaan kuitenkin melko varmasti todeta, että ilmoitus oli tehty riittävän ajoissa, sillä MSchG:n 10 §:n mukaan asiasta on ilmoitettava viiden vuorokauden kuluessa työntekijän irtisanomisesta, ja Mayr oli lähettänyt raskaudesta kertovan kirjeen samana päivänä, jona hän oli käynyt puhelinkeskustelun yrityksen edustajan kanssa.

koskevaa kiistaa on usein käyty abortti-keskustelun yhteydessä. Tietyt toimenpiteet katsotaan syntyvyyttä säännösteleviksi (ehkäiseviksi) menetelmiksi (esimerkiksi ehkäisyvälineet) tai raskaudenkeskeytysmenetelmiksi sen mukaan, mistä ajankohdasta raskauden katsotaan alkavan. Tähän väitteeseen liittyvien eettisten sivujuonteiden vuoksi se kannattaa erottaa yhteisöjen tuomioistuimelle esitetystä puhtaasti oikeudellisesta pulmasta, jonka osalta on täsmennettävä se, milloin nainen pääsee direktiivin 92/85 mukaisen suojan piiriin, eikä sitä, milloin uuden ihmislapsen syntymään johtava biologinen prosessi saa alkunsa.

### 3. Raskauden alku suojan piirissä olevan naisen fyysisenä tilana

28. Kun edellä mainittu seikka on nyt selvitetty, on pureuduttava asian ytimeen eli ratkaistava, milloin nainen on raskaana ja siten direktiivin 92/85 mukaisen suojan piirissä; direktiivissä ei nimittäin säädetä tästä asiasta (2 artiklan a alakohdan viittaus ”kansallisen lainsäädännön ja/tai kansallisen käytännön mukaisesti” koskee ainoastaan työnantajalle ilmoittamista, kuten komissio kirjelmässään osuvasti huomauttaa). Direktiivin nimenomaisen säännöksen puuttuessa on pakko turvautua lääketieteeseen.

30. Gynekologit ja synnytyslääkärit käyttävät raskausajan laskennassa usein erilaisia ajoitusmalleja: naisen edellisen kuukautisvuodon alkamispäivää, naisen ovulaatiopäivää, hedelmöitymisajankohtaa, hedelmöityneen munasolun kiinnittymisajankohtaa tai sitä ajankohtaa, jolloin raskaus havaitaan kemiallisesti. Kaikista näistä perusteista riippumatta raskauden alku liitetään perinteisesti ”hedelmöitymiseen”.

31. Vuonna 1875 Oskar Hertwig havaitsi merisiilien lisääntymistä koskeneissa tutkimuksissaan, että hedelmöityminen tapahtuu siittiön tunkeutuessa munasoluun.<sup>12</sup> Hedelmöityminen liitettiin siitä lähtien tämän

29. Ensiksi on syytä mainita eräs merkittävä seikka eli se, että raskauden alkamista

12 – Lähde: Encyclopaedia Universalis, hakusana ”embryologie”.

saksalaisen eläintieteilijän kuvaamaan prosessiin, ja viime vuosisadan puolessavälissä se yhdistettiin implantaation tunnettuun ilmiöön, jolla tarkoitettiin hedelmöityneen munasolun nidaatiota kohdun seinämään, ja sitten viitattiin alkiorakkulaan.

vaihtelevaa perustetta: a) alan kirjallisuus, jossa kallistutaan tähän suuntaan; b) sanan ”raskaus” varsinainen merkitys, joka ei ole ristiriidassa tällaisen tieteellisen katsantokannan kanssa; c) direktiivin pääasiallinen tavoite, jonka mukaan raskaana olevan työntekijän turvallisuudesta ja terveydestä on huolehdittava; ja lopuksi d) se tosiseikka, ettei kyseistä suojaa voida loputtomiin pitkittää.

32. Lyhyt tiivistys on ehkä paikallaan:<sup>13</sup> kun siittiö on hedelmöittänyt munasolun, tsygootti jakautuu useita kertoja matkallaan kohti kohtua. Kun hedelmöityksestä on kulunut noin viisi vuorokautta, on jo muodostunut solurykelmästeella oleva alkio ja sitä ympäröivä solukko, josta tulee istukka. Noin kuudentena päivänä tämä alkiorakkula kiinnittyy kohdun katokalvoon, mitä kutsutaan nidaatioksi tai implantaatioksi.

a) Raskauden käsite FIGO:n mukaan

33. Hedelmöityminen ja implantaatio ovat siten ne kaksi vaihetta, joiden perusteella eri tutkijat määrittävät raskauden alkamisen. Valinnassa vaikuttavat ennakkokäsitykset, ja siitä on käytännön seurauksia;<sup>14</sup> asia mutkistuu etenkin silloin, kun – kuten Mayrin tapauksessa – suvunjakamista yritetään lääketieteen tekniikoiden avulla. Arvioimatta kummankaan näkemyksen tieteellistä perustaa päätysin useiden seikkojen vuoksi siihen, että raskaana olevan oikeussuoja syntyy alkiorakkulan kiinnittyessä kohtuun. Minulla on tähän neljä merkitykseltään

34. Asiantuntijanäkemyksistä tästä asiasta saadaan tietyiltä kansainvälisiltä järjestöiltä ja tahoilta, joiden pätevyys on kiistaton ja jotka puoltavat nidaatioajankohdan valintaa. Siten esimerkiksi FIGO:n (International Federation of Gynecology and Obstetrics) Committee for the Ethical Aspects of Human Reproduction kuvasi Kairoissa maaliskuussa 1998 antamassaan julistuksessa raskautta osaksi ihmisen lisääntymisprosessia, ”joka alkaa ihmisalkion kiinnittymisestä naisen kohtuun ja päättyy vauvan syntymään tai keskenmenoon”.<sup>15</sup>

13 – Näiden tietojen lähteenä on Encyclopedia Britannica, hakusana ”pregnancy”, s. 675.

14 – Syitä on jo selvitetty edellä, ja näin on siitäkin huolimatta, että näiden vaiheiden välillä kuluu yleensä viisi tai kuusi vuorokautta.

15 – Julistus on julkaistu kirjasessa ”Recommendations on Ethical Issues in Obstetrics and Gynecology by the FIGO Committee for the Study of Ethical Aspects of Human Reproduction” (marraskuu 2006): [http://www.figo.org/about\\_guidelines.asp](http://www.figo.org/about_guidelines.asp).



35. Tämän tulkinnan mukaan Mayr ei irtisanomishetkellä ollut direktiivissä 92/85 tarkoitettu raskaana oleva työntekijä, sillä vaikka hänen munasolunsa olivat tuolloin jo hedelmöityneinä laboratoriossa, niitä ei ollut vielä siirretty hänen kehoonsa eikä nidaatiota ollut tapahtunut.<sup>16</sup>

37. Jos raskauden katsotaan edellä mainitun FIGO:n määritelmän mukaan alkavan vasta sitten, kun ihmisalkio on kiinnittynyt naisen kohtuun, Mayr ei siis olisi ollut raskaana yrityksen irtisanoessa hänet.

b) ”Raskauden” käsitteen tavanomainen merkitys

36. Asian tosiseikoista voidaan vielä sanoa, että Mayrille suoritettiin noin puolitoista kuukautta kestäneen hormonihoidon jälkeen follikkelipunktio 8.3.2005, ja hänen omalääkäriensä myönsi hänelle viiden päivän sairausloman. Hänet irtisanottiin 10.3.2005, jolloin laboratoriossa oli jo viljelty laboratoriossa kerätyt munasolut, jotka annettujen tietojen mukaan olivat hedelmöityneet. Saadut alkiot siirrettiin kolme päivää myöhemmin eli 13.3.2005.

38. Tällainen tulkinta vastaa sitä, miten sana ”raskaus” tavanomaisesti ymmärretään lääketieteessä, jossa sitä käytetään kuvaamaan hedelmöityksestä synnytykseen johtavaa prosessia. Kyseinen merkitys löytyy myös niistä ajan säälimättömältä hampaalta suojaavista pyhätoista, joita kutsutaan sanakirjoiksi.<sup>17</sup> Raskaus yhdistetään uuden ihmislapsen kehittymiseen naisen kohdussa, mikä ei ollut vielä tapahtunut Mayria irtisanotessa. Mikään ei muuta sitä tosiseikkaa, että hän sittemmin tuli raskaaksi; ei sekään, että hänen jättäessään työnsä hänen munasolunsa olivat hedelmöityneet laboratoriossa, sillä tässä asiassa – toisin kuin vastaajana oleva

16 – Mayrille suoritettu koeputkihedelmöitys on tällä hetkellä yksi yleisimmistä keinohedelmöitysmenetelmistä, ja siinä on useita vaiheita: 1) Munasarjoja stimuloidaan hormoneilla lihaksensisäisillä tai ihonalaisilla pistoksilla, jolloin saman kierron aikana tuotetaan useita munasoluja (tämä on välttämätöntä, sillä kaikista ovosyiteistä ei saada siirrettäväksi kelpaavia munasoluja). 2) Ovosyytit kerätään emättimen kautta ultraääniohjatussa punktiossa; tämä paikallispuudutuksena tehtävä toimenpide kestää noin 15 minuuttia, ja potilas pääsee kotiin 20–30 minuutin kuluttua. 3) Keräämisen jälkeen kypsä munasoluja säilytetään elatusmaljassa pestyn siemennesteen kanssa; hedelmöitymisen voi havaita seuraavana päivänä. Munasolut säilytetään sen jälkeen kehittymisen kannalta ihanteellisissa oloissa. 4) Hedelmöityneet munasolut siirretään alkioina naisen sukuelimiin (kohtuun tai munanjohtimiin); alkioiden ominaisuuksien mukaan tämän toimenpiteen otollisin suorittamisaika on kahdesta kuuteen vuorokautta munasolujen hedelmöityksen jälkeen; myös siirrettyjen alkioiden määrä vaihtelee eri tekijöiden perustella, mutta alkioita on keskimäärin kaksi tai kolme. 5) Kun kohtuun on siirretty sopiva määrä alkioita, loput alkiot pakastetaan myöhempää käyttöä varten. (Lähde: Instituto Valenciano de Infertilidad. <http://www.ivi.es/tratamientos/fecundacion.htm>)

17 – Pascual, J. A., *La Historia como pretexto*, esitelmä 10.3.2002 teoksen julkistamistilaisuudessa Real Academia Española:ssa, Madrid, 2002, s. 82. Hän toteaa myös, että akatemian sanakirja on valmis hyväksymään mitä tahansa melkein missä tahansa, jopa Vetustassa, sillä L. Alas (”Clarín”) sijoittaa suurenmoisessa romaanissaan *La Regenta* (G. Sobejanon toimittama laitos, 5. painos, Ed. Castalia, Madrid, 1990, nide I, s. 254) sanakirjan yhden kappaleen kyseisen kaupungin kasinoin. Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española:n määritelmä raskaudelle on ”estado en que se halla la hembra gestante” (kantavana olevan naaraan tila) ja Dictionnaire de l’Académie française määritelmä ”état d’une femme enceinte; durée de cet état” (raskaana olevan naisen tila; tuon tilan kesto).

yritys väittää<sup>18</sup> – ei ole arvioitava, oliko jo tsygootti syntynyt lapsi (nasciturus) käsitteen oikeudellisessa merkityksessä, vaan selvitetävä, oliko raskaus alkanut.

ajautua sivuraiteille, sillä Mayrin raskauden poissulkemiseksi irtisanomisajankohtana tarvitsee ainoastaan tietää, ettei alkioita ollut vielä istutettu hänen kohtuunsa.

39. Olen niin ikään eri mieltä Kreikan hallituksen kanssa, kun se väittää kirjelmänsä 17 kohdassa, että se seikka, että asianosainen saattaa koeputkihedelmöityksessä tulla toisiin ajatuksiin vielä hedelmöityneen munasolun siirtohetkellä, ei tarkoita, että hänen tilanteensa poikkeaisi luonnollisesta raskaudesta, jossa vapaaehtoinen keskeytys on myös mahdollinen. Kumpaakaan tilannetta moraalisesti tuomitsematta voidaan todeta, että niiden välillä on eräs oikeudellinen erottava tekijä, sillä koeputkihedelmöityksessä äidin kohdussa ei ole uutta elämää ennen implantaatiota.

40. Itävallan hallitus vetoaa myös direktiivin 92/85 suojelemaan tarkoitukseen väittäessään, että jos luonnollisessa hedelmöityksessä raskaus saa alkunsa munasolun ja siittiön sulautuessa naisen kehossa, koeputkihedelmöityksessä se alkaisi silloin, kun laboratoriossa hedelmöityneet munasolut siirretään kohtuun. ”Nidaatiota” (joka kestää vielä viisi tai kuusi vuorokautta) ei siis tarvitsisi odottaa. Tässä asiassa on kuitenkin mielestäni turhaa

### c) Direktiivin tarkoitus

41. Näkemys, jonka mukaan Mayr ei ollut raskaana, vastaa direktiivin 92/85 tarkoitusta; sen tarjoamalla suojalla halutaan edistää raskaana olevien työntekijöiden turvallisuuden ja terveyden parantamista, mikä viittaa heidän fysiologiseen tilaansa. Direktiivin johdanto-osan 15. perustelukappaleessa todetaan, että työntekijöiden irtisanomisen kieltämisellä pyritään välttämään tällaisen päätöksen kielteiset vaikutukset heidän fyysiseen tai henkiseen tilaansa.

42. Tällainen tulkinta on esitetty myös yhteisöjen tuomioistuimen asiassa Brown 30.6.1998 antamassa tuomiossa<sup>19</sup> ja asiassa Tele Danmark 4.10.2001 antamassa tuomiossa,<sup>20</sup> joissa katsottiin, että kyseisellä 10 artiklalla pyritään estämään, että irtisanomisuhka saa asianomaisen työntekijän vapaaehtoisesti keskeyttämään raskautensa.<sup>21</sup>

19 – Asia C-394/96 (Kok. 1998, s. I-4185).

20 – Asia C-109/00 (Kok. 2001, s. I-6993).

21 – Tämä näkemys tuodaan esille myös kyseisissä asioissa 5.2.1998 ja 10.5.2001 esittämässäni ratkaisuehdotuksissa.

18 – Sen kirjelmän 5 kohta.

Säännöksellä, jonka soveltamisalasta ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin on epävarma, pyritään turvaamaan raskaana olevan biologinen tila. Yhteisön oikeussäännöllä suojellaan niin ikään – ja aivan yhtä toivottavasti – naisen oikeutta jatkaa sukua (yleisellä tasolla), tulla raskaaksi ja synnyttää ilman, että hänen työnsä muodostuu siinä ylipääsemättömäksi esteeksi, mutta tämä ei enää kuulu direktiivin 92/85 piiriin.

koskevasta Italian lainsäädännön kiellosta<sup>22</sup> ihmisen keinohedelmöitysmenetelmistä 26.5.2006 annettuun Espanjan tuoreeseen lakiin nro 14/2006,<sup>23</sup> jonka mukaan ovosyyntien, munasarjakudoksen ja jäljelle jääneiden esialkioiden kryosäilytysaikaa voidaan pidentää siihen saakka, että vastaavat lääkärit ovat diagnosoineet, ettei vastaanottajalla ole kliinisesti asianmukaisia edellytyksiä keinohedelmöitykseen.<sup>24</sup> Muissa kansallisissa säädöksissä sallitaan elinkelpoisten esialkioiden säilytys tietyn enimmäisajan, joka Itävallassa on kymmenen vuotta (FMedG:n 17 §:n 1 momentti).

#### d) Mahdollisuus lykätä alkioiden siirtoa

43. On eräs toinenkin perustelu, jonka vuoksi taipuisin toteamaan, etteivät direktiivissä 92/85 säädetyt toimenpiteet koske sellaista Mayrin kaltaista työntekijää, jolle oli irtisanomishetkellä suoritettu punktio munasolujen keräämiseksi mutta jonka kohtuun ei ollut vielä istutettu koeputkihedelmöityksessä saatuja alkiota: toimenpiteen onnistumista tai nidaatiota ei ollut todettu. Näiden tapahtumien välillä kuulu yleensä useita vuorokausia; laboratorioissa hedelmöityneitä munasoluja ei sitä paitsi aina siirretä välittömästi naisen sukuelimiin, vaan ne voidaan pakastaa tietyksi ajaksi mahdollista käyttöä varten.

45. Kun otetaan huomioon nämä lainsäädäntöä koskevat tapaukset ja jos yhteisöjen tuomioistuin toteaisi (kuten esimerkiksi Kreikan hallitus vaatii), että direktiivissä 92/85 raskaana olevalle myönnetty suojaa alkaa munasolun hedelmöitymisestä eikä implantaatiosta, 10 artiklassa tarkoitettu irtisanomiskielto kestäisi määrittämättömän ajan; tämä ei vastaisi säännöksen tavoitetta, jonka mukaan sillä halutaan suojella jo raskaana olevaa naista, kun otetaan huomioon hänen tilanteensa alttius vaaroille, eikä sellaista naista, joka tavalla tai toisella haluaa tulevaisuudessa tulla raskaaksi.

44. Jäsenvaltioilla on laaja kirjo säädöksiä aina hedelmöityneiden munasolujen säilytystä

22 – Italian hallituksen kirjelmän 19 kohdan mukaan tästä säädetään 19.2.2004 annetun lain nro 40 14 §:ssä. Kyseessä on yleinen kielto, josta tehdään poikkeuksia vain force majeure -tapauksissa.

23 – BOE 27.5.2006.

24 – Ranskan lainsäätäjät on samoilla linjoilla, sillä kansanterveyslain (Code de la santé publique) L. 2141-4 §:ssä (joka on lisätty 6.8.2004 annetulla lailla) veloitetaan alkioiden säilyttämiseksi asianomaisen parin kumpikin osapuoli (tai elossa oleva osapuoli, jos toinen osapuolista on menehtynyt) ilmoittamaan vuosittain, että vanhemmuus on edelleen heidän tavoitteenaan, tai muussa tapauksessa ovosyytit tuhoataan viiden vuoden kuluttua.

46. Teknisesti on mahdollista istuttaa naisen hedelmöityneitä munasoluja toisen naisen kohtuun (tästä on kyse nk. vuokrakohduissa), vaikka tämä kielletäänkin lailla lähes kaikissa jäsenvaltioissa, joten direktiivin tarjoamaan suojaan voisi viime kädessä vedota sellainenkin naispuolinen työntekijä, joka ei ole raskaana eikä aiokaan tulla raskaaksi.

49. Muilta osin voidaan todeta, että direktiivillä 92/85 vahvistetaan vähimmäistason sääntely, eikä mikään siten estä jäsenvaltioita säätämästä kattavammasta suojasta, mutta Itävallan lainsäädännössä ei ole otettu tällaista askelta – eikä Itävallan lainsäädäntöä ole aihetta moittia tästä.

47. Yhtä vakuuttavana en voi pitää sitä (Italian hallituksen) perustelua, jonka mukaan koeputkessa hedelmöitettyjen munasolujen siirron onnistumismahdollisuudet ovat vähäiset, sillä voitaisiin aina väittää, että ”luonnollinen” raskauskin päättyy toisinaan keskenmenoon, jolloin suoja lakkaisi yhtä lailla olemasta.

#### B *Direktiivin 76/207 mukainen suoja*

#### 4. Päätelmä

50. Tämä ensin esitetty ehdotus, joka asiallisesti noudattelee itävaltalaisen tuomioistuimen esittämän kysymyksen rajoja, ei kuitenkaan estä tarkastelemasta lähemmin nyt esillä olevaa asiaa, jotta voidaan selvittää, onko kuvatussa tilanteessa olevan naispuolisen työntekijän irtisanominen miesten ja naisten tasa-arvoisen kohtelun periaatteen vastaista syrjintää.

48. Kaiken edellä esitetyn perusteella ehdotan, että yhteisöjen tuomioistuin vastaa Oberster Gerichtshofin ennakkoratkaisukysymykseen, että sellainen naispuolinen työntekijä, jolle on suoritettu toimenpide koeputkihedelmöitystä varten, ei ole direktiivin 92/85/ETY 2 artiklan a alakohdassa tarkoitettu ”raskaana oleva työntekijä”, jos hänen munasolunsa on hedelmöitetty laboratoriossa, mutta niitä ei ole vielä siirretty hänen kehoonsa irtisanomisajankohtana.

51. Tällainen perusteellisempi lähestymistapa on perusteltu siksi, että äitiyden suojeleminen on tavoitteena paitsi kansallisen tuomioistuimen mainitsemassa direktiivissä myös muissa yhteisön säädöksissä, erityisesti direktiivissä 76/207, jossa säädetään sukupuolten tasa-arvosta mahdollisuuksissa

työhön, ammatilliseen koulutukseen ja uralla etenemiseen sekä työoloissa.

yhteisön oikeuskäytäntöä, jonka mukaan raskaus ei aiheuta sukupuoleen perustuvaa eriarvoisuutta, mutta se koskettaa vain naista, joten kyseiseen tilaan perustuvat työhön liittyvät päätökset, joista saattaa olla hänelle haittaa, ovat direktiivillä 76/207 kiellettyä syrjintää.

52. Toisin kuin myöhemmin annettu direktiivi 92/85, jolla pyritään kannustamaan raskaana olevien ja äskettäin synnyttäneiden tai imettävien työntekijöiden turvallisuuden ja terveyden parantamista työssä, direktiivi 76/207 on tarkoitukseltaan laajempi, koska sillä tähdätään miesten ja naisten tasa-arvoon työssä. Tämän lähtökohdan mukaisesti direktiivin 92/85 10 artiklassa säädetään irtisanomiskiellosta ”raskauden alkamisen ja – äitiysloman päättymisen välisenä aikana”, kun taas direktiivissä 76/207 ei suoranaisesti mainita raskaudesta johtuvaa irtisanomista vaan pelkästään vahvistetaan tasa-arvoinen kohtelu (5 artiklan 1 kohta), jolla tarkoitetaan, että ”minkäänlaista sukupuoleen perustuvaa syrjintää ei saa esiintyä välittömästi tai välillisesti etenäkään siviilisäädyn tai perhe-aseman perusteella” (2 artiklan 1 kohta).<sup>25</sup>

54. Direktiivissä 76/207 vahvistettu tasa-arvoisen kohtelun periaate tarkoittaa, ettei pelkällä naissukupuoleen kuulumisella voida perustella sellaista erityisjärjestelmää, joka on edullisempi kuin samassa tilanteessa oleviin miehiin sovellettava järjestelmä.

53. Direktiivin 76/207 tämän säännöksen tulkinnasta on olemassa vakiintunutta

55. Tasa-arvoperiaate estää kuitenkin soveltamasta erilaisia sääntöjä samanlaisiin tilanteisiin vain silloin, kun tähän ei ole objektiivista syytä. Sääntöön on olemassa merkittäviä poikkeuksia, ja tämä ilmenee direktiivin 76/207 2 artiklasta, jonka mukaan jäsenvaltiot voivat jättää sen soveltamisalan ulkopuolelle sellaisen toiminnan, jossa työntekijän sukupuoli on toiminnan luonteen tai suorituksen kannalta ratkaiseva (2 kohta) edellyttäen, että tämä ei estä soveltamasta ”säännöksiä, jotka koskevat naisten suojelua erityisesti raskauden ja synnytyksen perusteella” (3 kohta), eikä toteuttamasta ”miesten ja naisten yhtäläisiä mahdollisuuksia edistäviä

25 – Artikkelissa Gorelli Hernández, J., ”Situación de embarazo y principio de igualdad de trato. La regulación comunitaria y su jurisprudencia”, *Revista Española de Derecho del Trabajo* nro 97, 1999, s. 729, arvioidaan, että direktiivin 92/85 10 artiklassa ei ainoastaan tuomita syrjivää irtisanomista vaan kielletään kaikenlainen erottaminen raskauden ja äitiyden aikana. Kyseisen 10 artiklan mukainen kielto on yleinen ja ehdoton, mutta sillä on myös tietynlainen yhteys sukupuoleen perustuvan syrjinnän kieltoon, koska siinä sallitaan irtisanominen ”erityisissä tapauksissa, jotka eivät liity työntekijän tilaan”.

toimenpiteitä erityisesti poistamalla eriarvoisuutta, joka vaikuttaa naisten mahdollisuuksiin työhön liittyvissä kysymyksissä.<sup>26</sup>

56. Asiassa Stoeckel 25.7.1991 annetussa tuomiossa<sup>27</sup> katsottiinkin julkisasiamiehen näkemyksen mukaisesti,<sup>28</sup> että yksinomaan naisille suunnattua yötyökieltoa on pidettävä direktiivin 76/207 vastaisena, koska ei ole osoitettu, että yötyön vaikutukset tai haittapuolet vaihtelisivat työntekijän sukupuolen mukaan. Siinä esitettiin sen jälkeen perusteita, jotka puoltaisivat sitä, että tässä tapauksessa olisi naispuolisia työntekijöitä suosivaa eriarvoista kohtelua, ja todettiin, etteivät yötyön vaarat raskautta ja äitiyttä lukuun ottamatta ole suurempia naisille kuin ne, joiden alaisiksi miehet joutuvat.<sup>29</sup>

57. Raskaus on siten olosuhde, joka tuo naiselle työssä määrättyjä etuja. Tällainen tilanne ei kuitenkaan oikeuta kaikkia tasa-arvoisen kohtelun periaatteen loukkauksia vaan ainoastaan ne, joihin on objektiivinen

tarve,<sup>30</sup> ja tästä on kyse esimerkiksi naispuolisen työntekijän irtisanomiskiellossa raskauden aikana. Yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytäntö on tämän seikan osalta järkähtämätön.

58. Asiassa Habermann-Beltermann 5.5.1994 annetussa tuomiossa<sup>31</sup> ei hyväksytty työsopimuksen irtisanomista raskauden takia sillä perusteella, ettei työntekijä tilapäisesti kyennyt hoitamaan työtehtäviään. Asiassa Webb 14.7.1994 annetussa tuomiossa<sup>32</sup> syrjivänä pidettiin sellaisen raskaana olevan työntekijän irtisanomista, joka oli otettu töihin toistaiseksi ja jonka tehtävänä oli aluksi ollut toimia äitiyslomalla olevan työntekijän sijaisena.

59. Oikeuskäytännössä on enemmän horjuntaa käsiteltäessä irtisanomisia, joiden perusteena ovat olleet sellaisista synnytyksestä tai raskaudesta johtuvista sairauksista aiheutuneet toistuvat poissaolot, jotka ovat ilmaantuneet vasta äitiysloman jälkeen. Asiassa Hertz 8.11.1990 annetussa tuomiossa<sup>33</sup> katsottiin, että naispuolisen

26 – Artikkelissa Rodríguez Piñero, M., "Discriminación, igualdad de trato y acción positiva", kokoomateoksessa *La igualdad de trato en el Derecho comunitario laboral*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1997, s. 105, arvioidaan, että tällä halutaan tuoda sukupuolten tasa-arvoisen kohtelun periaatteen ulottuvuuteen joustavuutta.

27 – Asia C-345/89 (Kok. 1991, s. I-4047, Kok. Ep. XI, s. I-359). Ks. myös asia C-13/93, Minne, tuomio 3.2.1994 (Kok. 1994, s. I-371).

28 – Julkisasiamies Tesauron 24.1.1991 esittämä ratkaisuehdotus.

29 – Näin pyritään estämään toimenpiteet, joiden näennäisen suojelupyrkimyksen taakse kätkeytyy naisia kohtaan seksistisiä käsityksiä, jotka vaikeuttavat heidän pääsyään työmarkkinoille ja heidän tavanomaista toimintaansa. Tältä osin Espanjan Tribunal Constitucional (perustuslakituomioistuin) totesi tuomiossaan 229/1992 kaivosalalla voimassa olleen naisten työskentelykiellon perustuslain vastaiseksi, sillä sen mielestä kyse oli pikemminkin stereotyyppistä (naisukupuolen oletettu heikkous) kuin todellisista luontaisista tai biologisista erityispiirteistä, jolloin kyseessä oli naisiin kohdistuva syrjintä.

30 – Siten direktiivin 92/85 7 artiklassa asetetaan naisten yötyökiellon ehdoksi sellaisen lääkärintodistuksen esittäminen, jossa todetaan, että toimenpide on välttämätön asianomaisen työntekijän turvallisuuden tai terveyden takia.

31 – Asia C-421/92 (Kok. 1994, s. I-1657).

32 – Asia C-32/93 (Kok. 1994, s. I-3567, Kok. Ep. XVI, s. I-35).

33 – Asia C-179/88 (Kok. 1990, s. I-3979, Kok. Ep. X, s. 591).

työntekijän irtisanominen raskauden vuoksi on välitöntä sukupuoleen perustuvaa syrjintää direktiivissä 76/207 tarkoitetulla tavalla,<sup>34</sup> ja siinä todettiin vielä, että nainen voidaan raskausaikaa ja äitiysloma-aikaa lukuun ottamatta irtisanoa aivan niin kuin mieskin sairaudesta johtuvien poissaolojen vuoksi, vaikka sairaus olisikin saanut alkunsa synnytyksestä tai raskaudesta.

60. Samantapaisessa, Larssonia koskeneessa asiassa ehdotin yhteisöjen tuomioistuimelle<sup>35</sup> tulkintaa, jossa raja vedettäisiin äitiysloman päättymiseen, josta lähtien riippumatta sairaudesta eli riippumatta siitä, perustuuko se raskauteen tai synnytykseen, tätä sairautta koskisi kaikkiin työntekijöihin yleisesti sovellettava järjestelmä, kun taas raskauden ennen synnytystä aiheuttamia työkyvyttömyysjaksoja ei voitaisi irtisanomisesta päätettäessä rinnastaa sairauslomalla olevan miehen poissaoloon. Yhteisöjen tuomioistuin ei asiassa Larsson 29.5.1997 antamassaan tuomiossa<sup>36</sup> hyväksynyt ratkaisuehdotukseni tätä kohtaa vaan katsoi, että direktiivin 76/207 kanssa ristiriidassa ei ole irtisanominen, joka johtuu raskauteen tai synnytykseen perustuvasta sairaudesta aiheutuvista poissaoloista, vaikka sairaus olisi jatkunut äitiysloman jälkeen.

34 – Vastaavasti asiassa C-177/88, Dekker, samana päivänä annettussa tuomiossa (Kok. 1990, s. I-3941, Kok. Ep. X, s. 579) tehtiin tällainen tulkinta tapauksessa, jossa oli kieltäydtytty ottamasta työhön raskaana olevaa naista.

35 – 18.2.1997 esittämäni ratkaisuehdotus.

36 – Asia C-400/95 (Kok. 1997, s. I-2757).

Se hyväksyi lisäksi sen, että laskettaessa sitä ajanjaksoa, joka oikeuttaa työsuhteen purkamiseen kansallisen lainsäädännön mukaisesti, otetaan huomioon raskauden alusta äitiysloman alkuun kertyneet poissaolot.

61. Tämä tulkinta kuitenkin hylättiin vain vuotta myöhemmin, kun (edellä mainitussa) asiassa Brown annetussa tuomiossa omaksuttiin sama linja kuin ratkaisuehdotuksessani; siinä toistettiin asiassa Larsson esittämäni näkemys, eikä siinä laskettu mukaan sellaisen raskaudesta tai synnytyksestä aiheutuneen sairauden vuoksi pidettyjä sairauslomapäiviä, joka oli ilmennyt raskauden aikana ja jatkunut äitiysloman aikana ja sen jälkeen, määriteltäessä Yhdistyneen kuningaskunnan oikeuden mukaan irtisanomiseen oikeuttavaa ajanjaksoa.

62. Tämä näkemys vahvistettiin asiassa Høj Pedersen ym. 19.11.1998 annetussa tuomiossa,<sup>37</sup> jossa yhteisön oikeuden vastaisena pidettiin sellaista tanskalaista säännöstä, jonka mukaan työnantaja saattoi lähettää raskaana olevan työntekijän kotiin maksamatta hänelle täyttä palkkaa katsoessaan, ettei hän voinut teettää tällä työtä. Asiassa Tele Danmark annetussa tuomiossa täsmennettiin kyseistä oikeuskäytäntöä määräaikaisten työ sopimusten purkamisen osalta 10.5.2001 esittämäni ratkaisuehdotuksen mukaisella tavalla, kun siinä todettiin, että direktiivi 76/207 estää sellaisen

37 – Asia C-66/96 (Kok. 1998, s. I-7327).

määräaikaisen naispuolisen työntekijän irtisanomisen, joka oli jättänyt ilmoittamatta raskaudestaan työnantajalle (vaikka hän sopimusta tehdessään tiesi olevansa raskaana) ja joka sen vuoksi oli kyvytön hoitamaan tehtäviään huomattavan osan sopimuksen kestosta.

63. Lopuksi on otettava esille kaksi viime-aikaista tuomiota, joita ei ole vielä julkaistu oikeustapauskokoelmassa: asiassa Kiiski 20.9.2007 annetussa tuomiossa<sup>38</sup> kielletään mahdollisuus evätä äitiysloma väliaikaisesti työstään poissa olleelta naispuoliselta työntekijältä toisenlaisen vapaan perusteella; ja asiassa Paquay 11.10.2007 annetussa tuomiossa<sup>39</sup> täsmennetään, että direktiivissä 92/85 kielletään paitsi irtisanomispäätös myös sen valmistelu esimerkiksi uutta työntekijää etsimällä.

64. Kaikkien näiden tuomioiden keskeisenä ajatuksena on, että raskaus on fyysinen tosiseikka, joka koskettaa vain naisia, ja tämä on Lucinda M. Finleyn mukaan ollut suurimpana esteenä naisten täysimääräisessä pääsyssä työmarkkinoille.<sup>40</sup> Kaikki raskautteen perustuvat työhön liittyvät toimenpi-

teet, joista saattaa aiheutua haittaa naisille, ovat siten direktiivin 76/207 vastaisia.<sup>41</sup>

65. Yhteisöjen tuomioistuin on toistaiseksi tutkinut tällaista syrjintää yksinomaan silloin, kun raskaana oleva työntekijä on irtisanottu sellaisen raskautteen välittömästi liittyvän seikan vuoksi, joka on ilmennyt raskauden aikana taikka äitiysloman aikana tai sen päätyttyä. Oberster Gerichtshof tarjoaa kuitenkin yhteisöjen tuomioistuimelle nyt tilaisuuden lausua ensimmäisen kerran työsopimuksen sellaisen purkamisen yhteensoveltuvuudesta yhteisön oikeuden kanssa, jonka perusteena on naispuolisen työntekijän mahdollinen tuleva äitiys, vaikka irtisanominen onkin tapahtunut ennen kiistettyä raskauden alkamista.

66. Olosuhteet ovat siis erilaiset, mutta direktiivin 76/207 teleologinen tulkinta edellä mainitun oikeuskäytännön valossa

38 – Asia C-116/06.

39 – Asia C-460/06.

40 – Finley, L. M., "Transcending equality theory: a way out of the maternity and the workplace debate", *Columbia Law Review*, nide 86, 1118, s. 1119.

41 – Tämän vuoksi niiden perusteluilla on merkitystä. Artikkelissa Bramforth, N., "The treatment of pregnancy under European Community sex discrimination law", *European Public Law* nro 1, 1995, s. 61, korostetaan asioissa Dekker ja Hertz vakiintuneen oikeuskäytännön osalta, että yhteisöjen tuomioistuin on vaatinut työnantajan vaikuttimien (eli perustelujen) selvittämistä raskaana olevaa irtisanottaessa, koska niillä on vaikutusta tutkittaessa, onko sen menettelyä pidettävä direktiivissä tarkoitettuna välittömänä syrjintänä. On syytä korostaa sitä, miten suuri merkitys irtisanomisperusteiden selvittämisellä onkaan, sillä asianmukaisen arvioinnin perusteella voidaan paitsi määrittää tässä kyseessä olevan suojan ulottuvuus myös välttää takertumasta liiaksi sukupuolten tasa-arvoa koskevaan väittelyyn ja kielenkäyttöön, joka Lucinda M. Finleyn mukaan juontuu rotusyrjintää koskevista kiistoista; se ei kuitenkaan sovellu kuvaamaan valtaosaa nykypäivän naisten ongelmista, sillä naiset ovat saavuttaneet tuntuvaa edistystä aiemmin miehille varattujen elämänaluiden ja etuoikeuksien suhteen (em. teos, s. 1164).



viittaa siihen, että kuvatun kaltainen tilanne voi myös kuulua yhteisön oikeussäännöissä vahvistetun suojan piiriin.

67. Direktiivissä asetetaan siis naisten oikeuksien turvaaminen tasa-arvoperiaatteen edelle, jotta voidaan estää naisten syrjintä. Etenkin sen 2 artiklassa viitataan naisukupuolen suojeluun raskauden ja synnytyksen perusteella (3 kohta) ja kielletään nimenomaisesti siviilisäädystä tai perhe- asemasta johtuva syrjintä (1 kohta). Toisin kuin direktiivissä 92/85, yhdenkään direktiivin 76/207 säännöksen soveltamisala ei rajoitu vain tietyn naisen elämänvaiheeseen, joten mikään ei estä soveltamista sitä ennen raskautta tai synnytystä tai niiden jälkeen.

68. Sitä paitsi edellä lyhyesti selostettu oikeuskäytännön kehitys osoittaa, että yhteisöjen tuomioistuin on ollut halukas tehostamaan äitiyteen perustuvaa naisten suojelua. Kehotankin yhteisöjen tuomioistuinta jatkamaan tällä suvunjatkamista suojelevalla linjalla (tasa-arvoperiaatteen sallimissa rajoissa) ja ehdotan, että jos itävaltalainen tuomioistuin asian taustoja selvittäessään toteaa, että työnantajan toiminnan vaikuttimena on nimenomaan ollut Mayrin mainitunlainen elämänvaihe, irtisanomista

on pidettävä syrjivänä ja direktiivin 76/207 vastaisena.<sup>42</sup>

69. Minun on silti varovaisuussyistä ja oikeusvarmuutta kohtaan tuntemani kiistattoman kunnioituksen vuoksi pakko muistuttaa, että tässä asiassa on tärkeää pohtia huolellisesti tosiseikkoja, jotta voidaan rajata suojan ajallinen ulottuvuus.

70. Mielestäni ratkaiseva tekijä syrjinnän toteamisessa on, että irtisanomisen taustalla on ollut joko senhetkinen tai vain mahdollinen äitiys. Tarkoituksena ei ole ”hyökätä” epämääräisesti kaikkia sellaisia irtisanomisia vastaan, joiden kohteena ovat suvunjatkamiskäiset tai -haluiset naiset tai edes sellaiset naiset, jotka ovat aloittaneet pitkällisen ja tuskallisen keinohedelmöitysprosessin, vaan estää sellaiset työnantajan toimet, jotka ovat ristiriidassa miesten ja naisten tasa-arvoperiaatteen kanssa tai kaikissa nyky-yhteiskunnissa vaikuttavan suvunjatkamisen suojelua koskevan perusluonteisen tavoitteen kanssa.

42 – Vastajana oleva yritys kiistää irtisanoneensa Mayrin tämän tulevan raskauden vuoksi, sillä hän ei ollut ilmoittanut siitä yritykselle. Kansallisen tuomioistuimen asiana on tosin tutkia tällainen väite, mutta Mayr oli jäänyt sairauslomalle, kun hänelle suoritettiin follikkelipunktio (kaksi päivää ennen irtisanomista), joten yritys saattoi ehkä olla tietoinen hänen tilanteestaan. Todistustaakasta sukupuoleen perustuvissa syrjintätapauksissa 15.12.1997 annetun neuvoston direktiivin 97/80/EY mukaisesti Bäckerei und Konditorei Gerhard Flöckner OHG:n olisi kuitenkin näytettävä toteen, ettei sen päätöksellä ole rikottu tasa-arvoisen kohtelun periaatetta.

## VI Ratkaisuehdotus

71. Edellä esitettyjen näkökohtien perusteella ehdotan, että yhteisöjen tuomioistuin vastaa Oberster Gerichtshofin ennakkoratkaisukysymykseen seuraavasti:

- 1) Naispuolinen työntekijä, jolle on suoritettu toimenpide koeputkihedelmöitystä varten, ei ole direktiivin 92/85/ETY 2 artiklan a alakohdassa tarkoitettu ”raskaana oleva työntekijä”, jos hänen munasolunsa on hedelmöitetty laboratoriossa, mutta niitä ei ole vielä siirretty hänen kehoonsa irtisanomisajankohtana.
  
- 2) Tällaisen työntekijän irtisanominen on kuitenkin direktiivin 76/207/ETY vastaista syrjintää, jos voidaan näyttää toteen, että sen perusteena on ollut hänen erityinen tilanteensa tai hänen tuleva äitiytensä.