
Helsinki Law Review

2012/2



Helsinki Law Review is published and edited by Finnish undergraduate law students. Its primary purpose is to provide Finnish law students with a forum for practicing their skills in academic writing and assessment as well as an opportunity to follow and participate in the work of their peers and seniors.

Helsinki Law Review is supervised by an Academic Council that consists of a number of senior academic staff members in the Faculty of Law. Each article is evaluated anonymously by a referee chosen among academic professionals. A referee evaluating an article written by an undergraduate student is advised of the author's background.

www.helsinkilawreview.fi

Articles in Finnish

- | | | |
|----------------------------|---|--------|
| Antti Antikainen | Verkkokaupan oikeus myydä asiakastietoja
E-Commerces Right to Sell Personal Data | p. 187 |
| Vilho Lammi | Maanpinnan ylä- ja alapuolisten hankkeiden lainsäädäntö ja 3D-kiinteistöjärjestelmän tarve
Ways to arrange 3-dimensional control of real estates and the need for a 3D real estate system | p. 223 |
| Katariina Paakkanen | Verta, seksiä ja biovaltaa: oikeudellis-sosiologinen analyysi miesten välisen seksin aiheuttamasta verenluovutuskiellosta
Blood, sex and biopower: A legal-sociological analysis concerning the prohibition of blood donation for men who have had sex with men | p. 249 |
| Janne Valo | Potilastietojen salassapito potilastietojärjestelmien kannalta
Confidentiality of Electronic Medical Records | p. 281 |

Articles in Swedish

- | | | |
|------------------------|--|--------|
| Marie Pihlström | Frågan om s.k. subjektiv rätt till sjukvård
Is There a Subjective Right to Medical Treatment according to Finnish Legislation? | p. 309 |
|------------------------|--|--------|

Published by Pykälä ry 2013

ISSN 1797-6251

Sponsored by

DITTMAR & INDRENIUS

Board of Editors

Editor-in-chief

Martina Castrén

Layout

Antti Lindholm

Editors

Sanni Partanen

Outi Penttilä

Tapio Puurunen

Mikko Rudanko

Elli Sistonen

Mirjam Supponen

Janina Tahvanainen

Authors

Antti Antikainen

Vilho Lammi

Katariina Paakkanen

Marie Pihlström

Janne Valo

Academic Council

Professor Jukka Kekkonen LL.D., trained on the bench

Professor Heikki Halila, LL.D., trained on the bench

Adjunct Professor, Senior Lecturer Ari Hirvonen, LL.D.

Lecturer Jarna Petman, LL.M., M.Soc.Sc.

Helsinki Law Review sincerely thanks the referees.

Special Thanks

Professor, Dean Kimmo Nuotio, LL.D., trained on the bench

Professor, Vice Dean Pia Letto-Vanamo, LL.D., trained on the bench

Professor, Jaana Norio-Timonen, LL.D.

Helsinki Law Review 2012, 6th annum. © Pykälä ry and the respective contributors.

Contact information: Board of Editors: hlr-toimitus@pykala.fi. Editor-in-chief: martina.castren@helsinki.fi. Secretary: hlr-secretary@pykala.fi.

Publisher: Pykälä ry, the law students' association in Helsinki (est. 1935). **Contact information:** Address: Mannerheimintie 3 B, 00100 HELSINKI, Finland. Tel: +3589278 5003. Email: toimisto@pykala.fi.

Printed in Hakapaino, Helsinki.

ISSN 1797-6251

On Submissions

Articles and other contributions may currently be submitted to the Board of Editors in the email address hlr-toimitus@pykala.fi or through our website at www.helsinkilawreview.fi.

Articles are selected for editing shortly after the publication of the previous issue of the *Review*. The *Review* accepts articles and other writings in Finnish, Swedish and English. Submissions should not exceed the length of 25 size A4 sheets. Each submission selected for publication will be edited in active co-operation with the author(s) as well as evaluated anonymously by a referee chosen by the Board of Editors.

In addition to research articles and case commentaries, *Helsinki Law Review* is also interested in publishing other types of writings, such as book reviews.

Any contributor wishing to publish an article based on a Master's thesis is requested to draft the article within the requested length limit before submitting. A copy of the original Master's thesis may be included for the Board's reference as a separate appendix, but not submitted alone.

For further information, please contact the Board of Editors.

Thank you for your submission!

On Subscriptions

Helsinki Law Review is currently available for free subscription at www.helsinkilawreview.fi to organizations. Free copies are distributed to various libraries, faculties and student organisations. To obtain a free personal copy, please visit the Pykälä ry office (open Tuesday till Thursday, 12 p.m. – 5 p.m.) or contact the Board Secretary. See inner front cover for contact details.

Helsinki Law Review

2012/2

In co-operation with

DITTMAR & INDRENIUS



Helsinki Law Review 2012/2

Articles in Finnish

- p. 187 **Antti Antikainen: Verkkokaupan oikeus myydä asiakastietoja**
E-Commerces Right to Sell Personal Data
- p. 223 **Vilho Lammi: Maanpinnan ylä- ja alapuolisten hankkeiden lainsäädäntö ja 3D-kiinteistöjärjestelmän tarve**
Ways to arrange 3-dimensional control of real estates and the need for a 3D real estate system
- p. 249 **Katariina Paakkanen: Verta, seksiä ja biovaltaa: oikeudellis-sosiologinen analyysi miesten välisen seksin aiheuttamasta verenvuotuskiellosta**
Blood, sex and biopower: A legal-sociological analysis concerning the prohibition of blood donation for men who have had sex with men
- p. 281 **Janne Valo: Potilastietojen salassapito potilastietojärjestelmien kannalta**
Confidentiality of Electronic Medical Records

Articles in Swedish

- p. 309 **Marie Pihlström: Frågan om s.k. subjektiv rätt till sjukvård**
Is There a Subjective Right to Medical Treatment according to Finnish Legislation?

An English Abstract is provided in the beginning of each article.

On the Review

Helsinki Law Review is published and edited by Finnish undergraduate law students. Its primary purpose is to provide Finnish law students with a forum for practicing their skills in academic writing and assessment as well as an opportunity to follow and participate in the work of their peers and seniors.

The *Review* is published twice a year. The *Review* is prepared to publish articles and other contributions in Finnish, Swedish and English. English Abstracts are provided for articles not fully written in English. The *Review* is available for free subscription at www.helsinkilawreview.fi to organizations.

Helsinki Law Review is supervised and counselled by an Academic Council that consists of a number of senior academic staff members in the University of Helsinki Faculty of Law. Each article is evaluated anonymously by a referee chosen among academic professionals. A referee evaluating an article written by an undergraduate student is advised of the author's background.

The *Review* may be cited as *Hel. L. Rev.*

From the Editors

The primary aim of *Helsinki Law Review* is to provide law students the rather exceptional opportunity to publish their texts in a legal journal. However, before a text meets the requirements of an academic article and can be published in *Helsinki Law Review*, a long and challenging editing period must be completed. This process demands lots of work and effort not only from the authors but also from the editorial team of the *Review*. Without the hardworking and enthusiastic editors this ninth *Helsinki Law Review* or any of its previous issues would not have been published.

Previous working experience in the field of publishing is not required from students wanting to join the "HLR-family". Consequently, editing the *Review* is always a learning process for all of us involved. Each editor participates in all phases included in the preparation of an issue of the *Review* and everyone's contribution is equally appreciated. Being part of the editorial team of the *Review* is a great chance to improve academic writing and editing skills while gaining valuable study credits at the same time.

I would like to take this opportunity to thank all former editors for their work and encourage all law students at the University of Helsinki to consider joining the editorial team of *Helsinki Law Review*. We welcome editor applications next time in August 2013.

Martina Castrén

Editor-in-Chief

E-Commerces Right to Sell Personal Data

Keywords: personal data act, transfer, right to privacy, e-commerce, informational self-determination

Antti Antikainen

English Abstract

The aim of this article is to clarify the requirements for transfer of personal data conducted by an e-commerce with an economic agenda. When processing and transferring personal data multiple principal rights should be taken into consideration such as right to privacy and right to autonomy. Data processing is usually based on a customer relationship which, however, does not serve as grounds for the transfer of personal data. A clear and precise consent is required in order to commercially transfer personal data. The current legislation fails to safeguard the principal rights, mostly due to the lack of legal remedies for enforcing the given rights. In addition, the current legal reality fails to fulfill the needs of an expanding digital economy. Thus, clear and up-to-date legislation regarding the transfer of personal data is obviously needed.

Full Article in Finnish

Verkkokaupan oikeus myydä asiakastietoja

Asiasanat: henkilötietolaki, luovutus, oikeus yksityisyyteen, verkkokauppa, tiedollinen itsemääräämisoikeus

1 Johdanto

Verkkokaupan merkitys ja volyymi ovat kasvaneet merkittävästi ja erityisesti viime vuosina sen kasvuvauhti on ollut hyvin nopea. Esimerkiksi vuonna 2012 eurooppalaisen verkkokaupan arvioitu suuruus oli 300 miljardia euroa ja kasvua edellisestä vuodesta oli noin 20 %.¹ Suomalaiset ostivat vuon-

¹ Lehdistötiedote European E-Commerce, http://www.eu-ems.com/event_images/Downloads/E-Commerce%20Conference%20Press%20Release.pdf (vierailtu 20.11.2012).

na 2011 verkkokaupasta yli 10 miljardilla eurolla tuotteita.² Verkossa tapahtuvan kaupan määrä kasvoi yli 10 % edellisestä vuodesta.³ Internetin kautta tapahtuvan kaupankäynnin yleistyessä myös verkkokaupassa käsiteltävien henkilötietojen määrä kasvaa, mikä puolestaan luo merkittäviä paineita nykyiselle henkilötietolainsäädännölle.

Samanaikaisesti rinnakkaisena trendinä on havaittavissa kuluttajien yhä kasvava huoli henkilötietojen suojasta. 70 % eurooppalaisista on huolestuneita siitä, että heistä kerättyjä tietoja käsitellään sellaisiin tarkoituksiin, joita ei ole mainittu henkilötietoja kerätessä.⁴ Artikkelini tavoitteena on tarkastella verkkokaupan oikeutta kaupallisesti luovuttaa henkilötietoja kolmansille osapuolille sekä verkkokaupan että kuluttajan perusoikeuksien näkökulmasta. Erityisesti pyrin hahmottamaan sitä, miten kuluttajien yksityisyyden ja taloudelliselta merkitykseltään alati kasvavan verkkokaupan välinen intressikonflikti voitaisiin lainsäädännöllisin keinoin ratkaista. Tarkastelun pääpaino on kotimaisessa toimintaympäristössä ja Euroopan talousalueella.

Verkkokaupan käsite ei ole täysin vakiintunut, eikä käsitteelle ole muodostunut yhdenmukaista ja selkeää määritelmää, mikä osaltaan heijastaa verkkokaupan vakiintumatonta toimintaympäristöä. OECD:n määritelmän mukaan verkkokaupalla tai sähköisellä kaupankäynnillä tarkoitetaan internetin välityksellä tapahtuvia kaupallisia transaktioita.⁵ Tilastokeskuksen määritelmän mukaan taas verkkokauppaa voidaan käydä sekä palveluilla että tavaroilla, mutta oleellista on se, että sähköisessä kaupankäynnissä toimintaympäristönä on tietoverkko.⁶

Verkkokaupan asema uutena ja nousevana toimintaympäristönä aiheuttaa kuitenkin ongelmia sääntelyn noudattamisessa. Henkilötietolain osalta tätä korostaa se, että lainsäädännön rikkomisesta aiheutuvat sanktiot ovat vähäi-

2 Erityisesti esimerkiksi matkailu- ja majoitusala on hyvin voimakkaasti sähköistynyt kaupankäynnin ala.

3 TNS Gallupin uutinen verkkokaupan kasvusta <http://www.tns-gallup.fi/uutiset.php?aid=14785&k=14320> (vierailtu 20.11.2012).

4 Eurobarometri 359 asenteista henkilötietoihin ja elektroniseen identiteettiin http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/ebs/ebs_359_en.pdf, (vierailtu 20.11.2012).

5 OECD:n määritelmä sähköisestä kaupankäynnistä, <http://stats.oecd.org/glossary/detail.asp?ID=4721> (vierailtu 24.11.2012).

6 Myös tilastokeskuksen määritelmä verkkokaupasta avaa käsitettä, <http://www.stat.fi/meta/kas/verkkokauppa.html> (vierailtu 24.11.2012).

siä ja valvonta puutteellista. Verkkokauppa on henkilötietolainsäädännön suhteen eräänlaisessa kaksoisroolissa: yhtäältä sen tehtävänä on tuottaa voittoa ja samanaikaisesti sillä on lainsäätäjän asettama velvollisuus huolehtia asiakkaiden yksityisyydestä.⁷ Kyseessä on monella tapaa perusoikeuksien välinen kollisio, jossa vastakkain ovat perustuslain turvaama elinkeinovapaus ja kuluttajan oikeus yksityisyyteen. Verkkokaupan taloudellisiin intresseihin kuuluu kertyvien henkilötietojen hyödyntäminen, luovuttaminen ja jopa myyminen.⁸ Kuluttajan intressinä puolestaan on se, että hän voi itse tapauskohtaisesti päättää kenelle luovuttaa yksityisyyttään käsitteleviä tietoja, mikä on olennainen osa kuluttajan tiedollista itsemääräämisoikeutta. Tähän yksityisyyden, itsemääräämisoikeuden ja verkkokaupan taloudellisten intressien väliseen kollisioon näenkin koko henkilötietojen kaupallisen luovuttamisen problematiikan ankkuroituvan.

Artikkelissani tarkastelen henkilökisteriä vaihdannan objektina, joka on vaihdannan erityinen objekti. Rekisteriin tallennettuja tietoja suojaaa yksityisyyden suoja, joka on turvattu perustuslaissa, ja rekisterissä oleviin tietoihin liittyvien päätösten tekeminen kuuluu rekisteröidyille. Olennainen kysymys aiheen kannalta on se, millä edellytyksillä ja mihin pisteeseen asti kuluttajat voivat luopua oikeudestaan yksityisyyteen. Lisäksi tulee kysyä, onko kuluttajan luopuminen riittävä peruste henkilötietojen luovuttamiseen kaupallisessa tarkoituksessa kolmannelle. Verkkokaupan ja sen asiakkaiden oikeuksien ja toisaalta elinkeinovapauden kannalta olisi tärkeää tarkkarajaisesti määritellä milloin henkilötietojen luovuttaminen tai myyminen on mahdollista. Näissä tilanteissa käsillä on perusoikeuskollisio, joka tulee ratkaista lainsäädännöllisin keinoin. On kuitenkin tärkeää tarkastella nykyisen lainsäädännön toimivuutta myös siltä kannalta asettaako se esteitä verkkokaupan toiminnan kehittymiselle rajoittamalla joustavaa tietoyhteiskunnan kehittymistä ja henkilötietojen vapaata luovutusta.⁹ Tältä osalta

7 Tämä pitää sisällään sen, että verkkokaupan tulee luoda riittävät puitteet tietosuojan toteutumiseksi. Ks. esim. Bygrave 2002, s. 67.

8 Profilointi ja kuluttajien henkilötietojen myyminen on jopa niin tärkeää, että verkkokaupan eurooppalainen keskusjärjestö EMOTA (the European Multi-channel and Online Trade Association) kommentoissaan uudesta tietosuojasetuksesta toteaa, että profiloinnin ja ostopäätöslisöjen myynnin kieltämisen johtavan jopa 30% tappioihin eurooppalaisille verkkokaupoille. EMOTA Comments on General Data Protection Regulation, 2012, s. 1–2.

9 Sillä onhan yksi Euroopan unionissa toteutetun lainsäädännöllisen harmonisaation tavoitteista ollut juuri vapaan tiedonkulun turvaaminen.

on kiinnitettävä huomiota myös eurooppaoikeudelliseen sääntelyyn kuten Euroopan unionin ajankohtaisiin lainsäädäntöhankkeisiin digitaalisten sisämarkkinoiden luomiseksi ja henkilötietolainsäädännön kokonaisuudistukseen, jonka osalta komissio antoi asetusehdotuksen tammikuussa 2012.¹⁰

Luovutustilanteella tarkoitan toimenpidettä, jossa verkkokauppa luovuttaa kokonaan tietojenkäsittelyoikeuden kolmannelle osapuolelle. Aloitan artikkelini tarkastelemalla säädöspohjaa, jolla perustuslain 10 §:ssä annettu oikeus yksityisyyteen on turvattu. Jakson pääpaino on rekisteröidyn yksityisyyden, henkilötietolain periaatteiden käsittelyssä ja niiden luovutusoikeudelle asettamien rajojen tarkastelussa. Toisessa ja kolmannessa luvussa käsitelen luovutuksen edellytyksiä. Tällöin keskiössä on pätevän suostumuksen ja asiakassuhteeseen perustuvan luovutuksen tarkastelu. Erityisesti kiinnitän huomiota rekisteröidyn oikeuksiin ja tämän oikeusaseman turvaamiseen. Viidennessä ja kuudennessa luvussa tarkastelen yksityisyyden turvaamista erityistilanteissa tietosuojan ja toisaalta kansainvälisten luovutustilanteiden osalta. Viimeisessä luvussa tarkastelen verkkokaupan luovutusoikeutta turvaavia perusoikeuksia ja niihin yksilön itsemääräämisoikeuden ja yksityisyydensuojan takia tehtyjä rajoituksia.

2 Tietoyhteiskunnan perusoikeuskollisio

2.1 Henkilötietolaki rekisteröidyn perusoikeuksien suojana

Tietoyhteiskunnassa yksityisyys on jatkuvasti suurien haasteiden edessä, sillä alati kehittyvä teknologia ja internetin laajeneva hyödyntäminen mahdollistaa yksilöiden jatkuvan seuraamisen ja esimerkiksi kuluttajien hyvin kattavan profiloinnin.¹¹ Onkin alettua puhua ubiikista yhteiskunnasta, jossa teknologia on läsnä kaikkialla arkipäivässä.¹² Käsitteellä ubitekniikka tarkoitetaan sitä, että tietotekniikka on jatkuvasti ja kaikkialla läsnä sellaisessa

10 Euroopan unionin komission lehdistötiedote asetusehdotuksesta uudeksi lainsäädännöksi henkilötietojen käsittelemiseksi, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-46_en.htm?locale=en (vierailtu 26.11.2012).

11 Kuluttajien verkkokäyttötymisen seuraaminen on jo oikeastaan arkipäivää. Katsottuun tiettyä tuotetta verkkokaupassa, kuluttaja saattaa hetken kuluttua nähdä mainoksen sosiaalisessa mediassa muistuttamassa juuri katsomastaan tuotteesta.

12 Ubiyhteiskunnasta lisää ks. Karhula 2008, s. 11 ja s. 34–35 ja Heinonen 2008, s. 162–163.

muodossa, että sitä ei havaita.¹³ Helposti toteutettavasta seurannasta huolimatta jokaisen yksityisyys on perus- ja ihmisoikeutena turvattu. Yksityisyyttä suojaa Euroopan ihmisoikeussopimuksen artikla 8 ja perustuslain 10§. Henkilötietojen osalta yksityisyyden toteutumista turvataan henkilötietolailla¹⁴, joka on henkilötietoja koskeva yleislaki.

Henkilötietoja koskevaa sääntelyä on harmonisoitu Euroopan unionissa henkilötietodirektiivillä¹⁵, jonka velvoitteet on Suomessa saatettu voimaan henkilötietolailla.¹⁶ Euroopassa tapahtuneen harmonisoinnin pyrkimyksenä on ollut edesauttaa erityisesti henkilötietojen vapaata liikkuvuutta.¹⁷ Kuopuksen mukaan henkilötietojen luovutuksen lähtökohtana on se, että Euroopan unioni muodostaa niin sanotun turvallisen alueen, jonka sisällä henkilötietojen luovutus ei vaadi erityisiä lupamenettelyjä. Tämä tavoite ei kuitenkaan ole toteutunut. Euroopan unionissa on käynnissä lukuisia hankkeita, joiden tarkoituksena on tavalla tai toisella tehostaa digitaalisten sisämarkkinoiden syntyä ja poistaa digitaalisen kaupan esteitä.¹⁸ Euroopan unionissa käynnissä olevalla henkilötietolainsäädännön kokonaisuudistuksella on myös tärkeä merkitys digitaalisten sisämarkkinoiden luomisessa. Uudistetussa asetuksessa ei kuitenkaan ole tulossa merkittäviä muutoksia henkilötiedon käsitteeseen, sillä tärkeimmät muutokset tulevat koskemaan sanktiojärjestelmää ja tietosuojavastaavien nimittämistä.¹⁹

13 Innanen ja Saarimäki 2011, s. 13–14 ja Heinonen 2008, s. 163.

14 Henkilötietolaki 22.4.1999/523.

15 Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivillä 95/46/EY, myös nimitystä tietosuojadirektiivi on käytetty joissakin yhteyksissä.

16 HE 1998/96, s. 28–29.

17 Salminen 2009, s. 83 ja HE Eduskunnalle henkilötietolaiksi ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi, 1998/96 vp, s. 4. Tässä ei ole kuitenkaan onnistuttu, Euroopan unionin jäsenvaltioissa on tehty hyvin erilaisia ratkaisuja henkilötietolainsäädännön suhteen ja henkilötietojen käsittely eri jäsenvaltioissa vaatii paljon vaivaa ja asiointia kussakin maassa tietosuojaviranomaisten kanssa, kuten nykyinen henkilötietolain kokonaisuudistus osoittaa.

18 Komission digitaalistrategiassa elinvoimaisten digitaalisten sisämarkkinoiden edellytyksiksi asetettiin neljä osa-aluetta: Sisällön saatavuuden parantaminen, rajat ylittävän verkkokaupan yksinkertaistaminen, luottamuksen lisääminen digitaalisiin palveluihin ja telepalvelujen yhtenäismarkkinoiden lujittaminen. Ks. lisää KOM(2010) 245 lopullinen, s. 8–15 ja Euroopan unionin digitaalisen agendan nettisivut, <https://ec.europa.eu/digital-agenda/>, (vierailtu 20.12.2012).

19 Muutosten kirjo ei kuitenkaan typisty aivan näin yksiselitteisiin muutoksiin, tarkoituksena on nimittäin turvata rekisteröidyn oikeus päästä rekisteröityihin tietoihin käsiksi ja tämän lisäksi helpottaa yritystoimintaa siten, että asiointi vain yhden EU:n jäsenvaltion tietosuojaviranomaisilla riittäisi. Lisää muutoksista ks. http://ec.europa.eu/justice/newsroom/data-protection/news/120125_en.htm.

Henkilötietolain 3§:n määritelmän mukaan henkilötiedot ovat tietoja, joiden perusteella rekisteröity voidaan yksilöidä tietyksi henkilöksi. Henkilötiedolla tarkoitetaan kaikenlaisia luonnollista henkilöä tai hänen elinolosuhteitaan kuvaavia merkintöjä, jotka voidaan yhdistää häneen tai hänen kanssaan yhteisessä taloudessa eläviä koskevaksi. Tällä tarkoitetaan kaikkia sellaisia tietoja, joiden avulla kuluttaja voidaan yksilöidä ilman suurta vaihua.²⁰ Verkkokauppa käsittelee esimerkiksi kuluttajan henkilötietoja tämän asuinpaikan, iän, kulutustottumuksien ja taloudellisten päätösten muodossa.²¹ Käytännössä verkkokauppa saa käsiinsä henkilötietoja kahdella tavalla. Verkkokauppaa käyttävä rekisteröity luovuttaa tietoja verkkokaupalle esimerkiksi tilauslomakkeilla ja rekisteröitymislomakkeilla, toisaalta taas verkkokauppa pystyy teknisesti hyvin helposti seuraamaan kuluttajan selailutottumuksia sivustolla lokitiedostojen avulla. Myös näitä lokitietoja on pidettävä henkilötietoina, mikäli ne täyttävät edellä mainitut edellytykset.²² Henkilörekisterillä taas tarkoitetaan kaikkia sellaisia rekisterejä, joihin kerätään käyttötarkoituksensa vuoksi yhtenäisistä tiedoista koostuvaa tietojoukkoa.²³ Käytännössä rekisteri voi olla verkkokaupan asiakasrekisteri tai suoramarkkinointirekisteri.

Henkilötietojen luovutuksella tarkoitetaan ensisijaisesti henkilötiedon luovuttamista kolmannelle osapuolelle. Myös Salmisen käsitys on se, että henkilötietojen luovuttamisella tarkoitetaan henkilötietojen siirtämistä toisen lukuun käsiteltäväksi. Henkilötietojen luovutuksesta on erotettava henkilötietojen siirto, jolla tarkoitetaan sellaista tilannetta, jossa tiedon käsittely siirron jälkeen tapahtuu alkuperäisen luovuttajan lukuun.²⁴

Henkilötietolaissa ei ole luovutustilanteita koskevaa pykälää, vaan henkilötietojen luovuttamista sääntelevät ne edellytykset, jotka tekevät henkilö-

20 Voutilainen 2012, s. 246–247. Myös asiakastiedon käsitteestä ks. Ollila 2003, s. 299.

21 Hyvän vertailukohdan henkilötiedon käsitteelle muodostaa tässä yhteydessä laki viranomaisen toiminnan julkisuudesta (21.5.1999/621) 24§:n kohdat 25 ja 32, joissa määritellään niitä asiakirjoja joita on pidettävänä salaisina. Määrittelyyn kuuluu muun muassa tiedot yksilön rodusta, seksuaalisesta suuntautumisesta, henkilön osallistumisesta poliittisen toimintaan yms.

22 Voutilainen 2012, s. 248.

23 Henkilötietolain 3§.

24 Salminen 2009, s. 84. Tämän suuntainen erottelu on omaksuttu myös hallituksen esityksessä. Ks. HE 1998/96, s. 57.

tietojen käsittelystä²⁵ laillista. Henkilötietojen käsittelyn laillisuuden edellytykset on lueteltu lain 8§:n 1 momentissa. Mikäli luovuttaminen koskee henkilötietoja, joiden voidaan katsoa olevan arkaluontoisia, tulee toimia henkilötietolain 11§:n ja 12§:n mukaisesti. Mikäli taas halutaan luovuttaa rekisteröidyn henkilötunnus, tulee huomioida henkilötietolain 13§.

Henkilötietojen luovuttaminen Euroopan unionin ulkopuolelle on erityisääntelyn kohteena. Tämän taustalla on se, että luovutuksen kohdemaan lainsäädännön ollessa huomattavan erilainen vaaditaan erityistä varovaisuutta. Henkilötietolain 5 luvussa säännellään luovutuksen edellytyksiä. Henkilötietoja voidaan luovuttaa Euroopan unionin ulkopuolelle, jos henkilötietojen käsittely on toteutettu laillisesti Suomessa. Vastoin henkilötietolakia toteutetun henkilötietojen käsittelyn seurauksena syntynyttä rekisteriä ei saa luovuttaa. Tämän lisäksi luovutuksen kohdemaan tulee olla sellainen, jossa turvataan tietosuojan riittävä taso.²⁶

2.2 Henkilötietolain keskeiset periaatteet ja käytännösäännöt

Henkilötietojen käsittelyn laillisuuteen kuuluu olennaisena osana rekisteröidyn oikeuksien turvaaminen. Ensinnäkin henkilötietojen käsittelystä ja niiden mahdollisista luovutuksista on informoitava rekisteröityä henkilötietolain 24§ mukaisesti ja rekisteröidylle on lisäksi tarjottava henkilötietolain 26§ mukainen oikeus tarkastaa häntä koskevat tiedot ja korjata tietoihin sisältyvät virheet.

Henkilötietojen luovutustilanteiden kannalta keskeistä on se, että henkilötietoja käsitellään henkilötietolain periaatteiden mukaisesti. Tietojen myöhemmän luovutuksen edellytyksen on se, että henkilötietoja on kerätty ja käsitelty henkilötietolain periaatteita noudattaen.²⁷ Henkilötietolain 5§:ssä säädetään henkilötietojen huolellisesta käsittelystä, joka viittaa siihen, että henkilötietojen käsittelyn ei tule uhata rekisteröidyn yksityisyyttä ja oikeuksia. Huolellisuus pitää sisällään muun muassa sen, että verkkokaupan henki-

25 Henkilötietojen käsittelyllä (*processing*) tarkoitetaan henkilötietojen keräämistä, tallettamista, järjestämistä, käyttöä, siirtämistä, luovuttamista, säilyttämistä, muuttamista, yhdistämistä, suojaamista, poistamista, tuhoamista sekä muita henkilötietoihin kohdistuvia toimenpiteitä henkilötietolain 3§:n 1 momentin nojalla.

26 Kuner 2007, s. 160 ja Vanto, 2009 s. 84–85.

27 Ollila 2002, s. 301.

lökisterit ovat riittävän hyvin suojattu ja että tietosuoja-aspektit on otettu huomioon.

Keskeisen periaatteen muodostaa käyttötarkoitussidonnaisuuden periaate, jonka noudattaminen toimii tärkeänä kiintopisteenä henkilötietojen luovutustilanteissa. Henkilötietolain 7§:n käyttötarkoitussidonnaisuuden periaatteella tarkoitetaan sitä, että henkilötietoja ei saa käsitellä henkilötietolain 6§:n mukaisesti ennalta määritellyn tarkoituksen vastaisesti. Verkkokaupan tuleekin jo etukäteen määritellä, mihin se luovuttaa tietoja ja mistä se kerää tiedot.²⁸ Henkilötietolain velvoitteiden noudattaminen osaltaan lisää kuluttajan luottamusta verkkokauppaa kohtaan.²⁹

Henkilötietojen asianmukaisen käsittelyn kannalta keskeinen periaate on myös henkilötietolain 9§:n mukainen henkilötietojen tarpeellisuusvaatimus, joka edellyttää sitä, että verkkokauppa voi kerätä asiakkaistaan vain tarpeellisia tietoja.³⁰ Etukäteen määritelty käyttötarkoitus määrittää sen, mitä henkilötietoja rekisterinpitäjä saa tallettaa henkilörekistereihin. Kerättävät henkilötiedot ja tietojen käyttötarkoitus yksilöidään verkkokaupan rekisteriselosteessa. Vanton mukaan verkkokauppa saa kerätä henkilötietoja tavaran toimittamista varten eli käytännössä osoitetiedot, puhelinnumeron ja nimen. Sähköpostiosoite ei hänen mukaansa ole välttämättä tarpeellinen ja siten tarpeellisuusvaatimuksen mukainen yhteystieto.³¹ Oma näkemykseni on, että sähköpostiosoitetta voidaan pitää sellaisena tietona, jota verkkokauppa ydinliiketoimintansa hoitamisessa tarvitsee, eli sähköpostiosoitteen pyytäminen olisi tarpeellisuusvaatimuksen mukaista. Perustan kantani siihen, että sähköpostitse saapuva tilausvahvistus ja ilmoitus tilauksen saapumisesta ovat hyvin keskeinen osa verkkokaupan toimitusrakennetta.³² Tarpeellisuus- ja käyttötarkoitussidonnaisuuden periaatteiden kannalta ongel-

28 Vanto 2011, s. 41–44, von Willebrand 2002 s. 52 ja Tietosuoja 4/98, s. 4.

29 Nämä voidaan määritellä esimerkiksi verkkokaupan rekisteriselosteessa, ks. von Willebrand, 2002, s. 52. Usein juuri kuluttajien luottamuksen saavuttaminen on sellainen tekijä, joka vaikeuttaa verkkokaupan toimintaa Henkilötietojen käyttötarkoituksen etukäteinen määrittäminen ja tämän käyttötarkoituksen myöhempi noudattaminen edesauttaa luottamuksen saavuttamista. Ks. esimerkiksi Kuopus 2001, s. 131–132 ja 137.

30 Tietosuoja 4/98, s. 7.

31 Vanto 2011, s. 53.

32 Käytännössä tilausten toimitusvaiheessa sähköpostitse voidaan lähettää seurantaraportteja toimituksen etenemisestä. Sähköposti on myös puhelinta kustannustehokkaampi ja automatisoitavampi vaihtoehto toimittaa kuluttajalle tietoa.

man muodostaa lokitietojen kerääminen ja luovuttaminen, sillä nykytilassa on hyvin vaikeaa nähdä, että lokitietojen luovuttaminen olisi osa verkkokaupan ydinliiketoimintaa.³³

Tarpeellisuusvaatimukseen ja käyttötarkoitussidonnaisuuteen liittyy oleellisesti rekisterinpitäjän velvollisuus laatia tietosuojaseloste ja tarjota riittävästi informaatiota rekisteröidylle. Verkkokauppa on velvoitettu henkilötietolain 24§:ssä tarjoamaan riittävästi informaatiota rekisteröidylle. Käytännössä tämä informaatiovelvollisuus voidaan täyttää laatimalla rekisteriseloste, jonka yhteydessä tarjotaan tarvittava informaatio rekisteröidyn oikeuksien täyttämistä eli tietosuojaseloste. Jokaisella rekisterinpitäjällä on henkilötietolain 10§:ssä asetettu velvollisuus laatia rekisteriseloste ylläpitämistään henkilörekistereistä. Lisäksi tietosuojavaltuutettu suosittaa, että jokaisella henkilötietoja keräävällä verkkosivustolla tulisi olla tietosuojaseloste, joka on rekisteriselosteen ja informointiasiakirjan yhdistelmä.³⁴ Rekisteriselosteessa on tiedot muun muassa rekisterinpitäjästä, henkilötietojen käsittelyn tarkoituksesta ja siitä mihin tietoja tavanomaisesti luovutetaan sekä kuvaus rekisterin suojausten periaatteista.³⁵

Verkkokaupan toimintaa ohjaa henkilötietolain lisäksi myös erilaiset kaupan alan liittojen kirjoittamat suositukset ja käytänteet. Maininnan ansaitsevat sähköisen kuluttajakaupan käytännesäännöt³⁶, joissa annetaan ohjeita sähköistä liiketoimintaa harjoittavalle kaupalle muun muassa henkilötietolain asettamien ohjeiden toteuttamisesta, tietosuojasta ja tietoturvasta. Käytännesäännöt ovat suositusluonteiset, mutta verkkokauppa voi kuitenkin halutessaan sitoutua noudattamaan käytännesääntöjä, jolloin kauppa voi myös ilmoittaa markkinoinnissaan olevansa sitoutunut niiden noudattamiseen.³⁷

Henkilötietolainsäädännön periaatteilla ja käytännesäännöillä on sinänsä yhteinen funktio, että molempien tarkoituksena on turvata henkilötieto-

33 Vaikkakin EMOTA esittää, että profiloinnin ja asiakkaan tekemien ostopäätöstiетоjen myymisen turvaamisen tulisi olla keskeinen osa uutta tietosuojalainsäädäntöä. EMOTA Comments on General Data Protection Regulation, 2012, s. 1.

34 Tietosuojavaltuutetun pohja tietosuojaselosteen laatimiseksi, <http://www.tietosuoja.fi/31634.htm>, (vierailtu 17.12.2012).

35 Voutilainen 2012, s. 311.

36 Käytännesäännöt on laatinut Kaupan Keskusliitto Keskuskauppakamari, Suomen Suoramarkkinointiliitto ja Tietoliikenteen ja tietotekniikan keskusliitto, FiCom ry.

37 Sähköisen kuluttajakaupan käytännesäännöt 2002, s. 1.

ja käsittelyn asianmukaisuus ja rekisteröidyn oikeuksien kunnioittaminen. Henkilötietolain periaatteiden noudattaminen ei kuitenkaan automaattisesti mahdollista henkilötietojen kaupallista luovuttamista. Luovutus tulee voida toteuttaa uhraamatta rekisteröidyn itsemääräämisoikeutta. Parhaiten henkilötietolain periaatteista itsemääräämisoikeutta turvaa rekisteröidyn suostumus, jota arvioidaan henkilötietolain julkisoikeudellisesta luonteesta huolimatta yksityisoikeudellisin säännöin.³⁸

3 Suostumus perusteena henkilötietojen luovutuksille

3.1 Tiedollinen itsemääräämisoikeus perusoikeuksien turvana

Suostumuksen keskeisen merkityksen taustalta löytyy tiedollisen itsemääräämisoikeuden käsite, jolla tarkoitetaan sitä, että rekisteröidyllä on oikeus tehdä päätökset häntä koskevista henkilötiedoista. Päätöksenteko-oikeus pitää sisällään ainakin seuraavat osa-alueet: oikeus pitää salassa itseään koskeva tieto, oikeus saada itseään koskeva tieto ja oikeus vaikuttaa itseään koskevien tietojen keräämiseen ja luovuttamiseen.³⁹ Näin verkkokaupan oikeus luovuttaa asiakastietoja kolmannelle osapuolelle riippuukin pääsääntöisesti siitä vaarantaako luovutus rekisteröidyn oikeuden tiedolliseen itsemääräämisoikeuteen⁴⁰ ja perustuslain 10§:ssä sekä Euroopan ihmisoikeussopimuksen 8 artiklassa turvattuun yksityisyyteen. Tämä käsitys perustuu henkilötietolain esitöissä asetetulle lain tarkoitukselle. Lain tarkoituksena on turvata yksilön tiedollinen itsemääräämisoikeus ja oikeus yksityisyyteen.⁴¹ Jos luovutus vaarantaisi nämä oikeudet, se tunkeutuisi tällöin huomattavan syvälle yksilön autonomiaan ja tämän perusoikeuksiin, eikä se siten voi olla lain vaatimusten mukainen.⁴² Itsemääräämisoikeus johtaa siihen, että yksi-

38 Voutilainen 2012, s. 244.

39 Lisää tiedollisen itsemääräämisoikeuden päätöksentekoon liittyvistä osa-alueista ks. Voutilainen 2012, s. 243.

40 Saarenpää mukaan taas itsemääräämisoikeus pitää sisällään viisi keskeistä peruselementtiä: ”Ne ovat (1) oikeus sisäiseen vapauteen, (2) oikeus ulkoiseen vapauteen, (3) oikeus kompetenssiin, (4) oikeus valtaan ja (5) oikeus tietoon.” Itsemääräämisoikeuden keskeistä asemaa hän taas selittää sillä, että se on aidosti yhteiskuntasopimuksen tasolle ulottuva metaoikeus, joka siten sääntelee suhdettamme koko vallitsevaan yhteiskuntaan. Saarenpää 2009, s. 277 ja 281–282.

41 HE 1998/96, s. 30–31. Tässä yhteydessä todetaan myös, että tiedollinen itsemääräämisoikeus toteutumiseksi tulee henkilötietojen käsittelyn perustua ensisijaisesti suostumukseen.

42 Myös Korhonen painottaa tiedollista itsemääräämisoikeutta ks. Korhonen 2003, s. 84.

löllä on oikeus päättää siitä, millaisen määrän yksityisyyttä hän haluaa. Yksityisyys määritelläänkin siten aina tapauskohtaisesti.⁴³ On kuitenkin myös todettava, ettei itsemääräämisoikeus voi olla täysin rajoittamatonta, sillä sen rajoittaminen muiden intressien vuoksi voi olla tarpeen. Lainsäätäjän tulee tehdä päätökset tämänlaisista rajoituksista ja säätää niistä laintasolla.⁴⁴

Henkilötietojen suoja on hyvin keskeinen osa perustuslain 10§:ssä suojattua yksityisyyden suojaa. Henkilötietojen suojaan liittyy kuitenkin myös muita perusoikeuksia, esimerkiksi oikeus kunniaan, oikeus yhdenvertaiseen kohteluun ja oikeus henkilökohtaiseen koskemattomuuteen, oikeus ihmisarvoiseen kohteluun, oikeus turvallisuuteen sekä yhdenvertaisuus ja syrjinnän kieltö ja oikeus vaikuttaa itseään koskeviin asioihin. Nämä ovat kaikki sellaisia perusoikeuksia, joita henkilötietolaki osaltaan turvaa.⁴⁵ Perusoikeusnäkökulmasta henkilötietojen luovutustilanteet ovat myös erityisessä asemassa, sillä niihin liittyy tavanomaista korkeampi riski oikeudenmenetyksistä. Luovutustilanteessa henkilötiedot siirtyvät alkuperäiseltä käsittelijältä uudelle taholle, jonka toiminnan luotettavuudesta ei välttämättä ole samanlaisia takeita. Lisäksi yksilö harvoin voi nimenomaisesti todeta, kenelle hän on valmis luovuttamaan tietoja.⁴⁶ Olennaista on yksilön mahdollisuus päättää siitä kuinka laajana hän haluaa pitää yksityisyytensä ja toisaalta myös siitä, kenen hän haluaa pääsevän käsiksi henkilötietoihinsa.⁴⁷ Yksilön oikeutta tiedolliseen itsemääräämiseen turvaa osaltaan henkilötietolain 24§, joka velvoittaa rekisterinpitäjää tarjoamaan riittävät tiedot rekisteröidyn ulottuville.

Yksilön oikeusasemasta katsottuna luovutukset ovat sallittuja vain silloin, kun hän on päässyt tekemään tietoisien päätöksen siitä miten hänen henkilötietojaan käsitellään. Tiedollisen päätöksen asema on keskeinen, sillä päätöksellään rekisteröity luovuttaa yksityisyytensä valvonnan pois itseltään.⁴⁸ On tosin huomioitava, että rekisteröity ei voi laajalti luopua oikeuksistaan. Mutta missä tilanteissa rekisteröity on päässyt hyödyntämään tiedollista itsemääräämisoikeuttaan ja millä edellytyksin hänen voidaan katsoa päättävän suvereenisti omasta yksityisyydestään?

43 Saarenpää 2009, s. 289.

44 Koskinen-Alapuranen-Heino-Salli 2005, s. 44–45.

45 HE 1998/96, s. 5.

46 Viljanen 2011, s. 396–397 ja Ollila 2002, s. 300.

47 Kuopus 2001, s. 174.

48 Data Protection Working Party, Opinion 15/2011 on definition of consent, s. 8.

Rekisteröidyn tietoinen suostumus (*informed consent*) on tärkein niistä edellytyksistä, joiden nojalla verkkokauppa voi myydä tai luovuttaa asiakastietoaan. Henkilön suostumus toteuttaa parhaiten tiedollisen itsemääräämisoikeuden periaatetta.⁴⁹ Lainsäätäjä on henkilötietolain 8§:n 1 momentin alakohtassa 1 asettanut henkilötietojen käsittelyn edellytykseksi rekisteröidyn yksiselitteisen suostumuksen. Verkkokaupan toimivallan perustavan suostumuksen tulee olla rekisteröidyn tietoinen tahdonilmaisu. Suostumuksesta tulee ilmetä tarkasti rekisteröidyn tietoisuus suostumuksensa sisällöstä ja siitä, että hänen suostumustaan voidaan käyttää perusteena edelleenluovutukselle.⁵⁰ Ongelmaksi muodostuu kuitenkin sen määrittäminen millainen suostumuksen tulee olla sekä se, miten suostumus tulee antaa, jotta tiedollinen itsemääräämisoikeus turvataan. Voidaanko riittäväksi katsoa se, että kuluttaja klikkaa netissä painiketta ”rekisteröidyn ja hyväksyn sopimusehdot” vai tarjoaako henkilötietolaki muita vaihtoehtoja tiedollisen itsemääräämisoikeuden turvaamiseen kuin suostumuksen?

3.2 Informoitu suostumus itsemääräämisoikeuden toteuttajana

Suostumus on keskeisessä asemassa luovutuksen oikeutusperustana, koska käytännössä suostumus on se väline, jolla tiedollinen itsemääräämisoikeus toteutetaan.⁵¹ Onkin välttämätöntä tietää milloin rekisteröidyn suostumusta pidetään pätevänä. Verkkokaupan asiakas on usein kuluttaja-asemassa, mikä johtaa kuluttajansuojalain soveltumiseen kaupallisessa suhteessa. Kuluttajansuojalaki ei kuitenkaan suojaa rekisteröidyn yksityisyyttä.⁵² Suostumusta tulkittaessa on hyvä huomioida myös oikeustoimilaki ja erityisesti oikeustoimilain pätemättömyyttä koskevat perusteet.⁵³ En kuitenkaan tässä yhteydessä laajemmin perehdy tilanteisiin, joissa rekisteröidyn suostumus on saavutettu vastoin oikeustoimilain säännöksiä.⁵⁴ Vajaavaltaisuuden aiheuttamat oikeudelliset kysymykset jäävät myös rajauksen ulkopuolelle.

49 Salminen 2009, s. 54–55 ja HE 1998/96, s. 38–39.

50 Vanto 2011, s. 44.

51 Voutilainen 2012, s. 243.

52 Verkkokauppaan liittyy huomattava määrä kuluttajansuojaan liittyviä kysymyksiä. Osa niistä juontaa juurensa verkkokaupan kansainvälisestä roolista ja osa taas verkkokaupan elektronisesta luonteesta. Ks. esimerkiksi Conteanu 2005, *Cyber Consumer Law and Unfair Trading Practices*.

53 Laki varallisoikeudellisista oikeustoimista (228/1928), 28–33§.

54 Esimerkiksi pakottamalla, petollisesti viettellen tai muutoin kunnianvastaisesti ja arvottomasti.

Klementin näkemys on se, että pätevän suostumuksen sisällön kartoittaminen on hyvin tärkeää, sillä henkilön suostumus vaikuttaisi *prima facie* tarjoavan perusteen käsittellä mitä tahansa tietoja rekisteröidystä.⁵⁵ Suostumuksen tarjoama toiminta-alue on varsin laaja, mutta oikeusjärjestys ei salli yksilön totaalisesti luopuvan omista oikeuksistaan. Katsoisinkin Klementin antavan suostumukselle liian suuren merkityksen hänen väittäessään sen mahdollistavan kaikki toimenpiteet. Näkemystäni tukee tietosuojavaltuutetun omaksuma kanta, jonka mukaan myös silloin kuin henkilötietojen käsittely perustuu suostumukseen, tulee käsittelyn noudattaa käyttötarkoitussidonnaisuuden periaatetta.⁵⁶ Käyttötarkoitussidonnaisuudella onkin voimakas yhteys suostumukseen ja etenkin siihen, että suostumus on informoitu.⁵⁷ Suostumuksen sisällön ja alan selvittämiseksi on tarkasteltava lainsäädännön sille asettamia edellytyksiä ja toisaalta sopimusoikeudellisia seikkoja. On myös keskeistä kiinnittää huomiota siihen, että useimmissa tapauksissa verkkokaupan ehtoihin sitoutuva kuluttaja on heikommassa asemassa kuin verkkokauppa.⁵⁸ Rekisteröidyn heikompi asema näkyy muun muassa siinä, että verkossa tapahtuvassa kaupankäynnissä ei yleensä noudateta tarjous-vastaus mekanismia.⁵⁹ Vaikka sopimuksen tekotapa *prima facie* vaikuttaa tarjous-vastaus mekanismiin perustuvalta, tosiasiallisesti kuluttaja kuitenkin nappia painamalla hyväksyy vakioehdot. Verkkokaupan ja rekisteröidyn sopimussuhde hahmottuukin parhaiten vakiosopimusoikeuden kautta.⁶⁰ Yksilön asema on tästä vakiosopimusoikeudellisesta lähtökohdasta ja verkkokaupan tiedollisesta ylivoimasta johtuen heikompi kuin elinkeinoharjoittajan. Tämä johtaa vääjäämättä tosiasiallisen toimintavapauden rajoittamiseen ja siihen, että ollakseen pätevä, suostumuksen tulee täyttää

55 Tietosuoja 4/98, s. 7.

56 Henkilötietojen käsittely suostumuksen perusteella, 2001, s. 2.

57 Esim. Vanto 2011, s. 33.

58 Internetin rekisterinpitäjien, kuten esimerkiksi verkkokaupan tapauksessa valtaisa ylivoima johtuu hyvin paljolti siitä, että se on selkeästi tiedollisesti ylivoimaisessa asemassa kuluttajaan nähden ja mitä enemmän tietoa se saa rekisteröidyistä sitä suuremmaksi tämä ylivoima kasvaa. Kuopus, 2001, s. 174.

59 tarjous-vastaus-mekanismista esim. Hemmo 2003, s. 100. Voidaan ylipäätään kysyä soveltuuko tarjous-vastaus-mekanismi nykypäivään, vai tarvittaisiinko uudenlainen tapa hahmottaa sopimuksen syntymistä?

60 Wilhelmssonin mukaan vakiosopimusoikeutta ei voida erottaa sopimusoikeudesta omaksi oikeudenalakseksi. Hän kuitenkin pitää vakiosopimusoikeutta hyvänä esitysteknisenä keinona viittaamaan sellaisiin tilanteisiin, joissa vakioehdoin sopimisella on merkitystä. Wilhelmsson 2008, s. 46–47.

korkeat laadulliset kriteerit.⁶¹ Lisäksi sopimuksen tekeminen elektronisessa ympäristössä on omiaan lisäämään suostumukselle asetettavia edellytyksiä ja heikentämään kuluttajan asemaa.⁶²

Henkilötietolain 3§:n 7 momentissa esitetyn legaalimääritelmän mukaan suostumuksella tarkoitetaan kaikenlaista vapaaehtoista, yksilöityä ja tietois- ta tahdonilmaisua, jolla rekisteröity hyväksyy henkilötietojensa käsittelyn. Suostumuksen täyttäessä nämä edellytykset on verkkokaupalla oikeus luovuttaa henkilötietoja eteenpäin.⁶³ Viime kädessä suostumuksen pätevyys määritellään aina tapauskohtaisesti käsillä olevien olosuhteiden perusteella. Mikäli suostumuksen olemassaolosta tulee kiistaa, on oleellista huomata, että todistustaakka suostumuksen olemassaolosta on rekisterinpitäjällä.⁶⁴

Tietosuojadirektiivi edellyttää, että suostumus on vapaasti annettu, riittä- vän yksilöity ja perustuu riittäviin tietoihin. Kunerin tulkinta on se, että päteville suostumukselle on asetettava neljä edellytystä: sen tulee olla re- kisteröidyn yksiselitteinen tahdonilmaus, vapaasti annettu, täsmällinen ja tarkkarajainen ja lisäksi sen tulee perustua tietoiseen päätökseen.⁶⁵ Allekir- joitan Kunerin suostumukselle asettamat kriteerit. Euroopan unionin tieto- suojatyöryhmän mukaan suostumuksen rajat ovat nykytilassa häilyvät, mikä johtaa tulkintaongelmiin. Tietosuojatyöryhmä onkin raportissaan pyrkinyt selkiyttämään suostumuksen edellytyksiä. Se on raportissaan todennut, että suostumuksen antamiseen vaikuttavien tietojen tulee olla helposti saatavil- la ja ymmärrettävissä. Ne eivät esimerkiksi saa olla piilotettu usean linkin taakse tai kirjoitettu niin epäselvästi, ettei kuluttajalla ole tosiasiallista mah- dollisuutta ymmärtää niitä.⁶⁶ Mielenkiintoinen kysymys onkin se, riittääkö esimerkiksi konkludenttinen suostumus perustaksi henkilötietojen käsitte- lemiselle.

61 Hemmo tuo esille sen, että yksi ns. sosiaalisesti siviilioikeudeksi kutsutun suuntauksen olennainen kehityspiirre on kuluttajien alennettu tietoisuusvelvoite. Hemmo 2003, s. 20–23.

62 Kuner 2007, s. 68.

63 Vanto 2011, s. 32–35. Ks. myös Kuopus 2001, s. 183.

64 HE 1998/96, s. 36–37 ja Henkilötietojen käsittely suostumuksen perusteella, 2001, s. 4.

65 Kuner 2007, s. 67

66 Data Protection Working Party, Opinion 15/2011, s. 3, 5–6, 20.

Suostumuksen edellytykset ovat pysyneet samoina Euroopan unionin uudessa tietosuoja-asetus ehdotuksessa, mikä onkin eurooppalaisen verkkokaupan keskusjärjestön EMOTA:n kritiikin kohteena. EMOTA:n kanta on, että liian yleiset edellytykset suostumukselle eivät vastaa riittävässä määrin nykyaikaisen kaupankäynnin tarpeisiin. EMOTA ehdottaakin, että suostumuksen edellytykset vaihtelisivat palvelusektorin mukaan.⁶⁷

3.3 Suostumuksen muotovaatimukset ja pätevyys

Suostumukselta ei edellytetä tiettyä muotoa, vaan suostumus on vapaamuotoinen. Toisaalta muun kuin kirjallisen suostumuksen toteennäyttäminen voi olla vaikeaa.⁶⁸ Käytännössä verkkokauppa usein pyytää suostumusta samalla, kun rekisteröitävä syöttää henkilötietonsa nettilomakkeelle ja klikkaa suostumusta ilmaisevan merkin tietojenkeruulomakkeelle. Näkemykseni on, että tällaisissa tilanteissa pätevä suostumus edellyttää tietojenkeruulomakkeen suostumuksen ilmaisevan painikkeen yhteydessä riittävän selkeää mainintaa siitä mihin rekisteröitävä sitoutuu. Ainoastaan tällöin suostumus voi olla informoitu, täsmällinen ja tarkkarajainen.

Toisaalta joissain tilanteissa myös pelkkä henkilötietojen antaminen voidaan tulkita rekisterinpitäjän käsittelyn oikeuttavana konkludenttisena hyväksymisenä, mikäli tietojenkeruuvaiheessa on yksilöity riittävän tarkasti tietojen käsittelytarkoitus.⁶⁹ Kunerin mukaan pätevä konkludenttinen suostumus edellyttää kuitenkin sitä, että rekisteröity ei ole vain pysynyt hiljaisena. Rekisteröidyn on jotenkin toiminnallaan tullut tuoda esille henkilötietojen käsittelyn hyväksymistarkoitus. Kuner asettaa tiukat edellytykset konkludenttisen suostumuksen hyväksymiselle. Rekisteröidyn toiminnan on tuotava selkeästi esille se, että hänen tarkoituksenaan on ollut ehtojen hyväksyminen.⁷⁰ Käytännössä konkludenttinen suostumus henkilötietojen käsittelyn perusteena vaikuttaisi olevan melko yleisesti käytössä. Suomalaisista verk-

67 EMOTA Comments on General Data Protection Regulation, 2012, s. 1.

68 HE 1998/96, s. 36 ja Vanto 2011, s. 33.

69 Salminen 2009, s. 56. Kuten Kuopus toteaa, verkkokaupan tulisi kuitenkin ottaa suostumus sellaisessa muodossa, että se voidaan myöhemmin näyttää helposti toteen siis esimerkiksi kirjallisena. Kuopus, 2001, s. 183.

70 Kuner 2007, s. 69.

kokaupoista ainakaan Verkkokauppa.com ei rekisteröitymisvaiheessa⁷¹ kysynyt erityistä lupaa henkilötietojen käsittelylle.⁷² Pidänkin konkludenttista hyväksymistä verkkoympäristössä problemaattisena, sillä on hyvin vaikeaa näyttää toteen se, että rekisteröitynyt on tosiasiallisesti antanut suostumuksensa. Käytännössä hyväksynnän pitäisikin olla aina nimenomainen.

Jotta verkkokaupan luovutus olisi pätevä, tulee luovutustarkoituksen ilmetä siis selkeästi jo tietojenkeruuvaiheessa ja henkilörekisterin perustamisvaiheessa. Tämä on keskeistä rekisteröidyn tiedonsaantioikeuden kannalta.⁷³ Mikäli rekisterinpitäjä ei riittävän selkeästi informoi luovutuksen mahdollisuudesta etukäteen, tai ei esimerkiksi mainitse vakiosopimukseen sisältyvästä luovutuslausekkeesta, saattaa olla kyse yllättävästä ja ankarasta sopimusehdosta. Tällainen yllättävä ja ankara ehto johtaa sopimuksen pätemättömyyteen tai osapätemättömyyteen.⁷⁴

Siitä huolimatta, että suostumuksen edellytykset on määritelty varsin tarkkarajaisesti, arvioidaan suostumuksen pätevyys luovutuksen perusteena aina tapauskohtaisesti.⁷⁵ Keskeistä on se, että rekisteröity on tosiasiallisesti päässyt käyttämään tiedollista itsemääräämisoikeuttaan. On huomattava, että tiettyjen erityisten henkilötietojen ollessa kyseessä pätevän suostumuksen edellytykset on asetettu tavanomaista korkeammalle tiedollisen itsemääräämisoikeuden toteutumiseksi. Kaikille erityistilanteille, joissa suostumukselle on asetettu korkeammat laatuvaatimukset on yhteistä se, että suostumuksen kohteena olevat tiedot ovat laadultaan poikkeuksellisia tai vaihtoehtoisesti

71 Ks. Verkkokauppa.comin rekisteröitymissivusto ja rekisteriseloste (<https://www.verkkokauppa.com/fi/register> ja <https://www.verkkokauppa.com/fi/ohjeet/rekisteriseloste>). Rekisteröitymisvaiheessa nähtävillä ei ollut mitään selkeää linkkiä rekisteriselosteeseen, vaan tämä löytyi vasta useamman linkin takaa, mikä voisi sinällään olla kuluttajan kannalta oikeusturvaongelma, vaikkei Verkkokauppa.com luovuttaisikaan asiakastietoja eteenpäin.

72 Toisaalta Verkkokauppa.com ennemmin perustaa henkilötietojen käsittelyn asiallisen yhteyden varaan. Konkludenttisen suostumuksen ja asiallisen yhteyden välillä vaikutaisi olevan yhtäläisyyksiä, molemmat operoivat samantyylisten lähtökohtien varassa.

73 Rekisteröidyllä tulee olla etukäteen tiedossa se, miten tietoja hyödynnetään tulevaisuudessa, muutoin informoidun päätöksen tekeminen olisi hyvin vaikeaa. Käyttötarkoituksidonnaisuudesta esim. Koskinen-Alapuranen-Heino-Salli 2005, s. 65.

74 On kuitenkin todettava, että oppi yllättävistä ja ankarista sopimusehdoista ei ole kovin tarkoin muotoutunut Suomessa ja oikeuskäytännössä siihen on suhtauduttu jopa melko kielteisesti. Jotakin tukea tästä opista voidaan kuitenkin saada rekisteröidyn suojaksi, sillä käsillä on tilanne, jossa vakiosopimuksen laatineen tahon informointivelvollisuus on tavanomaista korkeampi. Vakiosopimus ja kohtuuttomat sopimusehdot, Wilhelmson, 2008, s. 92–95.

75 Vanto 2011, s.45 ja HE 1998/96, s. 36, 39.

niihin kohdistuu tavanomaista korkeampi riski yksityisyyden menettämisestä. Tällä tarkoitan siis esimerkiksi arkaluontoisia henkilötietoja, kuten henkilötunnuksen tai asiakastietojen luovutusta EU:n talousalueen ulkopuolelle alueille, joilla tietosuojan taso ei ole riittävän korkea.

Arkaluontoisten henkilötietojen käsittelyn lähtökohtana henkilötietolain 11§:ssä on esitetty käsittelykielto, josta voidaan poiketa vain rekisteröidyn nimenomaisen suostumuksen perusteella kuten henkilötietolain 12§:ssä todetaan. Suostumuksen nimenomaisuudella tarkoitetaan sitä, että suostumuksen tulee olla vielä tavanomaista huomattavasti tarkkarajaisempi. Näin suostumuksesta tulisi ilmetä, että se kohdistuu nimenomaan arkaluontoisiin henkilötietoihin.⁷⁶ Verkkokauppa ei pääsääntöisesti käsittele arkaluontoisia tietoja, josta johtuen näen arkaluontoisten tietojen käsittelyyn liittyvien seikkojen laajemman käsittelyn epätarkoituksenmukaisena.⁷⁷ Mikäli osana tietojenkäsittelyä käsitellään rekisteröidyn henkilötunnuksista, tarvitaan rekisteröidyn yksiselitteinen suostumus tai erityinen tunnistamistarkoitus perustaksi tietojenkäsittelylle.⁷⁸ Sinänsä on helppoa kuvitella tilanne, jossa verkkokauppa tarvitsisi henkilötunnuksista tunnistamistarkoitukseen. Henkilötunnuksen eteenpäinluovuttaminen kaupallisessa tarkoituksessa vaarantaisi rekisteröidyn oikeuden yksityisyyteen niin olennaisesti, että en näe sitä mahdolliseksi.

3.4 Suostumuksen peruuttaminen

Verkkokaupan oikeus käsitellä henkilötietoja suostumuksen perusteella herättää kysymyksen siitä, miten pitkän aikaa henkilötietoja voidaan käsitellä suostumukseen perustuen ja millä edellytyksin yksilö voi peruuttaa suostumuksensa. Suostumuksen peruuttaminen ja sen ajallinen ulottuvuus ovat hyvin oleellisia kysymyksiä juuri henkilötietojen luovuttamisen kannalta.

⁷⁶ Vanto 2011, s. 56, 58.

⁷⁷ Vaikkakin on todettava, että seuraamalla rekisteröityjen kuluttajien ostokäyttäytymistä verkkokauppa saa hyvin arkaluontoista tietoa käyttöönsä ja pystyy muodostamaan huomattavan tarkkoja profileja kuluttajista. Kyseisessä artikkelissa tuodaan esille se kuinka hyvin ostokäyttäytymisen perusteella voidaan päätellä tietoja identiteetistä ja muutenkin arkaluontoisista seikoista. ks. <http://www.forbes.com/sites/kashmirhill/2012/02/16/how-target-figured-out-a-teen-girl-was-pregnant-before-her-father-did/> (tiedot haettu 8.3.2012).

⁷⁸ Henkilötietolain 13§.

Vanton mukaan suostumus on voimassa toistaiseksi, ja se voidaan koska tahansa peruuttaa, ellei muusta olla sovittu suostumuksen antohetkellä.⁷⁹ Suostumus onkin tästä johtuen huono peruste verkkokaupalle henkilötietojen käsittelemistä varten. Tosiasiassa henkilötietojen käsittely tapahtuukin usein asialliseen yhteyteen perustuen. Verkkokaupan on vaikeaa perustaa pelkästään suostumukseen henkilötietojen laajamittaista käsittelyä, sillä suostumus ei tarjoa liiketoiminnan harjoittamisen perustaksi tarpeellista vakautta ja pysyvyyttä. Samanaikaisesti suostumus on kuitenkin yksi tärkeimmistä keinoista, joilla voidaan turvata rekisteröidyn oikeussuoja. Suostumuksen peruuttaminen on sellainen oikeus, joka ehdottomasti kuuluu rekisteröidylle.⁸⁰

Asiakassuhteeseen perustuva henkilötietojen käsittely on verkkokaupan kannalta paljon helpommin saavutettava ja hallittavampi peruste. Asiakassuhteen perusteella tapahtuva henkilötietojen luovutus on kuitenkin erityisen tarkasti säännelty kysymys.

4 Asiakassuhde henkilötietojen käsittelyn perusteena

4.1 Asiallisen yhteyden synty ja ajallinen ulottuvuus

Asiakassuhde on käytännössä tärkein peruste, jonka nojalla verkkokauppa käsittelee henkilötietoja. Asiakassuhde oikeuttaa henkilötietojen käsittelyyn henkilötietolain 8§:n 1 momentin 5 alakohdan nojalla, jolloin perusteena on niin sanottu asiallinen yhteys. Asiallisella yhteydellä tarkoitetaan sitä, että rekisteröity on joko asiakas- tai palvelusuhteessa rekisterinpitäjään, eli tällä on yhteys rekisterinpitäjän toimintaan.⁸¹ Esimerkiksi Voutilainen on katsonut, että asiallinen yhteys on yksi niistä poikkeusperusteista, jonka nojalla henkilötietoja voidaan käsitellä ilman tiedollista itsemääräämistä turvaavaa suostumusta.⁸²

⁷⁹ Vanto 2011, s. 35.

⁸⁰ Tähän liittyen Euroopan unionin uudessa tietosuojasetuksessa (artikla 17) on vahvistettu nimenomaisesti oikeus tulla unohtetuksi ks. Euroopan komission ja parlamentin asetus yksilöiden suojasta henkilötietojen käsittelyssä ja näiden tietojen vapaasta liikkuvuudesta (yleinen tietosuojasetus), COM/2012/011 final - 2012/0011 (COD), s. 51.

⁸¹ Vanto 2011, s. 47.

⁸² Voutilainen 2012, s. 279.

Kiinnostava kysymys on se miten asiallinen yhteys syntyy; muodostuuko asiallinen yhteys vain ostamalla tavaraa verkkokaupasta vai vaaditaanko rekisteröitymistä verkkokaupan käyttäjäksi. Salmisen näkemyksen mukaan asiallinen yhteys syntyy kuluttajan tilatessa palvelun tai rekisteröityessä. Hänen mukaansa esimerkiksi sillä, onko palvelu ollut vastikkeellinen, ei ole suurta merkitystä.⁸³ Tämän näkemyksen mukaisesti asiallinen yhteys muodostuisi kuluttajan tilatessa verkkokaupasta tuotteen, ja syöttäessä tietonsa tilauksen toimittamiseksi. Myös Sähköisen kuluttajakaupan käytännösäännöissä on omaksuttu vastaava kanta. Asiallinen yhteys muodostuu viimeistään kuluttajan tilatessa tuotteen, eli tullessa verkkokaupan asiakkaaksi. Ennen tuotteen tilaamista tapahtuva verkkosivujen selailu ei sen sijaan perusta asiallista yhteyttä.⁸⁴

Myös Von Willebrandin mukaan asiallinen yhteys on verkkokaupan pääasiallinen peruste käsitellä henkilötietoja. Hänkin katsoo, että asiakkaan tilatessa verkkokaupasta tuotteita tai rekisteröityessä on asiallinen yhteys syntynyt.⁸⁵ Sekä Salmisen, että von Willebrandin esittämä näkemys on kyseenalaistettu. Tietosuojavaltuutettu on ratkaisussaan vuodelta 2004 todennut, että asiallinen yhteys ei muodostu yksittäisen ostoksen perusteella, vaan siihen vaaditaan vahvempi peruste. Tapauksessa oli tosin kysymys tilanteesta, jossa tietosuojavaltuutettu totesi, ettei yksittäinen ostotapahtuma ollut peruste liittää kuluttajaa kanta-asiakasrekisteriin.⁸⁶ Ratkaisusta nousee esille oleellinen kysymys edellytyksistä, joilla asiallinen yhteys syntyy. Asiallisen yhteyden muodostumisen lisäksi on myös oleellista pohtia asiallisen yhteyden ajallista ulottuvuutta. Lähtökohdaksi asiallisen yhteyden ajallisen kestoon arvioimiseksi voidaan ottaa sähköisen kuluttajakaupan käytännösäännöt, joissa on katsottu, että asiakastietoja saa käsitellä niin kauan kuin kuluttajan ja kaupan välillä vallitsee asiakassuhde. Asiakassuhteen on katsottu olevan niin kauan voimassa kun kaupan ja asiakkaan välillä on ostotapahtumia tai velvoitteita, esimerkiksi tuotteen takuu. Asiallisen yhteyden katkettua tiedot on poistettava rekisteristä, kuten myös silloin kun kuluttaja

83 Salminen 2009, s. 57.

84 Sähköisen kuluttajakaupan käytännösäännöt 2002, s. 9.

85 von Willebrand 2002, s. 52.

86 Ratkaisussa käsitellään asiallista yhteyttä perusteena liittää asiakas kanta-asiakasrekisteriin, pohjimmiltaan suojeltu oikeushyvä on tässä yhteydessä sama. <http://www.tietosuoja.fi/48517.htm> (vierailtu 4.3.2012).

vaatii niiden poistamista.⁸⁷ Mitään yksiselitteistä ohjetta ei kuitenkaan ole siitä, mikä on kohtuullinen aika säilyttää henkilötietoja asiakassuhteen perusteella. Kallistuisin sellaiseen tulkintaan, että henkilötietoja voi asiallisen yhteyden nojalla säilyttää kohtuullisen ajan, joka määräytyy tapauskohtaisesti.

4.2 Henkilötietojen luovuttaminen asiakassuhteen perusteella

Lainsäätäjä on ottanut rajoittavan kannan henkilötietojen luovuttamiseen pelkästään asialliseen yhteyteen perustuen, kuten henkilötietolain 8§:n 2 momentin sananmuoto paljastaa:

”Henkilötietojen *luovuttaminen* voi tapahtua 1 momentin 5 kohdan nojalla *vain*, jos henkilötiedon luovuttaminen kuuluu *tavanomaisena* osana kysymyksessä olevan toiminnan harjoittamiseen edellyttäen, että tarkoitus, johon tiedot luovutetaan, *ei ole yhteensopimaton henkilötietojen käsittelyn tarkoituksen* kanssa ja että rekisteröidyn *voidaan olettaa tietävän* henkilötietojen tällaisesta luovuttamisesta.” (kurs. kirjoittajan)

Tässä lainkohdassa luovutukselle asiallisen yhteyden perusteella asetetaan ainakin seuraavat vaatimukset: vaatimus tarkkarajaisuudesta, rekisteröidyn tietoisuus luovutuksesta, luovutuksen nimenomaisuuden vaatimus ja tarkoituksenmukaisuusvaatimus.⁸⁸ Kaikki nämä edellytykset liittyvät olennaisesti rekisteröidyn tiedollisen itsemääräämisoikeuden turvaamiseen, sillä niiden avulla pyritään selvittämään se onko asiallinen yhteys ollut riittävän laaja. Mikäli asiallinen yhteys on ollut riittävän laaja, rekisteröity on voinut odottaa henkilötietojensa luovuttamista. Näkemykseni on se, että asiallisen yhteyden perusteella henkilötietoja olisi mahdollista luovuttaa eteenpäin kaupallisessa tarkoituksessa. Tämän edellytyksenä olisi kuitenkin se, että luovutustarkoitus on ollut huomattavan selkeä kuluttajalle. Käytännössä tämä tietoisuus voisi syntyä esimerkiksi rekisteriselosteeseen sisältyvästä maininnasta siitä, että henkilötietoja luovutetaan eteenpäin kolmansille osapuolille. Henkilötietojen kaupallinen hyödyntämistarkoitus on ollut keskeistä määritellä jo rekisterin perustamisvaiheessa, eikä niin, että myöhemmin ryhdytään luovuttamaan tietoja vastoin käyttötarkoitussidonnai-

87 Sähköisen kuluttajakaupan käytännesäännöt, 2002, s. 10.

88 Vanto 2011, s. 48–49.

suuden periaatetta. Esimerkiksi korkeimman oikeuden ennakkopäätöksen KKO 1998:85⁸⁹ mukaan asiakastietojen käyttötarkoitussidonnaisuuden periaatteesta poikkeaminen ilman rekisteröidyn suostumusta voi johtaa jopa rikosoikeudelliseen vastuuseen.⁹⁰ Lisäksi on todettava, että Tietosuojavaltuutettu on ratkaisussaan vuodelta 2004 ottanut kielteisen kannan siihen, että autonmyyjä luovuttaa henkilötietoja Euroopan unionissa sijaitsevalle valmistajalle, koska asiallinen yhteys asiakkaan ja tehtaan välillä ei ollut riittävän vahva.⁹¹

Vaikka asiallinen yhteys sinänsä voi olla perusteena henkilötietojen luovuttamiseen, ei se kuitenkaan sovi verkkokaupan perusteeksi myydä asiakastietoja. Asiallisen yhteyden vaatimus on nimittäin yksinkertaisesti liian tiukka, jotta se perustaisi tällaisen luovutusoikeuden. Tämä johtuu siitä, ettei ainakaan nykytilassa henkilötietojen edelleenmyyminen ole keskeinen osa verkkokauppojen liiketoimintaa, ja näin ollen luovuttamista ei voida pitää tavanomaisena ja sellaisena seikkana, jota asiakkaan tulisi odottaa. Verkkokauppa ei voi myydä henkilötietoja ilman suostumusta loukkaamatta rekisteröidyn oikeuksia. Oikeustila ei tältä osin kuitenkaan ole aivan selkeä. Asiallinen yhteys ei perusta oikeutta luovuttaa tietoja eteenpäin, mutta mikään ei kuitenkaan estä rekisterinpitäjää perustamasta henkilötietojen käsittelyä asialliselle yhteydelle ja luovutusta suostumukselle. On siis täysin mahdollista perustaa käsittely yhteen perusteeseen ja luovutus toiseen.⁹² Näen asiallisen yhteyden erityisesti merkittävänä tapauksissa, joissa verkkokauppa kerää henkilötietoja pääasiallisesti tilausten toimittamista varten, eikä suunnittele näin kertyvien asiakastietojen luovuttamista. Nähdäkseni lainsäätäjän tulisi harkita asiallisen yhteyden soveltamisalan laajentamista myös perusteeksi henkilötietojen kaupalliselle luovutustoiminnalle. Verkkokaupan kannalta tällainen tulkinta olisi ehdottomasti edullisempi, joustavampi ja mahdollistaisi henkilötietojen kaupallisen hyödyntämisen, mikä lisäisi selkeästi kerätyn tiedon arvoa ja tarjoaisi verkkokaupalle ylimääräisen kilpailuedun. Kuluttajan kannalta laajentava tulkinta muodostaisi riskin tietojen käyt-

89 Jossa oli kysymys siitä että lakkautetun sanomalehden tilaajarekisterin tiedot oli siirretty suoramarkkinointikäyttöön.

90 Kuopus 2001, s. 174. Aiheesta myös Pesonen 2011, s. 120–121.

91 Maahantuojan oikeus luovuttaa jälleenmyyjän asiakastietoja EU:n alueella toimivalle valmistajalle, <http://www.tietosuojafi/48520.htm>, (vierailtu 20.12.2012).

92 Data Protection Working Party, Opinion 15/2011, s. 8.

tämisestä vastoin hänen tahtoaan. Tämä riski on kuitenkin jo nykytilassa olemassa. Riskin vakavuutta vahvistaa se, että kuluttajalla on käytännössä käsissään hyvin vähän oikeussuojakeinoja.

5 Rekisteröidyn yksityisyyden turvaaminen

5.1 Verkkokaupan tietosuojavelvoitteet

Rekisteröidyn oikeus yksityisyyteen ja tiedollinen itsemääräämisoikeus ovat sellaisia oikeuksia, joiden turvaamiseksi on nähty paljon vaivaa. Toisaalta niiden turvaaminen edellyttää, että henkilötiedot säilytetään ja suojataan asianmukaisesti ja toisaalta taas, että rekisteröidyllä on käytettävissään riittävät oikeussuojakeinot.

Tietosuoja ja tietoturva eivät ole synonyymejä, sillä tietosuojalla tarkoitetaan tiedon luottamuksellisuuden säilymistä. Tietoturvalla on tärkeä rooli tietosuojan toteutumisessa. Tietoturvalla (tai tietoturvallisuudella) tarkoitetaan järjestelmien, palveluiden ja tietoliikenteen suojaamista teknisesti ja hallinnollisesti siten, että seuraavat edellytykset täyttyvät: tietojen käsittely luottamuksellisesti, vain tietojenkäsittelyyn oikeutetut käsittelevät tietoja ja että tiedot ja tietojärjestelmät ovat niiden käyttöön oikeutettujen hyödynnettävissä.⁹³ Rekisterinpitäjän suunnittelu- ja huolellisuusvelvoitteisiin⁹⁴ sisällytetään myös velvollisuus rakentaa sellainen infrastruktuuri, jossa tietosuojavelvoitteet ovat riittävässä määrin otettu huomioon.⁹⁵ Verkkokaupan velvollisuudesta säädetään henkilötietolain 32§:n 1 momentissa, jonka mukaan:

”Rekisterinpitäjän on toteutettava *tarpeelliset* tekniset ja organisatoriset toimenpiteet henkilötietojen suojaamiseksi asiattomalta pääsylvä tietoihin ja vahingossa tai laittomasti tapahtuvalta tietojen hävittämiseltä, muuttamiselta, luovuttamiselta, siirtämiseltä taikka muulta laittomalta käsittelyltä. Toimenpiteiden toteuttamisessa on otettava huomioon *käytettävissä olevat tekniset mahdollisuudet*, toimenpiteiden aiheuttamat kustannukset, käsiteltävien tietojen laatu, määrä ja ikä sekä käsittelyn merkitys yksityisyyden suojan kannalta.” (kurs. kirjoittajan)

93 Innanen ja Saarimäki 2011, s. 111–112 ja Kempainen 2011, s. 113–114.

94 Henkilötietolain 5§, 6§ ja 7§.

95 Tietosuojan ja tietoturvan ”tee se itse tarkastus”, Tietosuojavaltuutettu 2010, s. 2 ja Voutilainen 2012, s. 301.

Henkilötietolaki korostaa nimenomaan tarpeellisten ja käytettävissä olevien organisatoristen ja teknisten toimenpiteiden toteuttamista. Pykälä on kirjoitettu teknologianeutraalisti siten, että kulloinkin riittävä tietoturvasuuden taso määrittyy yleisesti käytettävissä olevan teknologian perusteella. Pelkästään se, että verkkokaupalla on velvollisuus suojata rekisteröidyn yksityisyyttä ei kuitenkaan riitä, vaan rekisteröidyllä tulee olla myös tosiasiallinen mahdollisuus vedota näihin oikeuksiin.

5.2 Rekisteröidyn oikeussuoja

Rekisteröidyn oikeussuoja on turvattu toisaalta vahingonkorvausoikeudellisella sääntelyllä ja toisaalta rekisterinpitäjän rikosoikeudellisella vastuulla. Myös henkilötietolaissa tarjotaan sanktiomekanismi virheellisesti menettelevän rekisterinpitäjän toiminnan rajoittamiseksi.

Rikoslain 38:9§:n mukaan henkilörekisteririkoksesta on tuomittava se, joka loukkaa rekisteröidyn yksityisyyden suojaa tai aiheuttaa tälle muutoin vahinkoa tai olennaista haittaa. Henkilörekisteririkoksesta on kysymys myös silloin, kun jokin taho käsittelee henkilötietoja vastoin käyttötarkoitussidonnaisuutta tai käsittelyn yleisiä edellytyksiä.⁹⁶ Sinänsä olisi mahdollista, että rekisterinpitäjän edustaja, joka lainvastaisesti luovuttaa henkilötietoja ja vaarantaa näin kuluttajan yksityisyyden tuomittaisiin henkilörekisteririkoksesta.⁹⁷ Toisaalta on todettava, että vahingonkorvausoikeudellinen sääntely turvaa rikosoikeudellista sääntelyä paremmin kuluttajan oikeuksia.⁹⁸ Vahingonkorvausvastuun ja rikosoikeudellisen vastuun lisäksi oikeussuojaa tuo henkilötietolain 44§:ssä esitelty tietosuojalautakunnan mahdollisuus kieltää rekisterinpitäjää jatkamasta lainvastaista toimintaa tai määrätä rekisterinpito lopetettavaksi. Tämä ei kuitenkaan sinänsä tarjoa henkilötietojen oikeudettomasta luovutuksesta kärsineelle yksityishenkilölle oikeussuojaa, vaan ainoastaan ennaltaehkäisee tulevia vastaavia rikkomuksia. Kuluttajan turvallisuutta lisää verkkokaupan halu luoda luotettavuutta kuluttajien sil-

96 Innanen ja Saarimäki 2011, s. 375.

97 Henkilörekisteririkoksesta voidaan tuomita sakkoon tai vankeuteen enintään vuodeksi. Innanen ja Saarimäki 2011, s. 376.

98 Rekisterinpitäjän vahingonkorvausvastuu (henkilötietolain 47§) on asetettu tavanomaista ankarammaksi. Saarenpää 2009, s. 409. On tosin todettava, että oikeudenkäyntikynnys vahinkoa kärsineelle rekisteröidylle on korkealla oikeudenkäynnin kulu- riskin johdosta.

missä; lain rikkomisesta seuraava maineen menettämisen pelko on monella tapaa hajanaista rangaistussääntelyä huomattavasti tehokkaampi keino kontrolloida verkkokaupan toimintaa rekisterinpitäjänä.⁹⁹

Nykyisellään rekisteröidyn oikeussuojakeinot ovat melko vähäiset. Rekisteröidyn yksityisyyden turvaamiseksi tietosuojavaltuutetulle olisi nähdäkseeni annettava laajempi oikeus antaa sakkoja ja sanktioita virheellisesti tai huolimattomasti menettelevälle rekisterinpitäjälle. Komission ehdotuksessa tietosuoja-asetukseksi onkin tarjottu ratkaisuksi sakkoja, joita tietosuojavaltuutettu voi määrätä rekisterinpitäjälle. Sanktioluontoisen maksun suuruus määräytyisi rikkomuksen tehneen yrityksen maailmanlaajuisen liikevaihdon mukaisesti. Suurimmillaan sanktiot olisivat jopa 2% yrityksen liikevaihdosta.¹⁰⁰

6 Asiakastietojen luovutukset EU:n ulkopuolelle

6.1 Maat, joissa tietosuojan taso on riittävä

Gloobaalissa maailmantaloudessa, jossa kuluttajat asioivat usein ulkomailla sijaitsevilla verkkokaupoissa, on miltei mahdotonta rajoittaa tiedonsiirtoja kansalliselle alueelle tai jollekin yksittäiselle oikeusalueelle. Kansainväliset, Euroopan talousalueen ulkopuolelle suuntautuvat luovutustilanteet ovat huomattavan raskaan sääntelyn kohteena ja maakohtaiset ratkaisut tietosuojan toteuttamiseksi voivat olla hyvinkin erilaisia.¹⁰¹ Ajatuksena on se, että henkilötietojen siirtäminen Euroopan unionin ulkopuolelle aiheuttaa suurempia riskejä ja tästä johtuen luovutusmenettelyn tulee olla erilainen. Kuner on katsonut, että tätä on pidettävä ironisena, sillä Euroopan unionin sisälläkin tietosuojan tasossa olisi toivomisen varaa ja välttämättä luovutus Euroopan unionin talousalueen ulkopuolelle ei aiheuta mitään lisäriske-

99 Verkkokaupan ja muiden rekisterinpitäjien halusta säilyttää uskottavuutta: ks. Kuopus 2009, s. 132 tai Bygrave 2002, s. 112–113. Näen rekisteröidyn oikeussuojakeinoissa sellaisen alueen, johon tulevaisuudessa tulee lisätä sääntelyä. Nykyisellään nimittäin oikeussuojaa toteuttava jälkikäteinen valvonta vaikuttaa hampaattomalta. Tietosuoja-valtuutetulle tulisi kenties antaa oikeus määrätä sakkoja henkilötietojen lainvastaisesta käsittelystä.

100 Ehdotus Euroopan komission ja parlamentin asetuksesta yksilöiden suojasta henkilötietojen käsittelyssä ja näiden tietojen vapaasta liikkuvuudesta (yleinen tietosuoja-asetus), COM/2012/011 final - 2012/0011 (COD), s. 93–94.

101 Onkin kysyttävä, olisiko tarvetta kansainväliselle harmonisoinnille? Aiheesta esimerkiksi Beldiman 2002, s. 75–77.

jä.¹⁰² Henkilötietolain 22§, 22a§ ja 23§ sääntelevät niitä edellytyksiä, joilla henkilötietoja voidaan luovuttaa Euroopan unionin oikeusalueen ulkopuolelle. Pääsääntöisesti tietosuojan riittävää tasoa arvioidaan henkilötietolain 22a§:n perusteella, jonka mukaan henkilötietoja voidaan siirtää niihin maihin, joiden henkilötietojen suojan tason komissio on todennut riittäväksi.¹⁰³

Henkilötietolain 22a§:n perusteella tehtyihin siirtoihin ei vaadita tietosuojavaltuutetun erityistä lupaa. Komissio voi tosin koska tahansa arvioida, että tietyn alueen tietosuojan tasoa ei enää voida pitää riittävänä, mikä muodostaa nähdäkseni oikeusvarmuuden kannalta ongelman.¹⁰⁴

Henkilötietolain 22§:n mukaan tietoja voidaan luovuttaa maahan, jossa taataan tietosuojan riittävä taso. Tietosuojan riittävällä tasolla tarkoitetaan sitä, että siirtääkseen tietoja Euroopan unionin talousalueen ulkopuolelle on rekisterinpitäjän tehtävä tästä ilmoitus tietosuojavaltuutetulle. Arviointiin siitä, onko kohdemaan tietosuojan taso riittävä vaikuttaa muun muassa henkilötietojen käsittelyn tarkoitus, lopullinen kohdema ja käsittelyn kesto. Arvion tietosuojan tason riittävydestä suorittaa tietosuojavaltuutettu rekisterinpitäjän kanssa yhteistyössä. Yhtäkään tällaista arviota ei tosin ole tehty lain voimassaolon aikana.¹⁰⁵

6.2 Poikkeaminen tietosuojan riittävän tason vaatimuksesta

Henkilötietolain 23§:ssä säännellään niitä tilanteita, joissa henkilötietoja siirretään alueille, joissa tietosuojan taso ei ole riittävä ja näin olleen siirto ei ole mahdollinen henkilötietolain 22§:n ja 22a§:n nojalla. Tällaisissa tilanteissa on siis kysymys henkilötietojen luovutuksesta Euroopan unionin oikeusalueen ulkopuolelle alueelle, jossa riittävää tietosuojan tasoa ei ole turvattu. Kyseessä on nimenomaan poikkeustapausten sääntely, jolloin luovutuksen edellytysten tulkinnan on Vanton mukaan oltava kapea ja ra-

102 Kuner 2007, s. 152.

103 Yhdysvallat muodostaa tämän osalta merkittävän poikkeuksen. Yhdysvaltalaisen yrityksen tietosuojan taso katsotaan riittäväksi, mikäli se on liittynyt Safe Harbour -järjestelyyn, joka tarkoittaa siitä, että yritys on sitoutunut noudattamaan samaa tietosuojan tasoa kuin mitä Euroopassa noudatetaan.

104 Todettakoon myös, että komissio voi kieltää siirron johonkin maahan ja todeta, että kyseisen alueen tietosuojan taso on siinä määrin riittämätön, että sinne ei voida tehdä siirtoja. Asiaa tietosuojasta 1/2005, s. 4–5.

105 Asiaa tietosuojasta 1/2005, s. 4 ja Kuopus 2001, s. 186–187.

joittava. Ainakin *prima facie* kyseiset poikkeukset ovat sovellettavissa vain huomattavan harvoin henkilötietojen luovutuksen perusteena.¹⁰⁶

Suostumus on yksi niistä edellytyksistä, joiden nojalla voidaan poiketa tietosuojan riittävän tason vaatimuksista. Tällaiselle suostumukselle asetetaan kuitenkin huomattavasti tiukemmat edellytykset kuin edellä käsitellylle. Ensinnäkin tällainen suostumus tulee kysyä aina nimenomaisesti luovutus-tilanteessa. Se ei myöskään voi olla konkludenttinen, vaan sen tulee olla muodoltaan kirjallinen. Mikäli rekisterinpitäjä ei voi osoittaa rekisteröidyn nimenomaista suostumusta, ei hän voi toteuttaa luovutusta tällä poikkeusperusteella.¹⁰⁷ On kuitenkin todettava, että henkilötietojen luovutukset Euroopan unionin ulkopuolelle sellaisiin maihin, joissa ei ole riittävää tietosuojan tasoa, ovat harvinaisia.¹⁰⁸

7 Verkkokaupan oikeusasema ja intressit

7.1 Omaisuuden suoja ja henkilötietojen kaupallinen hyödyntäminen

Verkkokaupan oikeus myydä asiakastietoja on hyvin kapea siitä huolimatta, että tietojen vapaa liikkuvuus on keskeinen perusta harmonisoidulle henkilötietojen käsittelylle.¹⁰⁹ Rekisterinpitäjän elinkeinovapauden ja omaisuuden suojan voidaan sanoa jääneen marginaaliin. Lainsäätäjä on, kenties aiheellisesti, valinnut useimmissa länsimaissa suojeltavaksi oikeushyväksi yksityisyyden ja tiedollisen itsemääräämisoikeuden kaupallisten intressien sijaan.¹¹⁰ Tässä jaksossa tarkastelen niitä seikkoja, jotka kuitenkin puhuvat verkkokaupan luovutus-oikeuksien laajentamisen puolesta. Verkkokaupan perusoikeudet ovat hyvä tausta sen pohtimiseksi, miten henkilötietolainsäädäntöä tulisi muokata paremmin tietoyhteiskuntaa palvelevaksi. Tässä yhteydessä tietoyhteiskunnan sinänsä epämääräiseen käsitteeseen sisältyy

106 Vanto 2011, s. 89.

107 Vanto 2011, s. 90.

108 Sääntely saakin suurimman relevanssinsa tilanteissa, kun henkilötietoja siirretään käsiteltäväksi pilvipalveluihin. On nimittäin tyypillistä, että pilvipalvelut toteuttavan yrityksen palvelinkeskus sijaitsee lukuisissa valtioissa, joista kaikki eivät välttämättä täytä vaadittua tietosuojan riittävää tasoa.

109 Esim. Salminen 2009, s. 83 ja HE 1998/96 s. 4.

110 Useimmista muista länsimaista poiketen Yhdysvallat ovat valinneet toisenlaisen näkökulman sääntelynsä perustaksi, mikä mahdollistaa henkilötietojen huomattavasti laajemman taloudellisen käytettävyyden. Beldiman 2002, s. 71–72.

ajatus siitä, että tieto on yksi yhteiskunnan taloudellisesti hyödynnettävistä resursseista.¹¹¹

Henkilötietojen suojaa voidaan pitää oikeuksien klusterina, jolla tarkoitetaan sitä, että henkilötietojen suojassa tiivistyy suuri määrä oikeuksia.¹¹² Perustuslain 15§ tarjoaa toisaalta suojaa myös omaisuudelle. Verkkokaupan sopimusvapaudelle tarjotaan suojaa omaisuudensuojan kautta ja turvattuina oikeushyvinä on tehdyn sopimuksen jälkikäteinen kunnioittaminen.¹¹³ Verkkokaupan kannalta merkitystä on myös perustuslain 18§:n elinkeinovapaudella, jonka mukaan jokaiselle on oikeus hankkia toimeentulo valitsemallaan tavalla.¹¹⁴ Henkilötietojen myyntitilanteissa onkin vastakkain perustuslain 10§:ssä turvattu yksityiselämän suoja ja toisaalta verkkokaupan pitäjän oikeus harjoittaa haluamaansa elinkeinoa, mikä olisi tässä tapauksessa asiakastietojen myyminen.¹¹⁵

Kiinnostava kysymys on se, voidaanko verkkokaupan muodostamaa henkilörekisteriä pitää omaisuudensuojan piiriin kuuluvana. Länsinevan mukaan perustuslain 15§:n omaisuuskäsitteen sisältöä on perinteisesti tulkittu hyvin laajasti, ja omaisuudensuojan piiriin on luettu kaikki yksilöiden varallisuusarvoiset etuudet ja oikeudet.¹¹⁶ *Prima facie* tämä tulkinta luo mielenkiintoisen mahdollisuuden saattaa henkilörekisterit omaisuudensuojan piiriin. Henkilörekisterin taloudellinen arvo nimittäin perustuu pitkälti tietojen käsittelyyn, ryhmittelyyn ja tietotekniikan hyödyntämiseen.¹¹⁷ Nykyaikaisen tietotekniikan avulla voidaan luoda segmenttejä tiedoista ja arvioida tietyn ryhmän arvoa asiakkaana tai sen kulutustottumuksia.¹¹⁸ Itsessään yksittäinen osoitetieto tai nimi ei ole taloudellisesti arvokas, vaan näistä tulee vasta käsittelyn tuloksena varallisuus oikeudellisesti arvokkaita. Voitaisiinko tästä johtaa sellainen lopputulos, että verkkokaupan asiakastiedot ovat koneelli-

111 Informaatiotaloustieteessä informaatiota pidetään yhtenä tuotantotehtävistä maan, pääoman ja työn rinnalla. Ks. Kemppinen 2011, s. 11.

112 Tietosuojalaki 1/2003, s. 11–12.

113 Länsineva 2011, s. 572.

114 Hallberg 2011, s. 50–51.

115 Tässä kohtaa on tärkeää huomauttaa, että perusoikeudet tarjoavat yrityksille vain välikäsin suoja. Suoja on johdettavissa yrityksen omistavien luonnollisten henkilöiden oikeuksien kautta. Hallberg 2011, s. 41.

116 Länsineva 2011, s. 568.

117 Tästä tiedon prosessoimisen tuomasta lisäarvosta muun muassa Heikkilä ja Laine 2001, s. 23–24 ja Rule 2004, s. 174.

118 Kuopus 2001, s. 172.

sen käsittelyn tuloksena muuttuneet verkkokaupan omaisuudeksi, jota se saa vapaasti edelleenluovuttaa tai myydä. Verkkokaupan muodostamassa henkilörekisterissä ei ole enää kysymys kenenkään yksittäisen henkilön tiedoista, vaan suuresta tietojoukosta.

Tähän kysymykseen vastaaminen edellyttää tiedollisen omistusoikeuden käsitteen avaamista. Saarenpään mukaan tiedollisen omistusoikeuden käsite on informaatioyhteiskunnassa yksityisyyteen ja siitä luopumiseen liittyvä käsite, jolla tarkoitetaan yksilön oikeutta hyötyä taloudellisesti omasta nimestään tai kuvastaan. Se pitää myös sisällään ajatuksen siitä, että vaikka yksilö luovuttaisi itseään koskettavia tietoja eteenpäin, ei hän kokonaan menetä päätäntävaltaa näihin tietoihin.¹¹⁹ Henkilötiedot eivät niin sanotusti ole kaikkien vapaasti käytettävissä olevaa raaka-ainetta.¹²⁰ Pidän Saarenpään kantaa sinänsä perusteltuna, enkä olisi valmis näkemään henkilörekisteriä perustuslain omaisuuskäsitteen piirissä. Pelkästään se, että rekisterinpitäjä on nähnyt suurta vaivaa luodessaan rekisterin ja käsitellessään siinä olevia tietoja, ei perusta omistusoikeutta tietoihin. Voidaankin todeta, ettei perustuslain 15§:n omaisuudensuoja tarjoa kovinkaan kattavaa suojaa verkkokaupan luovutusosoikeudelle. Omaisuudensuojan suojatessa vahvemman oikeuksia, sen rajoittamista on pidetty hyväksyttävänä. Lainsäätäjän velvollisuudeksi on jopa katsottu omistusoikeuden rajoittaminen heikomman suojan nimissä.¹²¹

7.2 Elinkeinovapaus perusteena henkilörekisterien kaupalliselle hyödyntämiselle

Perustuslaissa turvattu elinkeinovapaus suojelee myös verkkokaupan liiketoimintaa. Perustuslain 18§:n 1 momentti turvaa oikeuden työhön ja elinkeinovapauten. Elinkeinovapauden keskeinen sisältö on se, että jokaisen tulee voida hankkia toimeentulonsa valitsemallaan työllä, ammatilla tai elinkeinolla.¹²² Elinkeinovapaus kuuluu pohjimmiltaan yksityisyyden suojan tavoin itsemääräämisoikeuden piiriin. Verkkokaupan oikeus luovuttaa henkilötietoja kaupallisessa tarkoituksessa muodostaa selkeän perusoikeus-

119 Saarenpää 2009, s. 371.

120 Saarenpää 2009, s. 410.

121 Viljanen 2011, s. 597.

122 Karapuu ja Lavapuro 2011, s. 671.

kollision yksityisyydensuojan ja elinkeinovapauden välille. Viljasen mukaan perusoikeuskollisio voidaan ratkaista perusoikeuksien tilannekohtaisella punninnalla. Tavoitteena punninnassa on löytää mahdollisimman vähän perusoikeuksia rajoittava tulkintavaihtoehto.¹²³ Koska henkilötietojen myyminen ei kiistattomasti kuulu verkkokaupan ydinliiketoimintaan, tulisi oikeus siihen todennäköisesti rajatuksi pois verkkokaupan elinkeinovapauden ydinalueelta. On kuitenkin huomattava, että jo nykyisellään verkkokaupat säännönmukaisesti myyvät tai vuokraavat toisilleen listoja kuluttajien ostopäätöksistä ja perustavat markkinointiaan profilointiin.¹²⁴

Vaikka perusoikeudet eivät ole rajoittamattomia, niiden rajoittamisen tulee perustua lakiin.¹²⁵ Henkilötietojen ollessa kyseessä lainsäätäjä on selkeästi katsonut, että yksityisyyden suoja on elinkeinovapautta tärkeämpi arvo ja valinnut elinkeinoharjoittajan oikeuksia rajoittavan tulkinnan.¹²⁶

7.3 Rajoitettu sopimusvapaus

Viimeinen verkkokaupan luovutusoikeuden puolesta puhuva seikka on sopimusvapauden käsite. Eikö kuluttajan tekemän sopimuksen voitaisi katsoa perustavan verkkokaupalle oikeuden myydä häntä koskevia henkilötietoja? Hemmon mukaan sopimusvapaudella on yhä keskeinen merkitys vaihdannan järjestämisen kannalta. Sopimusvapauteen kuuluu keskeisesti ajatus siitä, että markkinoiden toimijat ovat tasavertaisia ja he voivat vapaasti sopia omaisuuttaan käsittelevistä seikoista.¹²⁷ Liberalistiseen sopimusvapauden käsitteeseen kuuluu se, että yksilöt voisivat vapaasti luovuttaa yksityisyyttään käsitteleviä tietoja verkkokaupan haltuun vastikkeena saamistaan palveluista. Sopimusvapaus ei kuitenkaan luo verkkokaupalle kovinkaan laajalti oikeuksia. Henkilötietojen kaupallista luovuttamista on nimittäin haluttu rajoittaa, jotta heikommassa asemassa olevien yksityishenkilöiden asema

123 Karapuu 2011, s. 135–136.

124 Aiheesta esimerkiksi: Ecommerce Profiling and Personalization: From Cookies to Communication, <http://www.ecomresourcecenter.com/articles/ecommerceprofiling.html> (vierailtu 20.12.2012).

125 Hallberg 2011, s. 56.

126 HE 1998/96 s. 3–5.

127 Sopimusvapauden ajatuksen keskeisenä kulmakivenä on se, että tiedollisesti tasavertaiset sopimuskumppanit tekevät sopimusvapauden ympäristössä taloudellisesti järkeviä päätöksiä. Hemmo 2003, s. 70–71.

olisi turvattu. Heikomman aseman turvaamiseksi on perinteisesti rajoitettu nimenomaan sopimuksen sisältövapautta.¹²⁸

Yksityishenkilö ei voi pätevästi sopimuksen nojalla luopua pysyvästi oikeuksistaan henkilötietoihin. Tästä yksilön yksityisyydensuojaa korostavasta tulokinnasta on kuitenkin myös eriäviä näkemyksiä, sillä esimerkiksi Rule on esittänyt, että yksilöille pitäisi antaa oikeus toimia vapaammin ja oikeus myydä omia henkilötietojaan. Hänen mukaansa tämä olisi hyvä vaihtoehto, sillä joudumme joka tapauksessa luopumaan yhä suuremmasta osasta yksityisyyttämme teknologian kehittyessä. Olisikin parempi, jos yksilö voisi myydä henkilötietojaan vapailla markkinoilla ja saada rahallista vastiketta tiedoistaan.¹²⁹ Rulen näkemykset eivät ole ongelmattomia sillä yksilö on ensinnäkin tiedollisesti huomattavasti paljon heikommassa asemassa kaupallisiin toimijoihin nähden.¹³⁰ Se, että yksityishenkilöt myisivät henkilötietojaan, loisi kokonaan uuden kaupallisen sektorin, joka vaatisi huomattavasti sekä taloudellisia että oikeudellisia rakenteita.

Rajoitettua sopimusvapautta korostaa se, että henkilörekisteriä voidaan pitää *vaihdannan erityisenä objektina*. Sen luovutusoikeus on hyvin rajoitettu ja luovutuksesta seuraava sopimussuhde on aina alisteinen alkuperäiselle sopimussuhteelle verkkokaupan ja rekisteröidyn välillä. Verkkokauppa ei voi luovuttaa laajempaa oikeutta kuin mikä sille itselleen on luovutettu.¹³¹ Henkilötietolaki sääntelee tiukasti henkilörekisterin käsittelyä, mikä myös vaikuttaa sopimussuhteen poikkeuksellisuuteen ja toissijaisuuteen. Verkkokaupalla on luovutusoikeus asiakastietoihin kaupallisessa tarkoituksessa kolmannelle osapuolelle ainoastaan silloin, kun siihen on rekisteröidyn suostumus tai laissa asetettu peruste.¹³² Luovutuksensaaja¹³³ on erikoisessa asemassa oikeusvarmuuden suhteen. Luovutuksensaajan on vaikeaa saada kovinkaan pysyvää oikeutta tietoihin, koska rekisteröity voi aina peruuttaa

128 Heikomman aseman turvaamisesta perusteena rajoittaa sopimussuhdetta, ks. Hemmo 2003, s. 72 ja Wilhelmsson 2009, s. 10.

129 Rule 2004, s. 201, 224–225.

130 Verkkokaupan tiedollisesta ylivoimasta esimerkiksi. Kuopus, 2001, s. 174.

131 Tämä johtuu jo yleisestä esineoikeudellisesta periaatteesta. Sopimusta ei voi tehdä kolmannen vahingoksi.

132 Bygrave 2002, s. 67.

133 Kolmannella tai luovutuksensaajalla tarkoitetaan oikeastaan ketä tahansa tahoja, jolle henkilötietoja luovutetaan käsiteltäväksi, joka ei ole rekisteröity itse tai alkuperäinen rekisterinpitäjä. Kuner 2007, s. 107.

käsittelyn perusteena olevan suostumuksensa.¹³⁴ Asiallisen yhteyden nojalla kolmas tuskin voi käsitellä sille kaupallisessa tarkoituksessa luovutettuja henkilötietoja.¹³⁵

8 Johtopäätöksiä

Tosiasiallisesti nykyinen lainsäädäntö ei mahdollista verkkokaupalle kerätyvien asiakastietojen kaupallista hyödyntämistä. Lainsäädännössä tulisi-kin mielestäni tarkastella henkilörekisteriä myös siltä kannalta, että se on vaihdannan erityinen objekti. Verkkokaupan kannalta tärkeimmät perusteet käsitellä henkilötietoja ovat suostumus ja asiallinen yhteys. Näistä vain suostumus kelpaa varmasti henkilötietojen myymisen perusteeksi. Tämä on siinä mielessä ongelmallista, että informaatioyhteiskunnan keskeisin taloudellinen resurssi on tieto ja nykytilassa sen liikkuvuus ei ole kovinkaan vapaata. Näin siitä huolimatta, että tiedon liikkuvuuden vapaus on ollut yksi Euroopan unionissa toteutetun harmonisoinnin hallitsevista periaatteista.

De lege ferenda rekisterin pitäjän elinkeino- ja sopimusvapauden edellytykset tulisi-kin turvata laajemmin. Henkilötietojen kaupallista hyödyntämistä varten tarvittaisiin uusia näkökulmia. Rekisterinpitäjän kaupalliset oikeudet eivät kuitenkaan saa saada liian suurta huomiota, sillä pohjimmiltaan tarkoituksena on turvata yksilön itsemääräämisoikeus ja yksityisyyden suoja. Itsemääräämisoikeuden turvaamiseksi suostumus on viime kädessä paras vaihtoehto. Informaatiotaloustieteellisestä näkökulmasta suostumus ei kuitenkaan toteuta elinkeinoelämän vaatimuksia.

Yksityisyyden tosiasialliseksi turvaamiseksi tulevassa henkilötietolainsäädännössä tulisi lisätä hyödynnettävissä olevia oikeussuojakeinoja, sanktiomekanismeja henkilötietojen luvanvastaisesta luovuttamisesta ja erityisesti valvontaa, jotta henkilötietojen käsittelyn epäkohdat saadaan kitkettyä. On yleisesti tiedossa, että henkilötietoja käsittelevät yritykset eivät ota henkilötietolainsäädäntöä vakavasti. Euroopan unionin tietosuoja-asetuksen sanktiomekanismi saattaa sinällään täyttää tämän tyhjiön ja vahvistaa henkilötietolainsäädännön noudattamista. Samanaikaisesti kun sanktiomekanismeja

134 Vanto 2011, s. 35.

135 Oikeustila tältä osin ei tosin ole täysin selkeä.

luodaan, on kuitenkin tärkeää lisätä yritysten tietoisuutta tietosuojavelvoitteista ja pyrkiä integroimaan niiden toteuttaminen käytettävään teknologiaan.

Rekisteröidyn kannalta on tarkasteltava sitä, missä määrin tämä pääsee oikeuksiinsa käsiksi oikeudenloukkauksen tapahduttua. Verkkokaupan asemanousevana ja uutena alana johtaa siihen, että lainsäädännön soveltuvuutta ja noudattamista on tarkasteltava varsin kriittisesti. Näkisinkin, että henkilötietolain noudattamisesta verkkokaupan piirissä tulisi tehdä toimivuustutkimus, jossa puntaroitaisiin sitä ovatko lain keinot riittäviä turvaamaan yksityisyyttä ja itsemääräämisoikeutta. Lain toimivuustutkimuksessa olisi yksilön oikeusaseman turvaamisen lisäksi kiinnitettävä huomiota siihen, että yksilön oikeusaseman turvaamisen lisäksi on turvattava tietoyhteiskunnan rakenteiden joustavuus, eli se että tietoyhteiskunta voi lainsäädännön sitä hidastamatta kehittyä.

Internetin käytön yleistyessä ja yhä useampien ryhtyessä yhteisöllisen median käyttäjiksi näen nykyisten yksityisyyskäsitusten olevan murroksen edessä. Yhä useampi luovuttaa tietojaan vastikkeetta hyödynnettäväksi välittämättä yksityisyydestään. Voidaan perustellusti kysyä mihin suuntaan yksityisyys on menossa? Tulevaisuudessa se, miten miellämme yksityisyyden, saattaa olla muuttunut niin paljon, että henkilörekisteriä voidaan pitää huomattavasti selkeämmin vaihdannan objektina. Tämä tulee muuttamaan kaupallisen luovutettavuuden edellytykset kokonaisvaltaisesti. Mikäli tullaan siihen, että yksityisyyden piirissä olevat tiedot ovat vapaammin vaihdannan kohteita, näkisin rekisteröidyn olevan oikeutettu hyötymään tästä vaihdannasta. Tiedollisen omistusoikeuden tulee olla hänen itsensä disponoitavissa.

Muuttuvasta yksityisyyskäsituksesta huolimatta tiedollisen itsemääräämisoikeuden käsite on hyvin pysyvä, sillä tiedolliseen itsemääräämisoikeuteen kuuluu yksilön oikeus päättää yksityisyytensä laajuudesta. Tulevaisuudessa tiedollisella itsemääräämisoikeudella onkin entistä keskeisempi ja tärkeämpi rooli yksityisyyden suojan toteuttajana, sillä asenneilmapiiristä riippumatta yksilö voi sen turvaamana tehdä itsenäisiä päätöksiä yksityisyytensä suhteen. Vain tiedolliseen itsemääräämisoikeuteen perustuva joustava ja teknologia-neutraali lainsäädäntö voi vastata teknologian jatkuvaan kehitykseen.

Lähteet

Kirjallisuus

Aarnio, Reijo, Mitä yksityisyyden suoja on, Tietosuoja 1/2003, Tietosuojalautakunta ja tietosuojavaikuttetun toimisto.

Beldiman, Dana, An Information Society Approach to Privacy Legislation: How to Enhance Privacy While Maximizing Informational Value, *John Marshall Review of Intellectual Property Law*, Vol. 2, Issue 1, 2002, s. 71–[ii].

Bygrave, Lee, *Data Protection Law, Approaching its rationale, logic and limits*, Kluwer Law International 2002.

Hallberg et al. 2011: Hallberg, Pekka, Karapuu, Heikki, Ojanen, Tuomas, Scheinin, Martin, Tuori, Kaarlo & Viljanen, Veli-Pekka. *Perusoikeudet*, WSOY, Helsinki 2011.

Heinonen, Risto, Arjen tietoyhteiskunnassa ei ole yksityisyyttä, Teoksessa Karhula, Päivikki (toim.), *Paratiisi vai panoptikon?*, Edita, Helsinki 2008, s. 162–192.

Hemmo, Mika, *Sopimusoikeus I*, toinen uudistettu painos, Talentum Media, Jyväskylä 2003.

Innanen, Antti-Saarimäki, Jarkko, *Internet-oikeus*, Edita, Helsinki 2012.

Järvinen, Petri, *Yksityisyys, Turvaa digitaalinen kotirauhasi*, Docendo, Helsinki 2010.

Karhula, Päivikki, *Sähköpaimen – kansalainen ubiikkiyhteiskunnan varjossa*, Teoksessa Karhula, Päivikki (toim.), *Paratiisi vai panoptikon?*, Edita, Helsinki 2008, s. 11–82.

Kemppinen, Jukka, *Informaatio-oikeuden alkeet*, Tietosanoma, Helsinki 2011.

Klementti, Jari, *Tietosuoja ja henkilötietojen kaupallinen hyödyntäminen*, Tietosuoja 4/98.

Korhonen, Rauno, *Perusrekisterit ja tietosuoja*, Edita, Helsinki 2003.

Koskinen, Seppo-Alapuranen, Leena-Heino, Anna-Maija-Salli, Minna, *Henkilötietojen käsittely työelämässä*, Edita, Tallinna 2005.

Kulla, Heikki, ym., *Viestintäoikeus*, WSOY, Vantaa 2002.

Kuner, Christopher, *European data protection law: corporate compliance and regulation*, 2. edition, Oxford University Press, New York 2007.

Kuopus, Jorma, *Tietoturvallisuus ja yksityisyydensuoja sähköisessä kaupankäynnissä*. Teoksessa Laine, Juha (toim.), *Verkkokauppa-oikeus*, Sanoma Pro, Helsinki 2001, 131–194.

Ollila, Riitta, *Henkilötietojen vapaa liikkuvuus ja viestintä*. Teoksessa Kulla, Heikki (toim.), *Viestintäoikeus*, WSOY, Vantaa 2002, s. 293–313.

Pesonen, Pirkko, *Viestintäoikeuden käsikirja*, Edita, Helsinki 2011.

Rule, James B., *Toward Strong Privacy: Values, Markets, Mechanisms and Institutions*, *University of Toronto Law Journal*, Vol. 54, Issue 2, 2004, s. 183–226.

Saarenpää, Ahti, *Henkilö- ja persoonallisuus-oikeus*. Teoksessa Martti, Minna-Greta (toim.), *Oikeusjärjestys osa 1, 6. täydennetty painos*, Lapin yliopisto, Rovaniemi 2009, s. 263–470.

- Salminen, Markus, Tietosuoja sähköisessä liiketoiminnassa, Talentum, Helsinki 2009.
- Sorvari, Hannu, Tiedollinen itsemääräämisoikeus ja markkinointi. Teoksessa Kulla, Heikki (toim.), Viestinäoikeus, WSOY, Vantaa 2002, s. 271–292.
- Laine, Juha, Johdanto, Teoksessa Laine, Juha (toim.), Verkkokauppaoikeus, Sanoma Pro, Helsinki 2001, s. 1–14.
- Vanto, Jarno J., Henkilötietolaki käytännössä, Sanoma Pro, Helsinki 2011.
- Voutilainen, Tomi, Oikeus tietoon, Edita, Porvoo 2012.
- Von Willebrand, Martin, Kauppapaikka verkossa, WSOY, Vantaa 2002.
- Wilhelmsson, Thomas, Vakiosopimus ja kohtuuttomat sopimusehdot, kolmas uudistettu painos, Talentum, Helsinki 2008.

Virallislähteet

- Article 29 Data Protection Working party, 01197/11/EN WP18, Opinion 15/2011 on the definition of consent, Adopted on 13 July 2011.
- Asiaa tietosuojasta 1/2005, Henkilötietojen siirto ulkomaille henkilötietolain mukaan, 15.1.2005, (Päivitetty 22.2.2010), Tietosuojavalettuun toimisto.
- Euroopan digitaalistrategia, 19.5.2010, Euroopan komissio.
- EMOTA Comments on the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (General Data Protection Regulation) 2012/0011 (COD), EMOTA, 2012. (vierailtu 24.11.2012).
- HE 96/1998 vp., Hallituksen esitys Eduskunnalle henkilötietolaiksi ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi.
- Hyvä tietää 2/2001, Henkilötietojen käsittely suostumuksen perusteella, Tietosuojavalettuun toimisto, 2001.
- Laadi Tietosuojaeslote, Tietosuojavalettuun toimisto, Päivitetty 27.07.2010.
- Kauppa Keskusliitto, Keskuskauppakamari, Suomen Suoramarkkinointiliitto ja FiCom ry, Sähköisen kuluttajakaupan käytäntöä, 2002.
- TNS Opinion & Social, Special Eurobarometer 359, Attitudes on Data Protection and Electronic Identity in the European Union, 2011 (vierailtu 24.11.2012).

Ratkaisut

- Asiakkaan henkilötietojen liittäminen kanta-asiakasjärjestelmään ilman suostumusta, Tietosuojavalettu, 2004, (<http://www.tietosuoja.fi/48517.htm>), tiedot haettu 20.11.2012.
- Maahantuojan oikeus luovuttaa jälleenmyyjän asiakastietoja EU:n alueella toimivalle valmistajalle, Tietosuojavalettu, 2004 (<http://www.tietosuoja.fi/48520.htm>), vierailtu 20.11.2012.

KKO 1998:85.

Ways to arrange 3-dimensional control of real estates and the need for a 3D real estate system

Keywords: real estate formation, 3D real estate, land register

Vilho Lammi

English Abstract

The increasing population density and the development of construction technologies have made the vertical use of real estates more widespread. However, the legislation has not kept up with the modernization of the construction industry and does not offer adequate tools to vertically share the ownership or the control of a real estate: Currently the Finnish legislation forms real estates only at ground level and does not allow property formation with 3-dimensional boundaries. Entrepreneurs are arranging 3D ownership of real estates in various ways, e.g. by setting up mutual real estate corporations or easements.

This article describes the methods used to arrange 3D control of real estate and analyzes their strengths and weaknesses. With a comparative study of the Swedish 3D legislation, the article aims at offering suggestions to alter the current legislation to suit the needs of the vertical use of real estates.

The conclusion is that the current methods to arrange 3D ownership are not sufficient enough to meet the requirements of the modern construction industry. Even though 3D real estate formation might cause some fragmentation to the real estate system, the benefits of the concept surpass its defects. Therefore, the definition of a 3D real estate should be implemented into the Finnish legal system. In addition, also the cadastral system should be renewed to support the 3D real estate formation. The Swedish system provides a good basis for preparing the legislation of 3D real estates and 3D real estate formation.

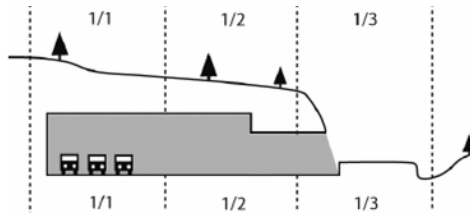
Full Article in Finnish

Maanpinnan ylä- ja alapuolisten hankkeiden lainsäädäntö ja 3D-kiinteistöjärjestelmän tarve

Asiasanat: kiinteistönmuodostus, kolmiulotteinen kiinteistö, kiinteistörekisteri

1 Johdanto

Kiinteistöjen käyttö on perinteisesti rajoittunut ainoastaan niiden maanpintatason hyödyntämiseen, eikä kiinteistön vertikaaliseen sääntelyyn ole juurikaan kiinnitetty huomiota. Kaupunkien kasvaessa maankäytön tehokkuuden merkitys on korostunut. Myös teknologian kehittyminen on huomattavasti parantanut mahdollisuuksia hyödyntää maa-alueita monipuolisesti. Tämä luo tarpeen sopia kiinteistön omistus- ja hallintasuhteista myös korkeus- ja syvyysuunnassa. Tässä artikkelissa analysoin nykyisen lainsäädännön tarjoamia keinoja maan ylä- ja alapuolisten rakennushankkeiden toteuttamiseksi sekä tarvetta 3D-kiinteistönmuodostukselle Suomen lainsäädännössä. Lisäksi maa- ja metsätalousministeriön mietinnön avulla pohdin, miten mahdollinen 3D-kiinteistönmuodostus olisi lainsäädännöllisesti paras toteuttaa. Teeman ajankohtaisuudesta huolimatta vertikaalisesta kiinteistönmuodostuksesta on oikeuskirjallisuudessa kirjoitettu varsin vähän.¹



Kuva 1: Usean peruskiinteistön alle louhittu yhtenäinen 3D-autohallikiinteistö.²

1 Kattavimpina teoksina aiheesta on olemassa vuonna 2004 Helsingin teknilliselle korkeakoululle tehty lisensiaattitutkimus (Hokkanen 2004), jonka lisäksi maa- ja metsätalousministeriö perusti vuonna 2006 työryhmän selvittämään 3D-kiinteistöjärjestelmän tarvetta ja kehittämissuunnitelmat. Työryhmän muistio valmistui 10.1.2008 (Työryhmämuistio 2008). Lisäksi aiheeseen on otettu kantaa muutamissa asiantuntija-artikkeleissa (ks. esim. Majamaa 1981, Majamaa 1986, Tepora 2009) sekä korkeimman oikeuden tuomiossa KKO 1987:121, johon palaan myöhemmin tässä artikkelissa.

2 Työryhmämuistio 2008, s. 19.

Nykyinen kiinteistölainsäädäntömme ei tunne kolmiulotteisen kiinteistön (3D-kiinteistö) määritelmää, vaan maanomistuksen ulottuvuus määritellään ainoastaan maanpinnan tasossa.³ Kiinteistöjen omistuksen ja hallinnan järjestelylle useammassa kerroksessa on kuitenkin jo käytännön tarvetta muun muassa parkkihalleja ja kauppakeskuksia rakennettaessa. Maan ylä- ja alapuolisiin hankkeisiin joudutaankin useimmiten soveltamaan lakien yleisiä oppeja, reaalisia argumentteja sekä maanpintakerroksen lainsäädäntöä.⁴

Koska Suomen kiinteistöjärjestelmä ei mahdollista 3D-kiinteistönmuodostusta, toteutetaan vastaavat järjestelyt muilla keinoilla, jotka eivät kuitenkaan mielestäni vastaa riittävän hyvin käytännön tarpeita.⁵ Kolmiulotteisen kiinteistönmuodostuksen sijaan voidaan esimerkiksi perustaa rasite, solmia hallinnanjakosopimus tai yhtiöittää kiinteistöomistus. Vaihtoehtoisia toteutustapoja on useita ja käytännöt vaihtelevat hankkeittain.⁶ Tästä aiheutuu tietynasteista epäselvyyttä oikeustilaan, vaikka nykyiset instrumentit toimivatkin varsin hyvin.

Jos rakennusprojektin toteuttaja ei omista kyseistä kiinteistöä, maanpinnan ylä- ja alapuolisissa hankkeissa muun muassa kiinteistön hallinta, vakuuskäyttö ja erilaisten lupien hankkiminen voi muodostua ongelmalliseksi. Tiettyissä järjestelyissä vakuuskäyttö on helposti toteutettavissa, esimerkiksi kirjatun maanvuokraoikeuden kiinnittäminen on mahdollista. Siitä huolimatta, että vakuuskäyttö on järjestettävissä, haltijan asema ei luonnollisestikaan ole yhtä hyvä kuin jos alue omistettaisiin täysin itsenäisenä kolmiulotteisena kiinteistönä. Etenkin suurissa hankkeissa on toteuttajan intressissä saada täysi omistusoikeus käyttämäänsä tilaan oikeusturvansa varmistamiseksi. 3D-kiinteistönmuodostus tulisikin ottaa osaksi lainsäädäntöämme oikeustilan selkeyttämiseksi ja tehokkaan maankäytön varmistamiseksi.⁷ Asunto-osakejärjestelmä on Suomessa erittäin tehokas, joten asuinhuoneistoja ei ole

3 Tepora DL 2009, s. 364.

4 Ks. Hokkanen, Jani: Maanpinnan ylä- ja alapuolisesta rakentamisesta ja 3D-kiinteistöjärjestelmästä. Maankäyttö 2/2005, s. 9–12.

5 Muun muassa alan yrityksistä koostuva Maanalaisten Tilojen Rakentamisyhdistys (MTR) on korostanut 3D-kiinteistönmuodostuksen mahdollistamisen tärkeyttä (MTR tiedote 2012). Lisäksi yleisten teiden kattamista tunnelointia koskevassa raportissa todetaan myös tarve kolmiulotteiselle kiinteistönmuodostamiselle (Fontell – Ekroos – Viitanen 2001, liite 3 s. 6).

6 Työryhmämuistio 2008, s. 2.

7 Työryhmämuistio 2008, s. 5.

tarpeellista muodostaa erillisiksi kiinteistöiksi.⁸ 3D-kiinteistönmuodostuksen tulisivin mielestäni koskea ainoastaan suuria tai toteuttamistavaltaan monimutkaisia rakennushankkeita.⁹

2 Kolmiulotteisten tilojen hallinta nykylainsäädännön keinoin

2.1 Kiinteistö ja omistusoikeus

Esineet on perinteisesti jaettu kiinteisiin ja irtaimiin esineisiin. Jaottelun mukaan kiinteitä esineitä ovat kiinteistöt ja muut rekisteriyksiköt. Kaikki muut esineet ovat irtaimia.¹⁰ Kiinteistöt ovat kiinteistönmuodostamislain¹¹ 2.1 § mukaan sellaista itsenäistä maanomistuksen yksikköä, jotka kiinteistörekisterilain¹² nojalla on merkittävä kiinteistönä kiinteistörekisteriin. Kiinteistö käsittää siihen kuuluvan alueen, osuudet yhteisiin alueisiin ja yhteisiin erityisiin etuuksiin sekä kiinteistölle kuuluvat rasitteet ja yksityiset erityiset etuudet. Omistusoikeuden on nähty antavan täydellisen vallan esineeseen, mutta koska positiivisten oikeuksien luetteleminen tyhjentävästi on käytännössä lähes mahdotonta, on omistusoikeus esineoikeudessa määritelty negatiivisesti: omistaja saa vallita esinettä kaikissa niissä suhteissa, jossa omistusoikeutta ei ole erityisesti rajoitettu.¹³

Kiinteistöön kohdistuvan omistusoikeuden vertikaalisia rajoja ei ole kuitenkaan nimenomaisesti määritelty, vaan kiinteistöjärjestelmämme määrittää kiinteistön rajat ainoastaan maanpinnan tasossa. Kiinteistön ulottuvuutta maan sisälle on pohdittu jo vanhemmassa oikeuskirjallisuudessa. Äärimmäiset kannanotot puolsivat kiinteistön ulottumista maan keskipisteestä taivaaseen asti tai vaihtoehtoisesti rajasivat maa- ja ilmakerrokset kokonaan

8 Työryhmämuistio 2008, s. 3.

9 Esimerkiksi ruotsalaisten lain esitöiden mukaan kolmiulotteista kiinteistönmuodostusta tarvitaan erityisesti suurten, pääomaintensiivisten sekä monimutkaisten hankkeiden kohdalla (Prop 2002/03:116 s. 30–31).

10 Hyvönen 1998, s. 5.

11 12.4.1995/554; KML.

12 16.5.1985/392; KRL.

13 Zittingin – Rautiala 1976, s. 10. Sisällöllisesti omistusoikeudesta on erotettavissa sekä positiivinen että negatiivinen puoli. Positiivinen puoli antaa omistajalle tosiasiallisen käyttövapauden, kun taas negatiivinen puoli antaa omistajalle oikeuden kieltää muilta käyttämästä esinettä tai häiritsemästä omistajan käyttöä. Ks. Majamaa 1981, s. 421.

omistusoikeuden ulkopuolelle.¹⁴ Voipion mukaan maanpintatasossa rajoiltaan pyöreän kiinteistön omistusoikeuden voidaan ajatella olevan maapallon keskipistettä kohti osoittava katkaistu kartio, joka ulottuu siihen rajaan asti, johon inhimillisin voimin voidaan korkeintaan päästä.¹⁵ Kivimäki ja Ylöstalo sitovat kiinteistön ulottuvuuden omistajan intressiin. Omistusoikeus ulottuu niin pitkälle kuin omistajalle on etua maan käytöstä.¹⁶

Nykyään yleisesti on katsottu, että kiinteistön omistusoikeus ja sen tuoma käyttövalta ulottuvat korkeus- ja syvyysuunnassa enintään niin pitkälle kuin maanomistajan perustellut intressit ja maankäytön ohjaus mahdollistavat (nämä intressit voivat muuttua ajan myötä).¹⁷ Teporan mukaan ”*kiinteistön omistusoikeus ulottuu niin syvälle kuin nykyisin ja tulevaisuuden teknisin menetelmin ihmistoimin on mahdollista rakentaa kiinteistölle*”. Tepora perustaa kantansa sekä seuraavaksi esitettävään korkeimman oikeuden ratkaisuun että kaivoslakiin.¹⁸

Oikeuskäytännössä kiinteistön ulottuvuutta on käsitelty korkeimman oikeuden päätöksessä KKO 1987:121, jossa kiinteistön vertikaalinen ulottuvuus rajattiin kiinteistön tosiasiallisten käyttömahdollisuuksien mukaan.¹⁹ Tapauksessa oli kysymys lunastuslain²⁰ mukaisesti asunto-osakeyhtiön alapuolella sijaitsevien tilojen lunastamisesta väestönsuojaksi ja pysäköintitilaksi. Kyseisessä tapauksessa asunto-osakeyhtiö vaati kaupungilta korvauksia sen tontin alle rakennetun väestönsuoja- ja pysäköintitilan rakentamisesta seuranneesta rakennusoikeuden menetyksestä sekä rakennushankkeen yhteydessä louhitusta kiviaineksesta. Yhtiön vaatimukset hylättiin, koska se ei ollut näyttänyt, että sille olisi myönnetty poikkeuslupa maanalaisen tilan rakentamiseksi. Yhtiöllä ei myöskään ollut tosiasiallista käyttöä tai ostajaa louhitulle kiviainekselle. Näin ollen korkein oikeus katsoi, ettei asunto-osakeyhtiölle syntynyt korvattavaa taloudellista menetystä.

14 Hyvönen 1982, s. 8. Kuten Hyvönenkin on todennut, nämä eivät ole voimassaolevan oikeutemme mukaisia, vaan omistusoikeuden ulottuvuus sijoittuu jonnekin näiden kahden välimaastoon.

15 Voipio 1924, s. 3–11.

16 Kivimäki – Ylöstalo 1973, s. 226.

17 Työryhmämuistio 2008, s. 3, Tepora 2009, s. 366–367.

18 Tepora 2005, s. 382.

19 Tepora 2009, s. 367.

20 29.7.1977/603; LunL.

Yleistä etua turvaavina rajoitteina omistajan vallintavapautta rajoittavat kuitenkin kaavat, kaavamääräykset ja rakennusjärjestys sekä yleisinä oikeudellisinä periaatteina shikaanikielto ja immissiokiello²¹. Lisäksi erityislainsäädännössä on rajoituksia kiinteistön vertikaalisen ulottuvuuden rajoihin lentoliikenteen ja mineraalien osalta.²² Esimerkiksi ilmailulain 76 § sallii kiinteistön yli lentämisen ja kaivoslain mukaiset lupa-alueet voidaan rajata nimenomaisesti myös syvyysuunnassa.

Nykytila kiinteistön omistusoikeuden ulottuvuuden suhteen on hyvä; kolmiulotteisen kiinteistönmuodostuksen mahdollistamisen ei tulisi laajentaa nykyisiä omistusoikeuden rajoja, vaan ainoastaan tarjota keino hallita entistä paremmin ja täsmällisen nykyisten omistusoikeuden rajojen piiriin kuuluvaa omaisuutta.²³ Tähän liittyy olennaisesti tarkoituksenmukaisuuden edellytys muodostettaessa kolmiulotteista kiinteistöä, mihin palaan kappaleessa 4.3. Hallinnanjakosopimus ja yhtiöittäminen

Laki eräistä yhteisomistussuhteista²⁴ säätelee tapauksia, joissa samalla esineellä (kiinteällä tai irtaimella) on kaksi tai useampi omistaja. Lain säännökset ovat toissijaisia, niitä sovelletaan vain jos lainsäädännössä ei ole toisin säädetty²⁵ tai omistajien kesken toisin sovittu.²⁶ Omistajien solmimalla hallinnanjakosopimuksella yhteisomistussuhde pidetään voimassa, mutta hallinta jaetaan sopimuksessa määrätyin tavoin.

Hallinnanjakosopimusta voidaan käyttää yhteisesti omistetun kiinteistön hallinnan järjestämiseksi. Tämä asettaa jo ensimmäisen rajoituksen hallinnanjakosopimusten käyttöalalle maan ylä- ja alapuolisten hankkeiden toteuttamisessa. Maanpintatason kiinteistön omistajan olisi luovuttava osittain kiinteistön omistajuudesta, jotta kiinteistön vertikaalisesta hallinnasta voitaisiin sopia hallinnanjakosopimuksella.²⁷ Maakaaren²⁸ 14:3:n nojalla

21 Tepora 2009, s. 366.

22 Kaivoslaki 10.6.2011/621 sekä ilmailulaki 22.12.2009/1194. Ks. Viitanen, Kauko: Kansainvälisiä näkemyksiä 3D-kiinteistörekisteröimisestä. Maankäyttö 1/2002, s. 24–28.

23 Esimerkiksi pelkästä ilmasta koostuvan kiinteistön muodostaminen tai syvällä maanpinnan alla olevien tilojen irrottamista omiksi 3D-kiinteistöikseen ei tulisi sallia, ilman alueisiin kohdistuvaa todellista hanketta tai tarvetta.

24 25.4.1958/180; YhtOmL.

25 YhtOmL 1§ 3k.

26 Kiinteistön omistajien tekemistä sopimuksista on hyvä erottaa kaksi eri tyyppiä: sopimus jossa omistajat pyrkivät jakamaan kiinteistön kahdeksi itsenäiseksi kiinteistöksi ja sopimus, jolla omistajat jakavat ainoastaan kiinteistön nautinnan, eli hallinnanjakosopimus. Ks. Tepora 2004, s. 325–326.

27 Hokkanen 2004, s. 29.

28 12.4.1995/549; MK.

hallinnanjakosopimukset voidaan kirjata lainhuuto- ja kiinnitysrekisteriin. Kirjattu hallinnanjakosopimus on julkinen, minkä vuoksi se sitoo sekä osapuolia *inter partes* että sivullisia.²⁹ Vakuuskäytön kannalta on hyödyllistä, että hallinnanjakosopimuksella pystytään konkreettisesti määrittelemään kiinteistön käytön rajat horisontaalisesti ja vertikaalisesti, mikä helpottaa kiinteistön vakuuskäyttöä ja mahdollistaa myös pakkotäytäntöönpanossa täytäntöönpanon kohteen yksilöinnin.³⁰

Hallinnanjakosopimuksella voidaan toteuttaa erittäin laajoja ja monimutkaisiakin hankkeita, sillä yleinen sopimusvapaus tekee hallinnanjakosopimuksesta joustavan ja monipuolisen instrumentin. Hallinnanjakosopimuksella pystytään siis varsin hyvin järjestelemään kiinteistön kolmiulotteinen hallinta suurissakin projekteissa.³¹ Toisaalta kattavien hallinnanjakosopimusten laatiminen aiheuttaa huomattavia neuvottelu- ja laatimiskustannuksia sopimusosapuolille. Hallinnanjakosopimusten enimmäiskestosta ei ole säädetty laissa. Suomen oikeudessa vallitsevana periaatteena on ollut, että käyttöoikeutta ei voi perustaa määräämättömäksi ajaksi. Hallinnanjakosopimusten keston onkin sovellettu *ex analogia* maanvuokralain³² 3 ja 5 luvun säännöksiä, joiden mukaan maanvuokraoikeus voidaan perustaa joko enintään 100 vuoden määrääjäksi tai toistaiseksi voimassa olevaksi.³³ Tämä luo tietynasteista epävakautta etenkin suurissa hankkeissa, sillä järjestelyt eivät luo täysin pysyvää tilaa hallinnanjakosopimuksessa perustetuille oikeuksille.

Kiinteistön yhtiöittäminen on toinen ratkaisu omistussuhteiden ja käytön jakamiseen. Yhtiöittämisen seurauksena omistusoikeus ei enää kohdistu

29 Tepora 2009, s. 369.

30 Tepora 2009, s. 369–370.

31 Esimerkiksi Kampin kauppakeskuksen hallinta on järjestetty hallinnanjakosopimuksella, missä osapuolina olivat muun muassa Helsingin kaupunki, useita kiinteistöosakeyhtiöitä, asunto-osakeyhtiöitä sekä osakeyhtiöitä. Rakentamisprojekti oli laajuudeltaan ainutlaatuinen projekti, jonka toteuttaminen sisälsi paljon lainsäädännöllisiä haasteita. Projekti aloitettiin poikkeuslupamenettelyllä, minkä jälkeen alueella muodostettiin korttelitontteja ainoana käyttötarkoituksenaan vakuuksien pohjana toimiminen. Lopullisen kaavan valmistuttua muodostettiin lopullinen tonttijako, minkä jälkeen laadittiin hallinnanjakosopimus. Yli 40-sivuisessa sopimuksessa on määritelty muun muassa kiinteistön hallinnan rajat sekä omistajien vastuut rakennusten ja laitteiden käytöstä. (Ks. Työryhmämuistio 2008, s. 8, sekä ”Sopimus Kampin keskuksen yhteisjärjestelystä”).

32 29.4.1966/258; MVL.

33 Tepora 2004, s. 330.

kiinteistöön, vaan kiinteistöosakeyhtiön osakkeisiin ja niiden tuottamaan yhtiöosuuteen. Konkreettisista hallinnan rajoista voidaan kuitenkin sopia perustamalla keskinäinen kiinteistöosakeyhtiö, josta säädetään asunto-osakeyhtiölain³⁴ 28 luvussa. Osakkeenomistajan osuus oikeuttaa tätä hallitsemaan tiettyä yhtiöjärjestyksessä määriteltyä aluetta tai rakennusta kiinteistöstä, mutta omistusoikeus kohdistuu kuitenkin yhä yhtiön osakkeisiin.³⁵ Tämä mahdollistaa hallinnan rajojen vertikaalisenkin määrittämisen yhtiöjärjestyksessä, minkä johdosta yhtiöittäminen tarjoaa hyvät mahdollisuudet maanpinnan ylä- ja alapuolisten hankkeiden toteuttamiselle.

Koska osakeyhtiön osakkeet ovat irtainta omaisuutta, on niiden vaihdanta ja panttauskäyttö helppoa. Vaikka osakeyhtiön tarkoituksena olisi ainoastaan kiinteistön ja rakennusten omistaminen, ei siihen tai sen osakkeiden luovutukseen kuitenkaan sovelleta maakaaren säännöksiä.³⁶

2.2 Ilman omistusoikeutta toteutettavat järjestelyt

Kiinteistön kolmiulotteista jakamista edellyttäviä hankkeita voidaan toteuttaa myös ilman omistusoikeutta kohdekiinteistöön. Jos kohdekiinteistö ei ole maanpinnan ylä- tai alapuolisen hankkeen toteuttajan omistuksessa, on rasitteen perustaminen kohdekiinteistöä varten yksi mahdollinen keino ratkaista kiinteistön vertikaalinen hallinta. KML 14 luvussa säädetään mahdollisuudesta perustaa rasite kiinteistön hyväksi (kiinteistörasite), minkä lisäksi maankäyttö- ja rakennuslaissa³⁷ säädetään rakennusrasitteista. Kiinteistönmuodostamislain mukaiset rasitteet ovat tyyppipakkoperiaatteen alaisia, eli vain laissa mainittuja rasitteita voidaan perustaa. Rasitteet perustetaan toisen kiinteistön hyväksi, eivätkä ne ole sidoksissa tämän kiinteistön omistajaan. Rasite on siis kiinteistölle kuuluva eikä henkilökohtainen oikeus.³⁸ Rakennusrasitteista säädetään MRL 21 luvussa ja sallitut rasitetyypit taas maankäyttö- ja rakennusasetuksen³⁹ 80 §:ssä. Molemmat rasitetyypit pe-

34 22.12.2009/1599; AOYL.

35 Tepora 2009, s. 370.

36 Jokela – Kartio – Ojanen 2004, s. 27. Mahdollista on myös toteuttaa kiinteistön yhtiöittäminen rinnakkain hallinnanjakosopimuksen kanssa. Tämän johdosta osa hallinnan ja käytön rajoista määräytyy yhtiöjärjestyksen pohjalta ja osa hallinnanjakosopimuksessa määritettyjen rajojen mukaisesti. Ks. Tepora 2009, s. 370.

37 5.2.1999/132; MRL.

38 Majamaa – Markkula 2001, s. 120.

39 10.9.1999/895; MRA.

rustetaan lähtökohtaisesti aina kirjallisesti sopimusteitse, mutta lait mahdollistavat myös pakkorasitteen perustamisen. Sekä kiinteistörasitteet että rakennusrasitteet voidaan perustaa myös kunnan hyväksi.⁴⁰ Rasitteen perustamisedellytyksinä on KML 156 § mukaan, että se on tarpeen kiinteistölle, minkä hyväksi se perustetaan. Rasite ei myöskään saa aiheuttaa haittaa rasitetulle kiinteistölle tai tälle kiinteistölle aikaisemmin perustetun rasiteoikeuden haltijalle.⁴¹

Rasite on varsin yksinkertainen tapa järjestää maanpinnan ylä- ja alapuolinen hanke. Koska rasitteet voidaan kirjata vain kiinteistölle tai kunnalle, eivät ne sovellu kaikkiin hankkeisiin. Tämän lisäksi rasitteet eivät myöskään kuulu kiinteistön omistajalle henkilökohtaisena oikeutena, vaan ne siirtyvät kiinteistön mukana. Omistusoikeudetonta ja kiinnityskelvotonta rasitetta ei ole mahdollista käyttää sellaisenaan vakuutena.⁴² Rasite toimii hyvin pieniä hankkeita toteuttaessa, esimerkiksi vedettäessä naapurikiinteistön läpi kulkevaa johtolinjaa. Myös suurempien hankkeiden kohdalla rasitteiden käyttö on joissain tapauksissa mahdollista ja jopa varsin toimivaa, mutta rasitteiden tyyppistö rajoittaa käyttötilanteita.⁴³

Toinen keino hallita kiinteistön käyttöä on maanvuokraoikeus.⁴⁴ Maanvuokralain 1 § mukaan maanvuokrasopimuksella tarkoitetaan sopimusta, jolla kiinteistö tai alue annetaan vastiketta vastaan vuokralle määräajaksi tai toistaiseksi.⁴⁵ Jos ”vuokralainen” ei ole sopimuksen mukaan velvollinen suorittamaan vastiketta, ei sopimus lain sanamuodon mukaan kuulu MVL soveltamisalaan, eikä siis ole maanvuokrasopimus.⁴⁶ Jos maanvuokraoikeus saadaan siirtää kolmannelle maanomistajaa kuulematta, on oikeudenhaltijalla MK 14:2 mukaan velvollisuus hakea oikeuttaan kirjattavaksi. Maanvuokralakia laadittaessa lähtökohtana oli, että maankäyttö perustuu

40 KML 158 § ja MRL 158 §.

41 Tepora 2009, s. 373–374.

42 Hokkanen 2004, s. 17–18. Tämä Hokkasen esittämä vakuusongelma on kuitenkin mielestäni vain näennäinen, sillä kiinteistöä, jonka eduksi rasite on perustettu, voidaan käyttää vakuutena, vaikka rasite itsessään ei olisikaan sopiva vakuusobjekti.

43 Esimerkiksi autopaikkarasite on mainittu KML 154 § 6 kohdassa, joten esimerkiksi pysäköintiluo-
lastoa rakentaessa rasitteen käyttäminen olisi mahdollista. Pysäköintiluo-
laston perustamisesta rasitteen avulla, katso Tepora 2009, s. 373–377.

44 MK 14 luvun 1 § mukaan sopimukseen tai muuhun oikeustoimeen perustuva vuokra-
oikeus tai muu käyttöoikeus ovat kirjaamiskelpoisia erityisiä oikeuksia.

45 Tepora ym. 2010, s. 429.

46 Wirilander 1981, s. 19.

omistusoikeuteen eikä tätä vallitsevaa tilaa ollut tarkoitus muuttaa. Maanvuokraoikeus *lähinnä täydentää* omistusoikeuteen pohjautuvaa maankäyttöä, minkä vuoksi sen liiallista käyttöä pyrittiin rajoittamaan.⁴⁷ Kuten hallinnanjakosopimusten kohdalla todettiin, maanvuokrasopimuksia ei voi tehdä kestoaltaan ikuisiksi, joten myös niiden kohdalla ongelmaksi muodostuu oikeussuhteessa vallitseva tietynasteinen epävakaus.⁴⁸

Maanvuokrasopimuksella pystytään hyvin määrittämään maan ylä- ja alapuolisten hankkeiden osalta maanvuokraoikeuden rajat sekä horisontaalisesti maanpintakiinteistön tietojen avulla että myös vertikaalisesti esimerkiksi koordinaattien avulla.⁴⁹ Maanvuokrasopimukseen perustuvan hallinnan käyttäminen vakuustarkoituksessa on myös toteutettavissa, sillä MK mahdollistaa kiinnityksen vahvistamisen maanvuokraoikeuteen.⁵⁰ Kestoon liittyviä ongelmia lukuun ottamatta maanvuokra muodostaa varsin toimivan instrumentin kiinteistön kolmiulotteisen hallinnan järjestämiseksi. Sopimuksessa voidaan määrittää käyttöoikeuden rajat korkeussuunnassa ja vuokraoikeuden vakuuskäyttökin on mahdollista. Kirjaus on myös MK 18:1 mukaan mahdollista tehdä parhaimmalle etusijalle, mikä parantaa kiinteistön vakuuskäyttöä.⁵¹

Lunastuslaki⁵² mahdollistaa omaisuuden hankkimisen, sen käytön rajoittamisen tai erityisen oikeuden perustamisen yleistä tai yksityistä tarvetta varten.⁵³ Lunastusperusteet voidaan jakaa yleisiin ja erityisiin lunastusperusteisiin.⁵⁴ Erityisellä lunastusperusteella voidaan lunastaa sekä rasite että käyttöoikeus. Lunastus voidaan tehdä joko määräaikaisena tai pysyvä.⁵⁵ MRL 96 § mainitaan nimenomaisesti maanalaisen käyttöoikeuden lunas-

47 Wirilander 1981, s. 12–13, Laintarkastuskunnan lausuma 1964:3, s. 2–3.

48 Ks. s. 229.

49 Tepora 2009, s. 372.

50 Edellytyksenä kiinnityksen vahvistamiselle on, että käyttöoikeus on kirjattu lainhuuto- ja kiinnitysrekisteriin, käyttöoikeus on vapaasti siirrettävissä ja jos alueella on tai sille saadaan rakentaa vuokraoikeuden haltijalle kuuluvia rakennuksia tai laitteita (MK 19:1).

51 Tepora 2009, s. 373.

52 29.7.1977/603; LunL.

53 Kuusiniemi – Peltomaa 2001, s. 33.

54 Yleinen lunastusperuste on kirjattu LunL 4.1 §, minkä lisäksi erityisiä lunastusperusteita sisältyy moniin muihin lakeihin, kuten muu muassa luonnonsuojelulakiin (20.12.1996/1096; LSL) ja vesilakiin (27.5.2011/587; VL) Ks. Kuusiniemi – Peltomaa 2001, s. 33–34.

55 Ojanen 1978, s. 3–5.

tusmahdollisuus, jos tila on asemakaavassa osoitettu käytettäväksi tällaisiin tarpeisiin.⁵⁶ Lunastusmenettely mahdollistaa myös maan ylä- ja alapuolisten tilojen hankkeiden toteuttamisen. Omistusoikeutta ei kuitenkaan voi lunastaa irrallaan maanpintakiinteistöstä, joten hanke täytyy toteuttaa joko käyttöoikeuden lunastamisen avulla tai lunastamalla rasiteoikeus. Esimerkiksi yleisten teiden tunneloinnit joudutaan usein toteuttamaan lunastamalla tunnelin suuaukko omistusoikeudella ja tunnelin maanalainen omistus lunastetaan käyttöoikeuden rajoituksena. Tällä tavalla tunnelin yläpuolisen kiinteistön omistusoikeutta ei tarvitse lunastaa.⁵⁷ Koska rasite voidaan perustaa myös kuntaa varten, ei julkisten hankkeiden osalta muodostu ongelmaa rasitteen sidonnaisuudesta kiinteistöön. Kiinteistölle voidaan perustaa rasite suoraan kunnan hyväksi, eikä kunnan siis tarvitse hankkia kiinteistöomistusta ainoastaan rasitteen perustamista varten.⁵⁸ Vaikka lunastuslain tarjoamat keinot ovat mahdollisia kiinteistön kolmiulotteisen hallinnan järjestämiseksi, eivät ne ole kaikissa tapauksissa yhtä toimivia, kuin jos maan ylä- tai alapuolinen tila olisi erotettavissa omaksi kiinteistöksen.

Pieniä julkisen sektorin maanalaisia hankkeita on toteutettu myös pelkällä ilmoitusmenettelyllä. Edellä mainittua menettelyä on voitu käyttää esimerkiksi syvällä maanpinnan alla vedettävien johtotunneleiden yhteydessä. Ilmoitusmenettelyn perustana on ajatus siitä, että maanomistajalle ei ole arvioitu olevan todellista intressiä syvällä maanpinnan alapuolella.⁵⁹

Vaikka rakennushetkellä maanomistajalla ei olisikaan todellista intressiä maanalaiseen tilaan, saattavat omistajien intressit muuttua ajan myötä. Syväälläkin maanpinnan alla kulkevat johtotunnelit saattavat muodostaa käytännön ongelmia esimerkiksi porakaivon rakentamiselle. Ainoastaan ilmoittamiseen perustuva menettely, vaikka se tapahtuisikin syvällä maanpinnan alla, voi siis aiheuttaa haittaa maanomistajan oikeusturvalle.⁶⁰ Näin ollen ilmoitusluontoista menettelyä olisi syytä välttää.

56 Tepora DL 2009, s. 371. Jo vanhaan rakennuslakiin (12.8.1958/370) lisättiin 70-luvulla ns. metropyykä (50.2 §) joka mahdollisti käyttöoikeuden lunastamisen kaupungille maanalaista kiskoliikennettä varten (Ojanen 1978, s. 37).

57 Fontell – Ekroos – Viitanen 2001, s. 26.

58 Kunnan toimintojen yksityistäminen voi luoda ongelmia, sillä rasitetta ei voi kirjata yksityiselle, ks. Majamaa – Markkula 2001, s. 121.

59 Komiteamietintö 1990:28, s. 41.

60 Hokkanen 2004, s. 30.

3 Kiinteistöjärjestelmä ja kirjaaminen

3.1 Kolmiulotteinen kiinteistörekisteri

Suomessa, kuten monissa muissakin maissa, kiinteistöjärjestelmä rakentuu kolmen peruselementin varaan: karttaan, katasteriin (kiinteistörekisteri) ja kiinteistökirjaan (lainhuuto- ja kiinnitysrekisteri).⁶¹ Rekisterikartta osoittaa viitteellisesti voimassa olevan kiinteistöjaotuksen tilan, kun taas kiinteistötoimituskartat osoittavat toimitusasiakirjojen kanssa sitovasti kiinteistöt, tilukset ja rajat⁶². Nykyinen rekisterikarttamme on kaksiulotteinen, eli se sisältää kiinteistön koordinaatit ainoastaan maanpintatasossa. Kirjaamisjärjestelmä luo perusteet kiinteistöjen turvalliseen vaihdannalle ja auttaa maankäytön suunnittelussa.⁶³ Kiinteistön tai sen osan tai muun oikeuden omistajan on hyvä suojata oikeutensa julkivarmistuksella, mikä tarkoittaa käytännössä kirjaamista. Rahoitusta varten maan ylä- tai alapuolisen tilan käyttäminen vakuutena on myös erittäin tärkeää hankkeen toteuttajalle, jonka edun mukaista olisikin pystyä kirjaamaan ja panttaamaan kyseinen tila.

Kolmiulotteisen kiinteistönmuodostuksen kannalta voidaan ryhtyä ainakin kolmenlaisiin toimenpiteisiin: 1. pitää nykyjärjestelmä ennallaan, 2. kehittää nykyistä kiinteistöjärjestelmää ja mahdollistaa 3D-kiinteistönmuodostus ja 3. muuttaa koko kiinteistöjärjestelmä kolmiulotteiseksi.⁶⁴

Koska maanpinnan ylä- ja alapuolisten hankkeiden määrän voidaan olettaa lisääntyvän tulevaisuudessa muun muassa tekniikan kehittymisen takia, on kiinteistöjärjestelmämme uudistettava vastaamaan rakentamisen tarpeita. Tälläkin hetkellä on olemassa hankkeita, joiden toteuttamiseksi 3D-kiinteistön muodostaminen olisi ollut toimivin ratkaisu.⁶⁵ Myös maa- ja metsätalousministeriön työryhmä päätyi selvityksessään johtopäätökseen, että Suomessa on tarve 3D-kiinteistönmuodostuksen mahdollistamiselle.⁶⁶

61 Hyvönen 1998, s. 1–2.

62 Majamaa – Markkula 2001, s. 17.

63 Jokela – Kartio – Ojanen 2004, s. 231.

64 Työryhmämuistio 2008, s. 22.

65 Esimerkiksi Kampin kauppakeskuksen järjestelyt olisi ainakin osittain voitu toteuttaa irrottamalla kiinteistöstä erillisiä 3D-kiinteistöjä. Myös Länsimetron rakentamisessa kolmiulotteisesta kiinteistönmuodostuksesta olisi varmasti apua.

66 Työryhmämuistio 2008, s. 33.

Maa- ja metsätalousministeriön työryhmän mukaan yhtenä suurimmista haitoista 3D-järjestelmään siirtymisessä olisivat todennäköisesti järjestelmän suunnittelemiseen ja käyttöönottoon liittyvät riskit.⁶⁷ Järjestelmän kokonaisuudistukseen liittyy paljon epävarmuustekijöitä koskien uuden järjestelmän toimivuutta ja sen toteuttamiseen liittyviä teknisiä haasteita. Näin ollen kiinteistöjärjestelmän muuttaminen kokonaan kolmiulotteiseksi olisi erittäin kallista ja hidasta. Pitkien suunnittelu- ja valmisteluprojektien myötä valmistuvan järjestelmän kokonaiskustannuksia ja valmistumisaikataulua olisi vaikea arvioida.

Nykyinen kiinteistöjärjestelmämme toimii mielestäni varsin hyvin ja tukee vakiintuneita käytäntöjä.⁶⁸ Jos koko kiinteistöjärjestelmä muutettaisiin kolmiulotteiseksi, olisivat kustannukset huomattavassa epäsuhteessa saavutettuun hyötyyn nähden, koska tarve kolmiulotteiselle kiinteistönmuodostukselle on vielä varsin vähäistä. Kokonaan kolmiulotteisesta järjestelmästä tulisi myös todennäköisesti vaikeakäyttöinen ja raskas, mikä jatkossa haittaisi huomattavasti ”tavallisiin” kiinteistöihin liittyviä toimenpiteitä. Monimutkainen järjestelmä todennäköisesti hidastaisi muutosten kirjaamista ja tietojen hankkimista rekisteristä. Lisäksi pelkästään kaksiulotteisia kiinteistöjä sisältävien alueiden ilmaiseminen kolmiulotteisena haittaisi järjestelmän selkeyttä. Toimivin ratkaisu olisi kehittää nykyistä kiinteistöjärjestelmää niin, että käytössä olevasta kaksiulotteisesta kirjaamistavasta ei luovuttaisi, mutta kolmiulotteisten kiinteistöjen rekisteröinti sallittaisiin erityistapauksissa. 3D-kiinteistöjä voitaisiin hallita ominaisuustietojen ja mallinnustekniikan avulla.

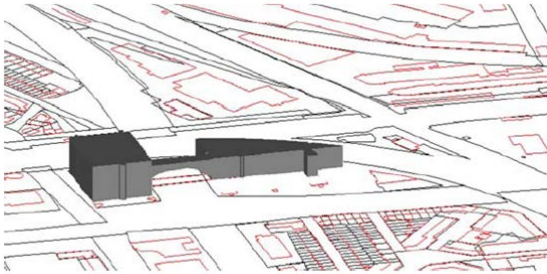
Kiinteistöjärjestelmän voitaisiin työryhmän mukaan säilyttää kaksiulotteisena siten, että kolmiulotteiset tilat merkittäisiin kiinteistökarttaan kirjaamalla tieto kiinteistön kolmiulotteisesta omistuksesta liitteineen.⁶⁹ Mielestäni pelkkien 3D-tunnusten liittäminen kaksiulotteiseen kiinteistökarttaan ei kuitenkaan anna riittävää kuvaa kiinteistöjaotuksen tilasta kokonaisuudessaan. Koska kolmiulotteisia tiloja ei ole mallinnettu itse kiinteistökarttaan, niiden muotoa ja sijaintia ei näe osana kiinteistöjaotuksen kokonaisuutta,

67 Työryhmämuistio 2008, s. 23.

68 Työryhmämuistio 2008, s. 5 ja 23.

69 Työryhmämuistio 2008, s. 28.

vaan ne on kirjattu ainoastaan yksittäisen kiinteistöjen liitetiedoiksi. Jos kolmiulotteiset kiinteistöt mallinnettisiin suoraan kiinteistökarttaan, olisi siitä helppo saada kokonaiskuva myös maanpinnan ylä- ja alapuolisesta tilankäytöstä ja niiden omistussuhteista. Hybridimalli olisi halvempi ja kevyempi toteuttaa kuin kokonaan kolmiulotteinen kiinteistöjärjestelmä. Se tarjoaa lisäksi kaksikulotteista kiinteistökarttaa paremman kuvan maankäytön kokonaistilasta.



Kuva 2: kaksikulotteisen kiinteistökartan päälle on mallinnettu kolmiulotteinen tila.

70

3.2 Kaavoitus ja maanalainen rakennuskaava

Kaavoituksella on huomattava merkitys kiinteistönmuodostuksessa, sillä valtiolla ja kunnilla on suuri intressi turvata kiinteistöjaotuksen rakenteen säilyminen eheänä. Kunnan alueiden käyttöä ohjaavat sen laatimat asemakaava ja yleiskaava, joista asemakaava sisältää yksityiskohtaiset sääntelyt maankäytölle, kun taas yleiskaava ohjaa maankäytön pääpiirteitä.⁷¹ Asemakaavassa ei vahvisteta kuitenkaan rakennuskorttelien sisäisiä rakennuspaikkoja, minkä vuoksi on usein tarpeellista tehdä tonttijako. Sitova tonttijako voidaan osoittaa asemakaavassa, tai sitten sen suorittamisesta määrätään kaavamääräyksellä. Tonttijako voi olla joko sitova tai ohjeellinen.⁷² Kuten muidenkin kiinteistötoimitusten osalta, myös 3D-kiinteistönmuodostuksen tulisi olla vallitsevan asemakaavan ja tonttijaon mukainen. Maanalaisten

70 Stoter 2004, s. 253. Stoter on väitöskirjassaan analysoinut kolmiulotteisen kiinteistöjärjestelmän teknistä toteuttamista Hollannin kiinteistöjärjestelmän kannalta ja pohtinut näiden menetelmien hyöty- ja haittapuolia.

71 Ekroos – Majamaa 2005, s. 28.

72 Ekroos – Majamaa 2005, s. 416.

tai huomattavasti maanpinnan yläpuolella tapahtuvien hankkeiden osalta maanpintatason tonttijakoa ei luonnollisesti tarvitse noudattaa.

Myös maanalaisen asemakaavan laatiminen on mahdollista. MRL 56 § mukaan maanalainen asemakaava voidaan laatia sekä sellaiselle alueelle, jolle on jo tehty asemakaava että kaavoittamattomalle alueelle. Maanalaisella asemakaavalla pyritään varmistamaan, että eri hankkeet ovat järkevästi toteutettavissa.⁷³ Maanalaisen asemakaavan mahdollisuudesta ei tarvitsisi luopua, vaikka tavallisessa asemakaavassa voisikin kaavoittaa alueita maanpintatasaosta poiketen.

Uskon, että kolmiulotteisten kiinteistöjen muodostaminen tulee käytännössä tapahtumaan useimmiten kunnan aloitteesta, sillä kolmiulotteisesta kiinteistönmuodostusta edellyttävät suurhankkeet tapahtuvat yleensä julkisen vallan aloitteesta. Kolmiulotteista kiinteistönmuodostusta ei pitäisi kuitenkaan ehdottomasti liittää julkisyhteisön aloitevaltaan, vaan myös yksityiset toimijat voisivat omissa yhteistyöhankkeissaan turvautua kolmiulotteiseen kiinteistönmuodostukseen.⁷⁴

Kaavoituslainsäädäntöön tulisi lisätä kolmiulotteisen kaavoituksen mahdollisuus ja määritellä maanalaisen asemakaavan suhde muuhun kolmiulotteiseen kaavoitukseen. Maa- ja metsätalousministeriön työryhmän esityksen mukaisesti kaavoituksen lähtökohtana olisi kuitenkin yhä perinteinen kaksiulotteinen malli, mutta tiettyjä yksittäisiä alueita voitaisiin kaavoittaa jatkossa kolmiulotteisesti.⁷⁵ Myös tonttijaon tekeminen kolmiulotteisena olisi mahdollistettava, sillä 3D-kiinteistönmuodostus edellyttää usein myös rakennuskorttelitasoa tarkempaa sääntelyä, eikä kaksiulotteisella tonttijaolla pystytävä välttämättä takaamaan rakennuskorttelin toimivuutta.⁷⁶

73 Ekroos – Majamaa 2005, s. 293.

74 Asunto-, toimitila- ja rakennuttajaliitto RAKLI ry lausunnossaan esitti tavoitteekseen, että 3D-kiinteistönmuodostus tulisi mahdollistaa tilanteissa, joissa ko. peruskiinteistöjen omistajat kokevat sen tarpeelliseksi. (RAKLI ry:n lausunto 2007, s. 2). Mielestäni pelkästään peruskiinteistöjen omistajien harkintaan perustuva 3D-kiinteistönmuodostus vaarantaisi maankäyttöliisiä tavoitteita ja siitä voisi seurata turhaa kiinteistöomistuksen pirstaloitumista. Tarkastelen 3D-kiinteistönmuodostuksen erityisiä edellytyksiä tarkemmin jaksossa 4.3.

75 Työryhmämuistio 2008, s. 25.

76 Työryhmämuistio 2008, s. 26.

4 Kolmiulotteisen kiinteistönmuodostuksen lainsäädäntö – vertailukohtana Ruotsin malli

4.1 Ulkomaisista 3D-järjestelmistä

Kaupunkien kasvaminen ja tehokkaan maankäytön merkityksen kasvaminen on globaali ilmiö, minkä vuoksi kolmiulotteiselle kiinteistönmuodostukselle on ollut tarvetta myös ulkomailla. Muun muassa Ruotsissa, Norjassa ja Israelissa on jo tehty lakiuudistukset ainakin tietynasteisen kolmiulotteisen kiinteistönmuodostuksen mahdollistamiseksi.⁷⁷ Monet ulkomaiset kiinteistöjärjestelmät eroavat Suomen järjestelmästä niin paljon, ettei niiden 3D-järjestelmän analyysillä saavuteta mainittavaa hyötyä.

Maista, joissa on olemassa lainsäädäntöä kolmiulotteisesta kiinteistönmuodostamisesta, Ruotsin ja Norjan kiinteistöä lainsäädäntö ovat lähimpänä Suomen vastaavaa. Norjan 3D-järjestelmä vastaa pääpiirteittäin Ruotsin järjestelmää, sillä Norjan kolmiulotteista kiinteistöjärjestelmää valmistellessa tukeuduttiin paljolti ruotsalaisiin lainvalmisteluasiakirjoihin.⁷⁸ Tästä syystä ruotsalainen lainsäädäntö tarjoaa parhaan vertailukohdan kotimaisen järjestelmämme arvioinnille.

Maidemme pitkän yhteisen historian johdosta Suomen ja Ruotsin kiinteistöjärjestelmät ovat perusteiltaan hyvin samanlaisia. Myös monissa itsenäisen Suomen aikaisissa lainsäädäntöhankkeissa on otettu mallia ruotsalaisesta lainsäädännöstä, mikä selittää myös nykylainsäädännössä olevat yhtäläisyydet.⁷⁹ Kolmiulotteisen kiinteistönmuodostamisen kannalta keskeisimmät lait ovat Suomen maakaarta vastaava jordbalken⁸⁰, fastighetsbildningslagen⁸¹, sekä anläggningslagen⁸². FBL sisältää kiinteistönmuodostusta ja toimitusmenettelyä koskevat säännökset, kun taas AN pitää sisällään kiinteistön määrittelyjen rajaukset ja yhteisomistajuussäännökset.⁸³ Naapuruus-

77 Viitanen, Kauko: Kansainvälisiä näkemyksiä 3D-kiinteistörekisteröimisestä. Maankäyttö 1/2002, s. 24–28.

78 Työryhmämuistio 2008, s.17.

79 Työryhmämuistio 2008, s. 10.

80 1970:994; JB.

81 1970:988; FBL.

82 1973:1149; AN.

83 Hokkanen 2004, s. 32.

suhteita koskeva lainsäädäntö sisältyy jordbalkiin ja se on myös päivitetty vastaamaan kolmiulotteisten kiinteistöjen mukana tuleviin kysymyksiin.⁸⁴

Ruotsissa kiinteistönmuodostuksen tarkoituksenmukaisuudella on keskeisempi asema kuin Suomessa. Kiinteistönmuodostuksessa onkin FBL 3 luvun 1 § mukaan kiinnitettävä huomiota siihen, voidaanko kiinteistön katsoa olevan sopiva siihen tarkoitukseen mihin se muodostetaan. Tätä niin sanottua kiinteistönmuodostuksen yleistä sopimusehtoa (allmänna lämplighetsvillkoret) sovelletaan myös kolmiulotteisessa kiinteistönmuodostuksessa.⁸⁵ Kiinteistön sopivuutta arvioidessa huomiota kiinnitetään lisäksi tämän tarkoituksen ajankohtaisuuteen. Sen lisäksi, että kiinteistön perustamiselle on tarkoituksenmukainen peruste, on sitä tultava todennäköisesti käyttämään tähän tarkoitukseen tulevaisuudessa.⁸⁶

4.2 Kiinteistötyypit ja kiinteistönmuodostus

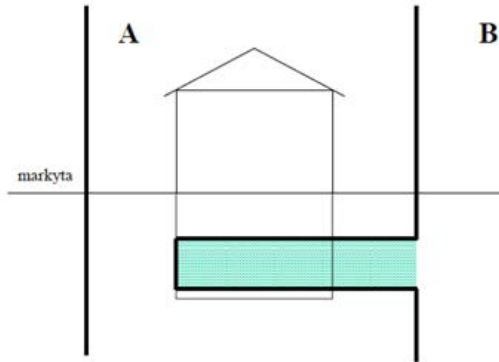
Kolmiulotteisia kiinteistötyyppejä ja niiden muodostamisedellytyksiä määriteltessä voisimme ottaa mallia Ruotsin lainsäädännöstä. Jordbalkin 1 luvun 1a määrittelee eri kolmiulotteiset kiinteistötyypit. Sen mukaan tredimensionelt fastighet (kolmiulotteinen kiinteistö) on kiinteistö, joka on rajattu sekä horisontaalisesti että vertikaalisesti. Fastighetsutrymme (kolmiulotteinen kiinteistötila) on taas kolmiulotteinen tila, joka kuuluu tavalliseen kaksikulotteiseen kiinteistöön. Kolmiulotteinen kiinteistötila on joko välittömästi yhteydessä vieressä olevaan perinteiseen kaksikulotteiseen kiinteistöön tai se voi olla myös toiseen kiinteistöön kuuluva tila (volymmi), joka ei kuitenkaan ole välittömässä yhteydessä tähän viereiseen kiinteistöön.⁸⁷ Kolmantena tyyppinä on asuinhuoneiston omistamiseen tarkoitettu ägarlägenhetsfastighet.

84 Työryhmämuistio 2008, s. 16.

85 Työryhmämuistio 2008, s. 11.

86 Julstad - Sjödin 2005, s. 31–32. Tälle ajankohtaisuuden vaatimukselle ei ole annettu tiettyä aikamäärettä, mutta kirjoittajat kuitenkin toteavat ”Man kan således inte bilda fastigheter som inte behövs förrän långt fram i tiden.”

87 Ungern 2007, s. 78.



Kuva 3: perinteiseen kaksiulotteiseen kiinteistöön kuuluu kolmiulotteinen kiinteistötila kiinteistön A alueelta.⁸⁸

3D-kiinteistön ei tarvitsisi Suomessa olla erillinen kiinteistötyyppi, vaan se voisi olla mikä tahansa nykyisistä KRL 2.1 § mukaisista kiinteistöistä, mutta rajoiltaan kolmiulotteisesti määritelty. Kuten jo kappaleen 1 lopussa totesin, asuinhuoneistoja ei tulisi saada muodostaa 3D-kiinteistöiksi. Olisi myös tärkeää, että edellä kuvassa 3 esitettyjen 3D-kiinteistötilojen muodostaminen mahdollistettaisiin.⁸⁹ Niin kuin muillakin kiinteistöillä, 3D-kiinteistöillä olisi luonnollisesti oma kiinteistötunnuksensa ja se olisi myös omistuksen, vaihdannan ja kiinteistökiinnityksen kohde. Kolmiulotteisen kiinteistön lisäksi myös kolmiulotteisen määräälan omistaminen tulisi mahdollistaa. 3D-määräala olisi ominaisuuksiltaan täysin 2D-määräalaa vastaava, mutta sille olisi lisäksi määritelty vertikaalinen ulottuvuus.⁹⁰

Kuten muiltakin kiinteistöiltä Ruotsissa, myös 3D-kiinteistöiltä vaaditaan samoja yleisiä edellytyksiä kuin kaksiulotteisilta kiinteistöiltä.⁹¹ Niiden on siis oltava sijainniltaan, ulottuvuudeltaan ja muilta edellytyksiltään pysyvä-

88 Prop 2002/03:116, s. 119.

89 Kiinteistö, johon kolmiulotteinen kiinteistötila kuuluu ei ole varsinaisesti 3D-kiinteistö, koska peruskiinteistö, johon kiinteistötila kuuluu on yhä määritelty vain maanpintatasossa. Tällaisten sekatyypisten kiinteistöjen muodostaminen on kuitenkin mielestäni parempi vaihtoehto kuin naapurikiinteöstä irrallisen 3D-määräälan muodostaminen. Kolmiulotteista kiinteistötilaa muodostaessa sen omistus ei erkane sitä tarvitsevasta peruskiinteöstä, toisin kuin erillistä 3D-määräalaa muodostaessa.

90 Työryhmämuistio 2008, s. 24–28.

91 Julstad – Sjödin 2005, s. 31.

ti sopivia käyttötarkoitukseensa ja oltava yhteensopiva voimassaolevan kaa-voituksen kanssa. Kolmiulotteinen kiinteistönmuodostus tapahtuu Ruotsissa lähtökohtaisesti samoja periaatteita ja menettelytapoja noudattaen kuin perinteinen kaksikulotteinen kiinteistönmuodostus. Myös kolmiulotteisten kiinteistöjen rekisteröinti tapahtuu samaan tapaan kuin perinteisten kaksikulotteisten kiinteistöjen.⁹²

Suomessakaan 3D-kiinteistötoimituksia ei tulisi menettelyllisesti erottaa perinteisistä kiinteistötoimituksista. Työryhmän ehdotukset kiinteistötoimituksille ovat hyvät: Kolmiulotteinen kiinteistö voitaisiin muodostaa lohkomistoimituksella joko peruskiinteistön osasta tai siitä luovutetusta 3D-määräalasta. Kolmiulotteinen kiinteistö voitaisiin muodostaa myös useammasta peruskiinteistöstä. Koska 3D-kiinteistöjen muodostus tapahtuisi vain erityisen tarpeen johdosta, ei halkominen tulisi kyseeseen kuin poikkeuksellisissa tilanteissa. Toimitus tapahtuisi samalla tavalla kuin kaksikulotteisenkin kiinteistön osalta, minkä lisäksi kiinteistön verikaalisesti koordinaattit määritellään, esimerkiksi olemassa olevan rakennuksen ulkopintojen tai koordinaattien avulla. Myös 3D-kiinteistön liittäminen takaisin perinteiseen 2D-kiinteistöön tai 3D-kiinteistöjen yhdistäminen toisiinsa tapahtuisi KML säännöksiä noudattaen.⁹³

4.3 Erityiset edellytykset 3D-kiinteistölle

Ruotsissa yleisten kiinteistönmuodostukseen liittyvien edellytysten lisäksi FBL 3 luvussa on erityisiä sopivuusehtoja, jotka muodostettavan 3D-kiinteistön tulee täyttää.⁹⁴ 1a §:n mukaan kolmiulotteisen kiinteistön saa muodostaa vain, jos tavoitteena olevaa lopputulosta ei voida saavuttaa paremmin muilla keinoilla, vaikka esimerkiksi rasiitteen avulla. Sopivuutta arvioidessa on erityisesti kiinnitettävä huomiota muodostuvan kiinteistön muotoon, riittävien tieyhteyksien varmistamiseen, sekä viemäri- ja vesijärjestelyihin. Päätös kolmiulotteisen kiinteistön muodostamisen tarpeellisuudesta tehdään tapauskohtaisen arvion ja vallitseviin olosuhteisiin perustuvan kokonaisarvioinnin pohjalta.⁹⁵ Lisäksi kolmiulotteinen kiinteistö on lähtökoh-

92 Työryhmämuistio 2008, s. 14.

93 Työryhmämuistio 2008, s. 27–28.

94 Julstad – Sjödin 2005, s. 54.

95 Työryhmämuistio 2008, s. 15.

taisesti muodostettava pysyvää tarvetta varten. 3D-kiinteistö voidaan muodostaa jo ennen kuin rakennushake on valmis. Tällöin on kuitenkin syytä määritellä tarkkaan vielä rakenteilla olevan rakennuksen sijainnin suhde kiinteistöön, josta kolmiulotteinen kiinteistö erotetaan. Siltä varalta, että aiemmin muodostettu kiinteistö ei enää vastaa tarkoitustaan, on FBL 8 luvun 5–9 § lunastussäännöksiä mahdollista soveltaa.⁹⁶

Kuten kiinteistötyypeissä ja kiinteistötoimituksissa, myös 3D-kiinteistöjen erityisten edellytysten osalta mallia tulisi ottaa Ruotsin järjestelmässä, jossa kiinteistönmuodostus on jo lähtökohtaisesti sidottu erittäin vahvasti tarkoituksenmukaisuuden vaatimukseen. Erityisten edellytysten kolmiulotteisen kiinteistön muodostamiselle tulisi olla varsin tiukat.

Suomessa kolmiulotteisen kiinteistön muodostamiseksi tulisi asettaa seuraavat edellytykset:

3D-kiinteistön tulisi olla sopiva siihen tarkoitukseen, mihin se on tarkoitettu.

Tätä tarkoituksenmukaisuusehtoa voitaisiin soveltaa samoin edellytyksin kuin Ruotsin allmänna lämplighetsvillkoret- ehtoa. Kolmiulotteisen kiinteistön muodostamisen pitäisi siis olla tarkoituksenmukaista ja tämän tarkoituksen pitäisi olla ainakin jollakin tasolla myös ajankohtainen.⁹⁷

Tavoiteltavaa lopputulosta ei voi saavuttaa paremmin muilla keinoilla (kuten esimerkiksi rasitteella).

Tätä kriteeriä ei pitäisi tulkita kovin tiukasti, vaan sen tarkoituksena olisi ainoastaan estää ”turhien” kolmiulotteisten kiinteistöjen muodostamisen. Kattavan selvityksen edellyttäminen eri toteutusvaihtoehdoista olisi sekä kallista että aikaa vievää. Parhaan mahdollisen lopputuloksen arvioiminen ei myöskään ole aina helppoa ja tästä syystä pitäisi antaa painoarvoa hankkeen toteuttajan käsitykselle asiasta.

⁹⁶ Työryhmämuistio 2008, s. 16.

⁹⁷ Tarkoituksena ei ole laajentaa ruotsalaista tarkoituksenmukaisuusajattelua muuhun kiinteistönmuodostukseen. Kolmiulotteisia kiinteistöjä muodostaessa tarkoituksenmukaisuudelle on kuitenkin asetettava korkeampi painoarvo kuin perinteisiä kiinteistöjä muodostaessa 3D-kiinteistön poikkeuksellisen luonteen vuoksi.

3D-kiinteistön tulisi perustua tosiasialliseen hankkeeseen; eli 3D-kiinteistöjä ei voisi muodostaa "varastoon". Tämän ehdon varmistamiseksi 3D-kiinteistön muodostamiseksi voitaisiin edellyttää myös rakennuslupaa.⁹⁸

Ruotsissa voidaan kiinteistönmuodostuksen yhteydessä edellyttää hankkeen valmistumista määrättyyn päivään mennessä, jos kolmiulotteisen kiinteistön muodostus liittyy tulevaisuudessa aloitettavaan rakennushankkeeseen.⁹⁹ Tämä on mielestäni toimiva tapa ehkäistä tyhjien 3D-kiinteistöjen muodostumista ja Suomessakin tulisi mahdollistaa tällaisten ehtojen liittäminen 3D-kiinteistönmuodostamiselle.

4.4 Lainsäädäntöön tarvittavat muutokset

3D-kiinteistöjen tuominen osaksi lainsäädäntöämme ei edellyttäisi kovin mittavia lainsäädäntömuutoksia. Kiinteistön tyyppejä ei tarvitsisi muuttaa, mutta KRL:ään tulisi lisätä säännös mahdollisuudesta määritellä kiinteistön ulottuvuus myös vertikaalisesti. Lisäksi lakiin tulisi lisätä menettelylliset säännökset kolmiulotteisen kiinteistön kirjauksiin liittyvistä seikoista ja niiden oikeusvaikutuksista.¹⁰⁰ 3D-kiinteistön kiinteistötunnuksesta tulisi nähdä kiinteistön kolmiulotteinen luonne, jotta ne olisivat helposti erotettavissa kaksikulotteisista kiinteistöistä.

Kiinteistönmuodostuslakiin tulisi lisätä kolmiulotteista kiinteistönmuodostusta koskevat säännökset, joiden sisältöä käsiteltiin edellisessä kappaleessa. Toimitusmenettelyltään 3D-kiinteistöön liittyvät kiinteistötoimitukset vastaisivat käytännössä suurilta osin tavallisia kiinteistötoimituksia. Lisäksi on myös välttämätöntä säätää kolmiulotteisten kiinteistöjen myötä nousevista naapurusoikeudellisista kysymyksistä. Esimerkiksi rakennustyöhön liittyvistä haitoista ylä- tai alapuoliselle kiinteistölle, kiinteistön tukemisesta toisen rakennukseen ja kulkuyhteyksien ja erilaisten teknisten yhteyksien muodostamisesta tarvitaan sääntelyä¹⁰¹

98 Työryhmämuistio 2008, s. 27.

99 Valstad 2005, s. 11.

100 Työryhmämuistio 2008, s. 24.

101 Työryhmämuistio 2008, s. 28.

5 Johtopäätöksiä

Kolmiulotteisten kiinteistöjen rekisteröimisen mahdollistaminen yhdenmukaistaisi käytäntöä ja helpottaisi myös maanpinnan ylä- ja alapuolisten hankkeiden toteuttamista.¹⁰² Tämä toisi myös selkeyttä kiinteistöjärjestelmään, sillä kolmiulotteisten tilojen omistussuhteet olisi kirjattu yhtenäisellä tavalla, toisin kuin nykyään. Kolmiulotteisen kiinteistönmuodostuksen salminen tulisi myös todennäköisesti madaltamaan kynnystä aloittaa suuria rakennushankkeita, mikä puolestaan lisäisi työllisyyttä etenkin rakennus-
alalla.¹⁰³ 3D-kiinteistönmuodostuksen ei olisi tarkoitus syrjäyttää nykyisiä menetelmiä kokonaan, vaan tarjota vaihtoehtoinen tapa kiinteistöomistuksen järjestämiseksi. Monia hankkeita toteuttaessa esimerkiksi rasitteet ja maanvuokrasopimukset toimivat hallinnanjaon välineenä hyvin, eikä niiden käyttöä olisi tarkoituksenmukaista rajoittaa.

Jos kolmiulotteisen kiinteistönmuodostuksen edellytyksiä ei määritellä lainsäädännössä tarpeeksi hyvin, saattaa tällaisen järjestelmän käyttöönotto aiheuttaa ennakoimattomia heijastusvaikutuksia.¹⁰⁴ Liian löyhästi määritellyt edellytykset kolmiulotteiselle kiinteistönmuodostukselle saattavat esimerkiksi aiheuttaa kiinteistöjärjestelmän pirstaloitumista. Toisaalta taas monimutkainen ja tiukkoja erityisiä edellytyksiä sisältävä kiinteistönmuodostuslainsäädäntö kaventaisi liikaa 3D-kiinteistön käyttöalaa ja hankkeita toteutettaisiin nykyiseen tapaan esimerkiksi hallinnanjakosopimuksilla. Mielestäni juuri tästä syystä kiinteistöjärjestelmän cheyttä ei pitäisi yrittää suojella liikaa 3D-kiinteistönmuodostuslainsäädäntöä kirjoittaessa, jotta uudesta kiinteistötyypistä varmasti tulisi myös todellisuudessa käyttökelpoinen vaihtoehto, eikä ainoastaan lainsäädännöllinen nyanssi.

Lainsäädäntöön olisi hyvä hakea mallia Ruotsista, jossa kolmiulotteinen kiinteistönmuodostus on ollut jo pitkään mahdollista. Vaikka maankäyttö ei yleisesti ole Suomessa yhtä tarkoituksenmukaisuuskeskeistä kuin Ruotsissa voidaan kolmiulotteisen kiinteistönmuodostuksen osalta ottaa mallia Ruotsin *allmänna lämplighetsvillkor* -edellytyksestä.¹⁰⁵ Kolmiulotteisen

102 Työryhmämuistio 2008, s. 32.

103 Prop 2002/03:116, s. 113.

104 Työryhmämuistio 2008, s. 23.

105 Katso edellä jakso 4.1.

kiinteistönmuodostuksen tulisi siis olla vahvasti sidoksissa todellisiin hankkeisiin ja käytännön tarpeisiin. Tällä tarkoituksenmukaisuuspunninnalla ehkäistäisiin turhien 3D-kiinteistöjen muodostuminen ja turhien tai tyhji- en 3D-kiinteistöjen muodostaminen.

Lähteet

Kirjallisuus ja artikkelit

Ekroos, Ari ja Majamaa, Vesa: Maankäyttö- ja rakennuslaki. Edita Publishing Oy. Helsinki 2005. (Ekroos – Majamaa 2005)

Fontell, Minna – Ekroos, Ari – Viitanen, Kauko: Yleisen tien kattaminen ja tunnelointi: lainsäädäntö, kaavoitus ja kiinteistönmuodostus: loppuraportti 5.2.2011. Liikenne- ja viestintäministeriö, LYYLI-raporttisarja. Helsinki 2001. (Fontell – Ekroos – Viitanen 2001)

Hokkanen, Jani: 3-D-kiinteistöjärjestelmän tarpeesta. Lisensiaattityö, Teknillinen korkeakoulu, Otamedia Oy. Espoo 2004. (Hokkanen 2004)

Hyvönen, Veikko O.: Kiinteistöjärjestelmä ja kiinteistönmuodostamisoikeus. Ky Veikko O. Hyvönen & Co. Espoo 1982. (Hyvönen 1982)

Hyvönen, Veikko O.: Kiinteistönmuodostamisoikeus I, yleiset opit. Ky Veikko O. Hyvönen & Co. Espoo 1998. (Hyvönen 1998)

Jokela, Marjut – Kartio, Leena – Ojanen, Ilmari: Maakaari. Talentum Media Oy. Helsinki 2004. (Jokela – Kartio – Ojanen 2004)

Julstad, Barbro – Sjödin, Eije: Tredimensionell fastighetsindelning, Norsedts Juridik AB, Stockholm 2005. (Julstad – Sjödin 2005)

Kivimäki, T. M. – Ylöstalo, Matti: Suomen siviilioikeuden oppikirja :yleinen osa. WSOY. Porvoo 1973. (Kivimäki – Ylöstalo 1973)

Kuusiniemi, Kari ja Peltomaa, Hannu: Lunastuslainsäädäntö ja korvausjärjestelmä, Edita Publishing Oy. Helsinki 2000. (Kuusiniemi – Peltomaa 2000)

Majamaa, Vesa ja Markkula, Markku: Kiinteistönmuodostamislaki. Edita Publishing Oy. Helsinki 2001. (Majamaa – Markkula 2001)

Majamaa, Vesa: Maanalainen rakennusoikeus – kenelle se kuuluu? Defensor Legis 1986, s. 546–560. (Majamaa 1986)

Majamaa, Vesa: Maanomistajan oikeudesta kiinteistönsä maapohjan alapuoliseen tilaan. Defensor Legis 1981, s. 418–442. (Majamaa 1981)

Stoter, Jantine Esther: 3D Cadastre. Väitöskirja, Delft University of Technology 2004. Saatavissa sähköisenä osoitteesta http://www.itc.nl/library/papers_2004/phd/stoter.pdf, vierailupäivä 15.12.2012. (Stoter 2004)

Tepora, Jarno: Hallinnanjakosopimuksesta kiinteistön käytön suunnitteluvälineenä. Business Law Forum 2004, s. 322–365. (Tepora 2004)

Tepora, Jarno: Hallinnanjakosopimuksen käyttöala ja kirjaaminen tyyppitapauksissa. Teoksessa Juhlajulkaisu Esko Hoppu 1935 – 15/1 – 2005 (toimituskunta Halila, Heikki – Hemmo, Mika – Sisula-Tulokas, Leena). Suomalainen Lakimiesyhdistys. Helsinki 2005, s. 378–396. (Tepora 2005)

Tepora, Jarno – Kartio, Leena – Koulu, Risto – Lindfors, Heidi: Kiinteistön kauppa, muu luovutus ja kirjaus. Talentum Media Oy. Helsinki 2010. (Tepora – Kartio – Koulu 2010)

Tepora, Jarno: Kiinteistön kolmiulotteisesta omistus- ja hallintajärjestelyjen toteuttamisesta. *Defensor Legis* 3/2009, s. 364–377. (Tepora 2009)

Voipio, Viljo: Kiinteistön ulottuvuudesta maan sisälle, *Lakimies* 1/1924 s. 1–9 (Voipio 1924)

Wirilander, Juhani: Maanvuokraoikeus vuoden 1966 maanvuokralain ja siihen liittyvän lainsäädännön mukaan. Suomen lakimiesliiton kustannus. Helsinki 1981. (Wirilander 1981)

Zitting, Simo – Rautiala, Matti: Esineoikeuden oppikirja. Suomen lakimiesliiton kustannus. Vammala 1976. (Zitting – Rautiala 1976)

Virallislähteet

Maanalaisten tilojen toimikunnan mietintö. Komiteamietintö 1990:28. (Komiteamietintö 1990:28)

Kolmiulotteinen (3D) kiinteistöjärjestelmä – tarpeet ja kehittämisehdotukset. Työryhmämuistio, Maa- ja metsätalousministeriö 2008:1. (Työryhmämuistio 2008)

KKO 1987:121

Regeringens proposition 2002/03:116, Tredimensionell fastighetsindelning (Prop. 2002/03:116)

Internet-lähteet

Ungern, Henrik:

3D kiinteistöjaotuksen kehitysvaiheet. Maanmittaustieteiden päivät 2007 – Maanmittaus verkossa. Maanmittaustieteiden Seura ry:n julkaisu n:o 44, s. 77–82. Saatavissa sähköisenä lähteenä osoitteessa: http://mts.fgi.fi/paivat/2007/Henrik_Ungern.pdf, vierailupäivä 15.12.2012.

Sopimus Kampin keskuksen yhteisjärjestelystä:

http://www.kunnat.net/fi/asiantuntijapalvelut/tyt/verkko-opaat/maapolitiikan_opas/Documents/sopimus_kamppi.pdf, vierailupäivä 15.12.2012.

Rakennusliiton kannanotto kolmiulotteiseen kiinteistönmuodostamiseen:

<http://www.rakli.fi/attachements/2007-10-29T10-12-3748.pdf>, vierailupäivä 15.12.2012.

Maanalaisten tilojen rakentamisyhdistyksen (MTR) Maanalaisten mahdollisuuksien päivä 29.3.2012 tiedote (MTR tiedote 2012):

<http://www.getunderground.fi/web/page.aspx?refid=99&newsid=124977&page=2>, vierailupäivä 15.12.2012.

Blood, sex and biopower: A legal-sociological analysis concerning the prohibition on blood donation for men who have had sex with men

Keywords: equal treatment, blood donation, sexual minorities, fundamental rights, biopower, Foucault

Katariina Paakkanen

English Abstract

The aim of the article is to analyse the prohibition on blood donation regarding men who have had sex with men from a legal and a sociological perspective. The legal analysis will concentrate on the conflict between the prohibition on blood donation for men who have had sex with men and the right to equal treatment of sexual minorities. Legal foundation of the ban will be looked into, and relevant case law at domestic and international level will be discussed. The article will also analyse the prohibition on blood donation from a sociological perspective, using Michel Foucault's notion of biopower as a form of control as the main theoretical framework. The article will suggest that the ban on blood donation is indirect discrimination and thus a violation of the right to equal treatment, and the way that the prohibition is formulated and justified can be seen as a way to use biopower to control and isolate homosexuals in the society.

Full Article in Finnish

Verta, seksiä ja biovaltaa: oikeudellis-sosiologinen analyysi miesten välisen seksin aiheuttamasta verenluovutuskiellosta

Asiasanat: yhdenvertaisuus, verenluovutus, seksuaalivähemmistöt, perusoikeudet, biovalta, Foucault

1. Johdanto

Käsittelen tässä artikkelissa miesten kanssa seksiä harrastaneiden miesten verenluovutuskieltoa. Aihe on ajankohtainen ja tärkeä, sillä kyseisessä verenluovutuskielossa on kyse muustakin kuin vain mahdollisuudesta luovuttaa verta: kyse on kenties triviaalilta vaikuttavalta teolta (jota voidaan pitää jopa epämieluisana), mutta mikäli oikeus tähän evätään henkilön seksuaalisen suuntautumisen vuoksi, on kyse jostain verenluovutusta suuremmasta oikeudesta – oikeudesta tasa-arvoiseen kohteluun.

Monissa länsimaissa verenluovutus on pysyvästi kielletty miesten kanssa seksiä harrastaneilta miehiltä. Kielto on saanut alkunsa HIV:n leviämisen alkuaikoina, ja sitä on kritisoitu erityisesti homoseksuaaleja miehiä syrjivänä. Tarkoituksenani on tässä kirjoituksessa eritellä syitä, joilla luovutuskieltoa on perusteltu, ja pohtia kiellon merkitystä lainsäädännön (kuten yhdenvertaisuusperiaatteen) ja oikeuskäytännön kannalta sekä tarkastella sitä teoreettisen viitekehyksen – Foucault'n biovallan käsitteen – näkökulmasta. Tulen esittämään, että miesten kanssa seksiä harrastaneiden miesten pysyvä verenluovutuskielto on tosiasiasa piilotettua seksuaaliseen suuntautumiseen perustuvaa syrjintää, joka loukkaa perusoikeutena tunnettua oikeutta yhdenvertaiseen kohteluun ja jota ei voida oikeuttaa.

Kirjoituksen rakenne on seuraava: Johdannon jälkeen esittelen tutkimukseni teoreettisen viitekehyksen ja tämän jälkeen käyn läpi verenluovutuskiellon taustaa ja esittelen syrjinnän kiellon perustana olevaa lainsäädäntöä. Käsittelen myös kiellon perustana olevaa lainsäädäntöä ja kieltoa koskevaa oikeuskäytäntöä. Analyysijaksossa esitän kritiikkiä vallitsevaa oikeuskäytäntöä ja verenluovutuskieltoa kohtaan erityisesti syrjintäkiellon näkökulmasta. Sen jälkeen tarkastelen luovutuskiellon syitä biovallan näkökulmasta, ja lopuksi yhteenvetojaksossa pohdin kiellon poistamisen mahdollisia vaikutuksia ja tulevaisuuden kehitystä.

Käytän artikkelissa käsitettä homo(seksuaalit) miehet tarkoittaen tällä sekä homo- että bi-seksuaalisia miehiä. Viittaan myös miesten kanssa seksiä harrastavien miesten pysyvään verenluovutuskieltoon usein pelkällä ”luovutuskielto”-ilmaisulla.

2. Teorettinen viitekehys

2.1 Foucault, valta ja biovalta

Foucault on käsitellyt vallan käsitettä monissa teoksissaan 1970-luvulta lähtien¹: hänen mielenkiinnon kohteitaan ovat mm. kuinka valtaa käytetään ja miten se ilmenee yhteiskunnissa ja miten vallan käyttö on muuttunut modernin yhteiskunnan kehittymisen myötä. Foucault näkee vallankäytön koko yhteiskunnan läpäisevänä voimana, joka ikään kuin läpäisee jokaisen ihmisen koko olemuksen ja vaikuttaa kaikkeen toimintaan – se vaikuttaa siihen, miten ihmiset kommunikoivat, ajattelevat, elävät ja ilmaisevat itseään. Valtaa itsessään ei voida paikantaa mihinkään ulkoiseen resurssiin tai toimijaan, vaan vallan käyttö koostuu monista erilaisista näkymättömistä limittäin ja päällekkäin toimivista ja jatkuvasti liikkeessä olevista, ”kurinpidon” tekniikoista.² Vallankäyttö toimii moderneissa yhteiskunnissa siten, että vallankäyttäjät luovat ”normeja” ja vallan kaikkiläpäisevän olemuksen avulla heidän tarkoituksenaan on saada yhteiskunnan jäsenet sisäistämään normit omiksi toimintatavoikseen. Tällöin vallankäyttäjien ei tarvitse pakottaa yhteiskunnan jäseniä ulkoapäin toimimaan haluamallaan tavalla, vaan vallankäyttäjien normit sisäistettyään ihmiset kontrolloivat ja tarkkailivat itse itseään.³

Eräs tärkeä käsite Foucault'n vallan analyysin kannalta on diskurssi. Diskurssin käsitettä on käsitelty useissa sosiologisissa keskusteluissa: Diskurssi-analyysi perustuu ideaan, jonka mukaan todellisuus luodaan määritelmien kautta kommunikaatiossa – yhteiskunta ei siis perustu vain fyysisille, objektiivisesti mitattaville tosiasioille, vaan yhteiskunnan toimintaan vaikuttaa olennaisesti myös se, miten asiat määritellään. Esimerkiksi käsitteelle ”terveys” ei ole olemassa yhtä oikeaa määritelmää, vaan se miten määrittelemme terveyden – onko se sairauksien puutetta, lasketaanko mukaan mielenterveys tai esimerkiksi seksuaaliterveys ja miten taas nämä käsitteet määritellään – vaikuttaa siihen, minkälaista käytöstä tai olotilaa pidämme ”normaalina”

1 Ks. mm. Foucault 1978 a, b ; Foucault 1975; Foucault 1976.

2 Foucault 1976, 92, teoksessa Munro 2003, s. 82, 84.

3 Foucault 1978 a, 144; Foucault 1978 b, teoksessa Hänninen 1997, s. 156. Foucault havainnollisti tätä vertaamalla yhteiskuntaa Jeremy Benthamin ideaan panopticon-vankilasta, jossa yksilöt ovat jatkuvat tarkkailun kohteena (ks. Foucault 1975).

tai tavoiteltavana. Foucault näkee diskurssin elinehtona vallankäytölle, sillä se luo ja ylläpitää yhteiskunnan valtarakenteita määrittellen kulloisenkin tavoiteltavan normin.⁴

Foucault määrittelee erääksi vallankäytön muodoksi biovallan. Biovalta on kontrollin ja vallankäytön keino, joka on noussut esiin modernin yhteiskunnan kehittymisen myötä. Foucault'n mukaan koko vallan käsite ja sen ilmenemistapa ovat ratkaisevasti muuttuneet 1900-luvulta lähtien. Vielä 1800-luvulla esimoderneissa yhteiskunnissa valta ilmeni lähinnä koersiivisena, fyysisenä uhkana, joka kohdistui erityisesti elämän päättämiseen: vallanpitäjät pystyivät alistamaan yhteiskunnan jäsenet tahtonsa alle uhkaamalla erilaisilla fyysisillä rangaistuksilla, kuten äärimuodossaan elämän päättämisellä.⁵ Modernin yhteiskunnan kehittyessä 1900-luvun aikana tämä vallankäytön tapa muuttui peilikuvakseen – kuolemalla uhkaamisen sijaan valta alettiin ymmärtää tapana, jolla vallanpitäjät pystyivät kontrolloimaan elämän syntyä ja sen ylläpitämistä.⁶ Biovalta on siis eräänlainen biologinen ihmisruumiiseen kohdistuva kontrolloikeino, jolla yksilöitä ja sen kautta koko väestöä pyritään kontrolloimaan.

Biovalta turvautuu tässä kontrollissa nimenomaan tieteellisiin diskursseihin. Biovallan näkökulmasta tarkasteltuna ihmiselämä nähdään biologisena kysymyksenä lajin säilymisestä: vallankäytön päämääräksi on modernina aikana muodostunut yhteiskunnan elinolosuhteiden säilyttäminen ja samalla ihmislajin (tai ”kansan”) biologisen olemassaolon turvaaminen. Samalla ihmisten elämä ikään kuin laskennallistettiin – kansan tai ihmislajin säilymisestä ja biologisesta olemassaolosta tuli poliittinen kysymys. Tämä ajattelutapa voimistui kansallisvaltion periaatteen nousun myötä, jolloin kansa alettiin nähdä myös biologisena ryhmänä, jonka yhtenäisyys (ja oikeudet) perustuivat geneettisesti yhtenäiseen perimään.⁷

4 “In a society such as ours, but basically in any society, there are manifold relations of power which permeate, characterise and constitute the social body, and these relations of power cannot themselves be established, consolidated, nor implemented without the production, accumulation, circulation and functioning of a discourse.” Foucault, teoksessa T. Kelly 1994: *Critique and Power: Recasting the Foucault/Habermas Debate*, s. 31. Cambridge, MA, MIT Press; Munro 2003, s. 84.

5 Foucault 1990, 136.

6 Foucault, 1990, teoksessa Gledhill 2005, 353; Foucault 1976, teoksessa Hänninen & Karjalainen 1997, s. 12.

7 Gledhill 2005, s. 358; Munro 2003, s. 85, 84; Hänninen & Karjalainen 1997, s. 13.

2.2 Biovalta ja oikeus

Biovaltaa voidaan tarkastella myös oikeuden ja oikeudenkäytön kannalta. Yhteiskunnassa on monia erilaisia normeja ja normijärjestelmiä. Yksi esimerkki tästä on erilaiset yhteiskunnissa vaikuttavat sosiaaliset normit ja käyttäytymissäännöt (kuten tapa ja kulttuuri), jotka pyrkivät määrittelemään ”oikean” käyttäytymisen rajat. Myös laki toimii yhteiskunnassa vahvana normalisoivana instanssina: se kertoo konkreettisesti minkälainen toiminta on sallittua ja kiellettyä yhteiskunnassa. Oikeudelliseen instanssiin on moderneissa yhteiskunnissa liittynyt myös monia sivuinstansseja kuten terveydenhuolto ja hallinto, ja näiden kanssa se ikään kuin luo yhteiskunnan jäsenten toimintaa sääntelevän verkoston. Myös teknologia ja tieteellinen diskurssi ovat läsnä oikeuden instituution toiminnassa.⁸

Oikeudella onkin tavallaan kaksi erilaista roolia yhteiskunnassa: toisaalta laki määrittää konkreettisesti sallitun toiminnan ja määrää rangaistuksen lainvastaisista teoista, mutta toisaalta laki toimii samaan aikaan normin tavoin, pyrkien ehkäisemään ei-haluttua käytöstä ja poistamaan sosiaalisia uhkia yhteiskunnasta. Tämä kaksinaisrooli luo konfliktin näiden eri päämäärien välille oikeudenkäytön pyrkiessä samalla sekä eristämään että palauttamaan yhteiskuntaan sen luomista normeista poikkeavat yksilöt.⁹ Voidaan sanoa, että oikeus ikään kuin pyrkii siis sekä määrittämään normit että toimimaan itse normin tavoin. Nyky-yhteiskunnassa oikeus on siirtynyt yhä enemmän kohti jälkimmäistä tehtävää rikollisten sopeuttamis- ja kuntouttamisaspektin sekä vaarojen ennaltaehkäisevän torjunnan saatua yhä enemmän jalansijaa: esimerkiksi Suomessa oikeusjärjestelmän tarkoituksena on rikollisten ”parantaminen” ja sopeuttaminen yhteiskuntaan, ei niinkään rankaisu tehdyistä teoista.¹⁰

Edellä esitetty oikeuden merkitys ja biovallan rooli yhteiskunnallisen normiston luomisessa ja ylläpidossa on hyvä pitää mielessä tarkasteltaessa verenluovutuskieillon oikeudellisia аспекteja. Käsittelem luovutuskieiltoa seuraavissa kappaleissa oikeudellisesta näkökulmasta: esittelen ensin luovutuskieillon taustaa ja lainsäädännöllistä perustaa ja sen jälkeen tarkastelen sen

8 Hänninen 1997, s. 162.

9 Hänninen 1997, s. 162.

10 Hänninen 1997, s. 162, 163.

oikeutusta syrjimättömyysperiaatteen kannalta. Lopuksi palaan tarkastelemaan luovutuskieltoa biovallan käsitteen näkökulmasta.

3. HIV ja luovutuskiellon tausta

HIV (human immunodeficiency virus) paikannettiin ensimmäisen kerran Yhdysvalloissa vuonna 1981. HIV aiheutti immuunijärjestelmän heikentymisen oireita erityisesti paikallisen homoväestön keskuudessa. HIV voi tarttua periaatteessa minkä tahansa ihmiselimestön nesteeseen tai eritteeseen kautta, mutta käytännössä virus tarttuu lähinnä seksikontaktissa ja erityisesti anaalisyndromia kohottaa vastaanottavan osapuolen tartuntariskiä. Tämän (ja kenties myös sattuman) takia HIV-tartuntoja esiintyi alkuaikoina runsaasti homoväestön keskuudessa, ja pian tauti miellettiin vahvasti erityisesti homojen taudiksi. Virus levisi 80-luvun aikana ympäri maailmaa ja aiheuttaa edelleen suuria ongelmia erityisesti Saharan eteläpuolisessa Afrikassa. Tällä hetkellä arviolta noin 30–40 miljoonalla ihmisellä on HIV-tartunta.¹¹

1980-luvulla HIV levisi myös verenluovutusten välityksellä ja jo 1980-luvun alussa eri maat alkoivat asettaa erilaisia verenluovutuskieltoja homoseksuaaleille estääkseen tartuntojen leviämisen väestössä. Vuonna 1984 HIV-virus identifioitiin ja sen toteamiseksi kehitettiin myös testi. Pian tämän jälkeen luovutettua verta alettiin testata maailmanlaajuisesti HIV-tartuntojen estämiseksi. Homojen verenluovutuskielloista ei kuitenkaan useimmissa maissa luovuttu ja ne ovat yhä voimassa monessa länsimaassa.¹² Euroopassa 20 maata kieltää edelleen kaikilta miesten kanssa joskus seksiä harrastaneilta miehiltä verenluovutuksen pysyvästi ja kolmessa maassa (Espanja, Latvia ja Italia) kieltä on väliaikainen. Pysyvä kieltä on voimassa myös Yhdysvalloissa ja Kanadassa.¹³

Myös Suomessa miehet, jotka ovat harrastaneet seksiä toisen miehen kanssa, ovat pysyvissä verenluovutuskielloissa. Myös muita seksiin liittyviä luovutuskieltoja – tosin tilapäisiä – on voimassa: esimerkiksi seksi uuden tai

11 Terveyskirjasto 2012; SaBTO 2011, s. 18.

12 SaBTO 2011, s. 18; Wainberg et al. 2010, s. 1.

13 SaBTO 2011, s. 32.

HIV-positiivisen kumppanin kanssa aiheuttaa verenluovutuskieillon neljäksi kuukaudeksi.¹⁴

4. Lainsäädäntö ja oikeuskäytäntö

Tarkastelen tässä kappaleessa ensimmäiseksi luovutuskiellon kotimaista ja kansainvälistä oikeudellista perustaa. Tämän jälkeen tarkastelen luovutuskieltoa perusoikeusnäkökulmasta: Verenluovutuskielto voidaan katsoa olevan konfliktissa eri perusoikeuksien, kuten oikeuden yhdenvertaiseen kohteluun¹⁵ ja oikeuden yksityisyyden suojaan ja perhe-elämään,¹⁶ kanssa. Tarkastelen kuitenkin etupäässä oikeutta yhdenvertaiseen kohteluun, eli syrjinnän kieltoa, sillä se on eräs keskeisistä perusoikeuksista¹⁷, ja verenluovutuskiellon voidaan katsoa kohdistuvan erityisesti tähän oikeuteen, sillä se asettaa ihmiset eriarvoiseen asemaan seksuaalisen käyttäytymisen perusteella. Myös perusoikeutena tunnettu oikeus elämään¹⁸ on luovutuskiellon kannalta merkityksellinen, sillä sitä voidaan käyttää argumenttina luovutuskiellon puolesta (palaan tähän kysymykseen kappaleessa 5.2.1). Lopuksi esittelen luovutuskieltoa koskevaa oikeuskäytäntöä.

4.1 Luovutuskiellon lainsäädännöllinen perusta

Verenluovutuksen ehtoja on säännelty sekä kansallisella että EU:n tasolla. Suomessa verenluovutuksen kelpoisuuskriteereistä on säädetty veripalvelulaissa (197/2005). Laissa säädetään etupäässä verenluovutuksen järjestämisen edellytyksistä: esimerkiksi lain 13 § mukaan veripalvelulaitoksen on testattava jokainen verierä sen turvallisuuden varmistamiseksi.¹⁹ Verenluovutuksen kriteereistä laissa on säännöksiä vain hyvin yleisellä tasolla²⁰ ja valta

14 SPR Veripalvelu 2012 (1): seksi ja sukupuolitaudit.

15 Mm. Perustuslaki (PL) 6 §; Kansalaisyhteiskunta- ja poliittisia oikeuksia koskeva kansainvälinen yleissopimus SopS 8/1976 (KP-sopimus) 2 artikla, Euroopan ihmisoikeussopimus SopS 63/1999 (EIS) 14 artikla; Euroopan unionin perusoikeuskirja 21 artikla.

16 PL 10 §; EIS 8 artikla; KP-sopimus 17 artikla.

17 ”Yhdenvertaisuutta ja tasa-arvoa koskevilla säännöksillä on ollut perinteisesti keskeinen asema perusoikeusjärjestelmässä. Myös kansainvälisessä ihmisoikeussäätelyssä yhdenvertaisuudella ja erityisesti syrjinnän kielloilla on tärkeä merkitys. Yhdenvertaisuuden ajatus sisältyy jo perusoikeuden käsitteeseen.” HE 309/1993, vp s. 22.

18 Mm. KP-sopimus 6 artikla; EIS 2 artikla.

19 Veripalvelulaki 13 §.

20 ”luovutuskelpoisuus edellyttää, että luovuttajan sairaus, lääkitys tai sairauden riski ei vaaranna luovuttajan terveyttä eikä luovutettavan veren – – turvallisuutta”. Veripalvelulaki 12 §.

määrätä tarkemmin luovutuskelpoisuuden selvittämisestä ja perusteista, joilla henkilö voidaan määrätä pysyvään tai tilapäiseen verenluovutuskieltoon, on delegoitu lääkealan turvallisuus ja kehittämiskeskukselle (Fimea).²¹ Fimea onkin antanut laissa tarkoitetun tarkemman määräyksen luovutuskelpoisuuden kriteereistä. Seksuaalisen käyttäytymisen osalta määräyksessä asetetaan pysyvään verenluovutuskieltoon henkilöt, ” jotka sukupuolikäyttäytymisensä vuoksi ovat suuressa vaarassa saada vakavia tartuntatauteja, jotka voivat levitä veren välityksellä.”²² Lisäksi määräyksessä mainitaan, että

”(s)ukupuolikäyttäytymiseen liittyviä riskejä tulee arvioida kokonaisuutena kansallinen epidemiologinen tilanne huomioon ottaen. Kansallisesta epidemiologisesta tilanteesta johtuen miesten välinen seksi on toistaiseksi luovutuskieillon perusteena. Sukupuolikäyttäytymiseen liittyviä riskejä arvioitaessa tulee ottaa huomioon myös muut tiedossa olevat sukupuolikäyttäytymiseen liittyvät riskitekijät, mm. seksikumppanien vaihtuvuus sekä heidän mahdolliset tartuntatautinsa.”²³

Määräyksessä tilapäiseen verenluovutuskieltoon voidaan määrätä myös henkilöt, ” jotka ovat käyttäytymisensä tai toimintansa vuoksi vaarassa saada tartuntatauteja, jotka voivat levitä veren välityksellä. Riskiä lisääviä tekijöitä ovat mm. seksipalveluiden ostaminen tai myyminen sekä seksi uuden kumppanin kanssa”.²⁴ Luovutuskielto määrätään tällöin ajanjaksoksi, ”jonka pituus määräytyy kyseisen taudin sekä sopivien testien saatavuuden mukaan”²⁵. Käytännössä verenluovutuksesta vastaa Suomen Punaisen Ristin Veripalvelu, joka on velvollinen noudattamaan toiminnassaan näitä säännöksiä ja määräyksiä.

Verenluovutusta on säännelty myös Euroopan unionissa. Jäsenmaiden verenluovutuskäytäntöjä on pyritty yhtenäistämään Euroopan unionin neuvoston suosituksen²⁶ sekä myöhemmin myös komission direktiivin²⁷ avulla.

21 Veripalvelulaki 12 §.

22 Lääkealan turvallisuus- ja kehittämiskeskuksen määräys 1/2008: Veren ja sen osien tekniset laatu- ja turvallisuusvaatimukset, kohta 2.4.2.1.

23 Mt., kohta 2.4.2.1.

24 Mt., kohta 2.4.2.2.2.

25 Mt., kohta 2.4.2.2.2.

26 Euroopan unionin neuvoston suositus veren ja veriplasman luovuttajien sopivuudesta sekä luovutetun veren seulonnasta Euroopan yhteisössä, EYVL L 203, 21.7.1998.

27 Euroopan komission direktiivi 2004/33/EY.

Direktiivi on ns. pakottavaa oikeutta, sillä kaikkien EU:n jäsenmaiden on pantava se täytäntöön omassa lainsäädännössään. Direktiivissä luetellaan erilaisia kriteereitä (kuten fyysiseen kuntoon ja sairaushistoriaan liittyviä raja-arvoja), joita verenluovuttajan on täytettävä voidakseen luovuttaa verta niin, että se on turvallista sekä luovuttajalle että vastaanottajalle. Sukupuolisen käyttäytymisen osalta direktiivissä todetaan, että pysyvä luovutuskielto voidaan asettaa henkilöille, jotka ”sukupuolikäyttäytymisensä vuoksi ovat suuressa vaarassa saada vakavia tartuntatauteja, jotka voivat levitä veren välityksellä”.²⁸ Jäsenvaltioille jätetään siis melko suuri harkinnanvara määrittää, millainen sukupuolikäyttäytyminen aiheuttaa ”suuren vaaran saada vakavia tartuntatauteja”. Lisäksi direktiivi asettaa vain vähimmäisstandardit, joten jäsenvaltiot voivat omassa lainsäädännössään säätää direktiiviä tiukempia kriteereitä.²⁹ Suomi on implementoinut verenluovutusta koskevan direktiivin osaksi lainsäädäntöään ja myös Fimean määräys noudattaa tätä direktiiviä antaen myös yksityiskohtaisempia määräyksiä verenluovutuksen kriteereitä.

Verenluovutusta koskevassa kansallisessa ja Euroopan unionin lainsäädännössä ei säännellä kovin tarkasti käytännön tasolla verenluovutuksen kriteereitä. Fimean määräys ei erittele enempää syitä, joiden perusteella Suomen ”epidemiologinen tilanne” vaatii miesten kanssa seksiä harrastaneiden miesten asettamista pysyvään luovutuskieltoon. Kaiken kaikkiaan tutkimusta HIV:n levinneisyydestä eri sukupuolten kanssa seksiä harrastavien ihmisten kesken on saatavilla erittäin vähän. Suomen Punaisen Ristin Veripalvelun sivuilla viitataan kuitenkin kahteen eri lähteeseen: Kansanterveyslaitoksen (KTL) julkistamaan miesten väliseen seksiin liittyvään kyselytutkimukseen ja hiv-esiintymiskartoitukseen, sekä terveyden ja hyvinvoinnin laitoksen (THL) julkaisemaan tartuntatautitilastoon ”HIV Suomessa”, johon on listattu vuosittain HIV-tartuntojen määrä ja tartunnan lähde.³⁰ Analysoin myöhemmin verenluovutuskieltoa etupäässä näiden aineistojen pohjalta.

28 Mt., liite III, kohta 2.1.

29 Mt.

30 THL 2012: HIV Suomessa; KTL 2006: Miesten väliseen seksiin liittyvä kyselytutkimus ja hiv-esiintyvyysskartoitus.

4.2 Syrjinnän kieltö ja yhdenvertaisuus perusoikeutena

4.2.1 Yhdenvertaisuus ja syrjinnän kieltö perustuslaissa

Yhdenvertaisuus ja syrjimiskieltö on kirjattu Suomen perustuslakiin.³¹ Perusoikeusuudistusta koskevan hallituksen esityksen mukaan yhdenvertaisuusperiaatteen tarkoitus on turvata ”..paitsi perinteistä oikeudellista yhdenvertaisuutta myös tosiasiallisen tasa-arvon toteutumista yhteiskunnassa”.³² Tämän perusteella syrjintäkieltö kattavaa laajasti kaikki syrjinnän muodot, kuten piilotetun syrjinnän: Säännös siis kieltää myös ulkoisesti yhdenvertaisuusperiaatteen mukaisen toiminnan, joka tosiasiasa kuitenkin asettaa ihmiset eriarvoiseen asemaan syrjintäkiellön vastaisesti.

Vaikka perusoikeudet ovat oikeusjärjestelmämme ydinaluetta, voidaan niitäkin tietysin edellytyksin rajoittaa. Koska perusoikeudet ovat kuitenkin niin olennainen osa oikeusjärjestelmää, on niiden rajoittamiseen oltava tarkasti määritellyt perusteet. Perustuslaki ei sisällä yleistä perusoikeuksien rajoittamista ohjaavaa säännöstä, mutta lain esitöistä ja perustuslakivaliokunnan tulkintakäytännöstä sekä oikeuskäytännöstä on johdettavissa yleisesti hyväksytyt perusoikeuksien rajoittamisperiaatteet.³³ Yleiset periaatteet perusoikeuksien rajoittamiselle ovat perustuslakivaliokunnan mukaan seuraavat: rajoitusten on perustuttava lakiin, rajoitusten on oltava riittävän tarkkarajaisia (rajoitukset eivät saa koskea perusoikeuksien ydinaluetta, mikäli rajoituksesta on säädetty tavallisella lailla), riittävästä oikeusturvasta on huolehdittava, rajoitusperusteiden tulee olla hyväksyttäviä ja suhteellisuusvaatimuksen mukaisia ja rajoitukset eivät saa olla ristiriidassa Suomea sitovien ihmisoikeusvelvoitteiden kanssa.³⁴ Tarkastelen näistä erityisesti lailla säätämisen vaatimusta sekä suhteellisuus- ja hyväksyttävyyksivaatimusta yhdenvertaisuusperiaatteen ja luovutuskiellön kannalta.

Lailla säätämisen vaatimus edellyttää, että perusoikeuksien suojelemisen tärkeydestä johtuen rajoitusten säätämistä ei saa delegoida alemmalle sää-

31 ”Ihmiset ovat yhdenvertaisia lain edessä. Ketään ei saa ilman hyväksyttävää perustetta asettaa eri asemaan sukupuolen, iän, alkuperän, kielen, uskonnon, vakaumuksen, mielipiteen, terveydentilan, vammaisuuden tai muun henkilöön liittyvän syyn perusteella.” Perustuslaki, 6 §.

32 HE 309/1993 vp.

33 Viljanen 2011.

34 PeVM 25/1994 vp.

döstasolle. Perustuslain esitöiden mukaan asetuksen antaja voidaan kuitenkin lailla valtuuttaa antamaan tarkempia säännöksiä yksilön oikeuksiin ja velvollisuuksiin liittyvistä vähäisistä yksityiskohdista.³⁵ Perusoikeuksien rajoitusta koskeva suhteellisuusvaatimus³⁶ taas edellyttää jo itsessään hyväksyttävän perusteen olemassaoloa. Lisäksi perusoikeuksien rajoitukset on aina pyrittävä pitämään mahdollisimman suppeina ja rajoittamista harkittaessa on aina tehtävä tarkkaa intressipunnintaa suojeltavien etujen ja rajoitettavien oikeuksien välillä.³⁷ Olennaisimpien perusoikeuksien rajoitus vaatii siis painavan yhteiskunnallisen intressin suojelun tarpeen, ja tällöinkin on etsittävä keinot, jotka loukkaavat perusoikeuksia mahdollisimman vähän. Perusoikeussäännöksiin on voitu tämän lisäksi sisällyttää erityisiä, eli kvalifioituja rajoitusperusteita, kuten yhdenvertaisuutta koskevan pykälän vaatimus hyväksyttävästä perusteesta.³⁸ Perustuslakivaliokunnan mukaan kvalifioitujen lakivarausten tarkoitus on ”määrittää tavallisen lain säätäjän rajoitusmahdollisuus mahdollisimman täsmällisesti ja tiukasti siten, ettei perustuslain tekstissä anneta avoimempaa perusoikeuden rajoitusvaltuutta kuin välttämättä on tarpeen.”³⁹ Rajoituslausekkeita tulisi siis tulkita mahdollisimman suppeasti ottaen lisäksi huomioon muut yleiset perusoikeuksien rajoitusperusteet.

4.2.2. Yhdenvertaisuus ja syrjinnän kieltö EU-oikeudessa ja kansainvälisissä sopimuksissa

Kansainvälisistä velvoitteista Suomea velvoittavat muun muassa YK:n ihmisoikeussopimukset sekä Euroopan neuvoston ihmisoikeussopimus sekä EU-oikeus. Merkittävimpiä eurooppalaisia ihmisoikeusvelvoitteita Suomelle ovat Euroopan ihmisoikeussopimus (EIS, johon kuuluu myös yksilön valitusoikeus Euroopan ihmisoikeustuomioistuimeen) sekä Euroopan unionin perusoikeuskirja, joka on myös EU-jäsenvaltiota sitovaa oikeutta.

35 HE 1/1998 vp, s.131–132

36 ”Rajoitusten tulee olla välttämättömiä hyväksyttävän tarkoituksen saavuttamiseksi. Jokin perusoikeuden rajoitus on sallittu ainoastaan, jos tavoite ei ole saavutettavissa perusoikeuteen vähemmän puuttuvin keinoin. Rajoitus ei saa mennä pidemmälle kuin on perusteltua ottaen huomioon rajoituksen taustalla olevan yhteiskunnallisen intressin painavuus suhteessa rajoitettavaan oikeushyvään” (PeVM 25/1994 vp.).

37 Arvioinnissa merkitystä voi olla lisäksi kansainvälisten ihmisoikeussopimusten hyväksyttävillä rajoitusperusteilla (PeVM 25/1994 vp.).

38 PL 6 §.

39 PeVM 25/1994 vp.

Oikeus yhdenvertaisuuteen ja syrjinnän kieltö on määritelty perusoikeutena useissa näistä kansainvälisistä sopimuksista. YK:n kansalaisoikeuksia ja poliittisia oikeuksia koskevassa sopimuksessa (KP-sopimus) ja EIS:ssa turvataan kaikista sopimuksen perusoikeuksista nauttiminen ilman syrjintää⁴⁰. Tämä käy ilmi myös Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännössä.⁴¹ Kaikkein pisimmille menevin syrjintäkieltö on Euroopan unionin perusoikeuskirjassa, jossa kaikenlainen syrjintä itsessään on kategorisesti kielletty.⁴² Perusoikeuskirjan luettelo syrjinnän perusteista sisältää lisäksi erikseen maininnan sukupuolisen suuntautumisen kiellettynä syrjintäperusteena⁴³, minkä voidaan katsoa asettavan korkeat vaatimukset tästä nimenomaisesta kiellosta poikkeamiselle.

Niin Euroopan unionin perusoikeuskirja, EIS kuin KP-oikeuksien sopimuskin mahdollistavat oikeuksista poikkeamisen tarkoin rajatuin ehdoin. Euroopan unionin perusoikeuskirja mahdollistaa oikeuksien rajoittamisen lailla oikeuksien olennaista sisältöä ja suhteellisuusperiaatetta noudatta-

40 KP-sopimus 2 artikla. ”Jokainen sopimusvaltio sitoutuu kunnioittamaan ja takaamaan jokaiselle alueellaan olevalle ja oikeuspiiriinsä kuuluvalla yksilöllä tässä yleissopimuksessa tunnustetut oikeudet ilman minkäänlaista rotuun, ihonväriin, sukupuoleen, kieleen, uskontoon, poliittiseen tai muuhun mielipiteeseen, kansalliseen tai yhteiskunnalliseen alkuperään, omaisuuteen, syntyperään tai muuhun asemaan perustuvaa syrjintää.”; 26 artikla ”Kaikki ihmiset ovat oikeudellisesti yhdenvertaisia ja oikeutettuja ilman minkäänlaista syrjintää yhtäläiseen lain suojaan. Tässä suhteessa lain tulee kieltää kaikki syrjintä ja taata kaikille henkilöille yhtäläinen ja tehokas suojele rotuun, ihonväriin, sukupuoleen, kieleen, uskontoon, poliittiseen tai muuhun mielipiteeseen, kansalliseen tai yhteiskunnalliseen alkuperään, omaisuuteen, syntyperään tai muuhun asemaan perustuvaa syrjintää vastaan.” EIS 14 artikla: ”Tässä yleissopimuksessa tunnustetuista oikeuksista ja vapauksista nauttiminen taataan ilman minkäänlaista sukupuoleen, rotuun, ihonväriin, kieleen, uskontoon, poliittisiin tai muihin mielipiteisiin, kansalliseen tai yhteiskunnalliseen alkuperään, kansalliseen vähemmistöön kuulumiseen, varallisuuteen, syntyperään tai muuhun asemaan perustuvaa syrjintää.”; Euroopan unionin perusoikeuskirja (2000/C 364/01), 21 artikla: ”Kielletään kaikenlainen syrjintä, joka perustuu sukupuoleen, rotuun, ihonväriin tai etniseen taikka yhteiskunnalliseen alkuperään, geneettisiin ominaisuuksiin, kieleen, uskontoon tai vakaumukseen, poliittisiin tai muihin mielipiteisiin, kansalliseen vähemmistöön kuulumiseen, varallisuuteen, syntyperään, vammaisuuteen, ikään tai sukupuoliseen suuntautumiseen tai muuhun sellaiseen seikkaan.”

41 Ks. Abdulaziz, Cabales ja Balkandali v. Iso-Britannia, 28.5.1985 teoksessa Ojanen & Scheinin 2011.

42 Euroopan unionin perusoikeuskirja (2000/C 364/01), 21 artikla: ”Kielletään kaikenlainen syrjintä, joka perustuu sukupuoleen, rotuun, ihonväriin tai etniseen taikka yhteiskunnalliseen alkuperään, geneettisiin ominaisuuksiin, kieleen, uskontoon tai vakaumukseen, poliittisiin tai muihin mielipiteisiin, kansalliseen vähemmistöön kuulumiseen, varallisuuteen, syntyperään, vammaisuuteen, ikään tai sukupuoliseen suuntautumiseen tai muuhun sellaiseen seikkaan.”

43 Euroopan unionin perusoikeuskirja, 21 artikla.

en⁴⁴, sen sijaan EIS:n syrjintäkielto ei mahdollista kiellosta poikkeamista minkään muun kuin yleisen kansallisen hätätilan perusteella.⁴⁵ KP-sopimuksessa poikkeaminen taas sallitaan yleisen hätätilan aikana, mutta tällöinkin syrjintä on kiellettyä mm. rodun tai sukupuolen perusteella⁴⁶, eli sen voidaan katsoa asettavan suomalaista lainsäädäntöä tiukemmat kriteerit syrjintäkiellosta poikkeamiselle. Nämä erilaiset poikkeamisen rajoitukset ovat olennaisia myös suomalaisen lainsäädännön näkökulmasta.⁴⁷ Lisäksi täyttääkseen kansainväliset velvoitteensa, voidaan katsoa että Suomen tulisi täyttää tiukimmat kriteerit, jotta yhdenvertaisuusperiaatteesta poikkeaminen olisi hyväksyttävää.

4.3. Luovutuskielto oikeuskäytännössä

Miesten kanssa seksiä harrastaneiden miesten verenluovutuskielto ei ole täysin ongelmaton syrjintäkiellon kannalta: verenluovutuksen kieltäminen kaikilta miehiltä, jotka ovat koskaan harrastaneet seksiä miesten kanssa, voi vaikuttaa kiellosta, jonka ensisijainen tarkoitus on estää homoseksuaaleja miehiä luovuttamasta verta. Tämä näkyy myös kiellon muodostumisen historiassa - esimerkiksi Suomessa vuoteen 2008 asti verenluovutus oli kielletty nimenomaan homoseksuaaleilta. Tätä ongelmaa onkin puitu myös oikeuskäytännössä: eduskunnan oikeusasiamies on tarkastellut tätä käytäntöä pe-

44 Euroopan unionin perusoikeuskirja, artikla 52: ”Tässä perusoikeuskirjassa tunnustettujen oikeuksien ja vapauksien käyttämistä voidaan rajoittaa ainoastaan lailla, ja kyseisten oikeuksien ja vapauksien olennaista sisältöä noudattaen. Suhteellisuusperiaatteen mukaisesti rajoituksia voidaan tehdä ainoastaan, jos ne ovat välttämättömiä ja vastaavat tosiasiallisesti unionin tunnustamia yleisen edun mukaisia tavoitteita tai tarvetta suojella muiden henkilöiden oikeuksia ja vapauksia.”

45 Euroopan ihmisoikeussopimus, 15 artikla.

46 KP-sopimus, 4 artikla. 1. Yleisen hätätilan aikana, joka uhkaa kansakunnan olemassaoloa ja joka on virallisesti sellaiseksi julistettu, sopimusvaltiot voivat ryhtyä toimenpiteisiin, jotka merkitsevät poikkeamista niille tämän yleissopimuksen mukaan kuuluvista velvoituksista siinä laajuudessa kuin tilanne välttämättä vaatii, edellyttäen, että tällaiset toimenpiteet eivät ole ristiriidassa valtion muiden kansainvälisen oikeuden mukaisten velvoitusten kanssa eivätkä merkitse pelkästään rotuun, ihonväriin, sukupuoleen, kieleen, uskontoon tai yhteiskunnalliseen syntyperään perustuvaa syrjintää.

47 Esimerkiksi perusoikeuksien rajoitusta koskevassa mietinnössään valiokunta viittasi suoraan Euroopan ihmisoikeussopimuksen rajoitusperusteisiin pohjana perusoikeuksien rajoittamisperusteille: ”Hyväksyttävyyden arvioinnissa merkitystä voi olla esimerkiksi Euroopan ihmisoikeussopimuksen vastaavanlaista oikeutta koskevilla määräyksillä, ainakin siltä osin kuin niihin sisältyy tyhjentävä luettelo ihmisoikeuksien hyväksyttävistä rajoitusperusteista. Perusoikeussäännöksiä on perusteltua tulkita yhdenmukaisesti ihmisoikeuksien kanssa niin, että vain ihmisoikeussopimuksen asianomaisen sopimusmääräyksen mukaan hyväksyttävät rajoitusperusteet voivat olla vastaavan perusoikeussäännöksen sallittuja rajoitusperusteita.” PeVM 25/1994.

rusoikeuksien kannalta ja muun muassa Euroopan ihmisoikeustuomioistuimien on käsitellyt samankaltaisen luovutuskieillon hyväksyttävyyttä Euroopan ihmisoikeussopimuksen kannalta.

4.3.1. Eduskunnan oikeusasiamies

Sekä homoja että miesten kanssa seksiä harrastaneita miehiä koskevaa verenluovutuskieitoa on arvosteltu Suomessa syrjintäkiellon vastaiseksi. Aiheesta on muun muassa tehty kantelu eduskunnan oikeusasiamiehelle vuonna 2008, jolloin luovutuskieito koski nimenomaan homomiehiä.⁴⁸

Oikeusasiamies katsoo lausunnossaan, että kyseinen luovutuskieito ei ole syrjivä, sillä kiellolle on olemassa perustuslain tarkoittama hyväksyttävä peruste. Oikeusasiamies perustelee homomiesten verenluovutuskieillon tarpeellisuutta viittaamalla saamiinsa asiantuntijalausuntoihin⁴⁹, joiden perusteella miesten välisessä seksissä infektioautien (kuten HIV) leviämiskisk on suurempi kuin heterojen välisessä seksissä. Oikeusasiamies ottaa epäsuorasti kantaa myös kiellon suhteellisuuteen toteamalla, että ”nykytietämyksen mukaan myös verivalmisteiden HIV-turvallisuutta heikentäisi selvästi se, että verenluovutus sallittaisiin tässä ryhmässä väliaikaisen karanteenin jälkeen”.⁵⁰ Oikeusasiamies nostaa lausunnossaan esille myös muita riskiryhmiä, joilta verenluovutus on evätty (kuten yli 65-vuotiaat ja Britanniassa hullun lehmän taudin aikaan oleskelleet).⁵¹

Oikeusasiamies esittää lausunnossaan myös kritiikkiä Veripalvelun toimintaa kohtaan. Hän tuo esille sen seikan, että senhetkisissä ohjeissa luovutus oli nimenomaan kielletty homomiehiltä, mikä viittaa kieltoon seksuaalisen suuntautumisen, ei riskialttiin käytöksen perusteella. Lisäksi oikeusasiamies nostaa esiin sen ongelmallisen seikan, ettei luovutusrajoituksia ollut tuolloin kirjattu lain tai asetuksen tasolle, jolloin ”harkintavaltaa luovutuskieillon perusteiden määrittelyssä käyttää nykytilanteessa tosiasiaassa SPR:n veripalvelu”, vaikka lainsäädäntövaltaa ei perustuslain mukaan tule osoittaa muille

48 Eduskunnan oikeusasiamies 2008: Miesten välinen seksi on pysyvä este verenluovutukselle (30.6.2008).

49 Lausunnossa kerrotaan oikeusasiamiehen saaneen asiantuntijalausunnot sosiaali- ja terveysministeriöltä, Kansanterveyslaitoksesta, Lääkelaitoksesta ja Veripalvelulta (Oikeusasiamies 2008, s. 1).

50 Oikeusasiamies 2008, s. 1.

51 Mt, 1.

kuin viranomaisille.⁵² Oikeusasiamiehen esittämä kritiikki johtikin pian muutoksiin ja Veripalvelu asetti luovutuskieltoon homomiesten sijaan seksiä miesten kanssa koskaan harrastaneet miehet. Lisäksi edellä mainittuun Fimean määräykseen lisättiin Veripalvelun käytössä olleet kriteerit verenluovuttamiselle.⁵³

4.3.2. Euroopan ihmisoikeustuomioistuin

Euroopan ihmisoikeustuomioistuin on käsitellyt homojen verenluovutuskieltoa Euroopan ihmisoikeussopimuksen kannalta kolmessa tapauksessa.⁵⁴ Kaikki tapaukset on nostettu vuonna 1999, ja tapauksissa kantaja on italialainen homoseksuaali, jolta on evätty oikeus luovuttaa verta sukupuolisen suuntautumisen vuoksi.⁵⁵ Päätökset on annettu vuonna 2002 ja ne ovat keskenään lähes identtisiä.

Kantajat syyttävät tapauksissa Italian valtiota Euroopan ihmisoikeussopimuksen 8 ja 14 artiklojen rikkomisesta.⁵⁶ Vastaaja taas esittää, että vaikka homoseksuaalisuus verenluovutuksen esteperusteena voi *prima facie* vaikuttaa syrjivältä, ei tämä kuitenkaan ole sitä, koska kiellon tarkoitus on suojella tulevan verensaaajan turvallisuutta. Tuomioistuin tuo esille sen, että kanteet ovat nostettu vuonna 1999, jolloin Italian lainsäädäntö kielsi verenluovutuksen nimenomaan homoseksuaaleilta (niin miehiltä kuin naisilta). Lainsäädäntöä muutettiin vuonna 2001 Euroopan neuvoston suosituksen mukaiseksi ennen tuomioistuimen päätöstä, jolloin kielto ulotettiin koskemaan pelkästään miesten kanssa seksiä harrastaneita miehiä. EIT ei tuomiossaan

52 Mt, 2.

53 Ks. kpl 4.1.

54 Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen päätökset: TOSTO contre l'Italie 2002 (49821/99); CRESCIMONE contre l'Italie 2002 (49824/99); FARANDA contre l'Italie 2002 (51467/99).

55 Vuoteen 2001 asti homoseksuaaliset suhteet olivat Italiassa pysyvä este verenluovutukselle niin miesten kuin naistenkin kohdalla. (TOSTO 2002,2).

56 Euroopan ihmisoikeussopimus, 8 artikla: 1. Jokaisella on oikeus nauttia yksityis- ja perhe-elämäänsä, kotiinsa ja kirjeenvaihtoonsa kohdistuvaa kunnioitusta. 2. Viranomaiset eivät saa puuttua tämän oikeuden käyttämiseen, paitsi kun laki sen sallii ja se on välttämätöntä demokraattisessa yhteiskunnassa kansallisen ja yleisen turvallisuuden tai maan taloudellisen hyvinvoinnin vuoksi, tai epäjärjestyksen tai rikollisuuden estämiseksi, terveyden tai moraalin suojaamiseksi, tai muiden henkilöiden oikeuksien ja vapauksien turvaamiseksi. Artikla 14: Tässä yleissopimuksessa tunnustetuista oikeuksista ja vapauksista nauttiminen taataan ilman minkäänlaista sukupuoleen, rotuun, ihonväriin, kieleen, uskontoon, poliittisiin tai muihin mielipiteisiin, kansalliseen tai yhteiskunnalliseen alkuperään, kansalliseen vähemmistöön kuulumiseen, varallisuuteen, syntyperään tai muuhun asemaan perustuvaa syrjintää.

juurikaan ota kantaa siihen, tarkoittaako verenluovutuksen kieltäminen miesten kanssa seksiä harrastaneilta miehiltä (tai homoilta) käytännössä homojen syrjimistä, vaan tyytyy vain viittaamaan uuteen muuttuneeseen oikeustilaan, joka ei sananmukaisesti kiellä verenluovutusta seksuaalisen suuntautumisen perusteella. Tuomioistuimien ei myöskään ota kantaa kantajien väitteisiin siitä, kuinka HIV-tartunnat ovat vähentyneet homojen ja lisääntyneet heterojen keskuudessa, vaan ilmaisee, että nykyisen lainsäädännön myötä kantajalla olisi mahdollisuus luovuttaa verta, ja lopulta päättää poistaa valituksen asialistalta EIS:n 37 artiklan⁵⁷ perusteella.⁵⁸

Tapausten merkitystä ennakkotapausten luonteisina päätöksinä on vaikea arvioida, sillä EIT ei antanut tapauksesta varsinaista tuomiota, jossa se olisi ottanut kantaa verenluovutuskiellon syrjivyyteen EIS:n kannalta, vaan tyytyi viittaamaan melko yleisellä tasolla oikeustilan muutokseen ja poistamaan jutun asialistaltaan tällä perusteella. Varovaisena arviona voitaisiin esittää, että EIT ei nähnyt miesten kanssa seksiä harrastaneiden miesten verenluovutuskiellon rikkovan ainakaan räikeästi EIS:n turvaamia ihmisoikeuksia, sillä EIS 37 artikla mahdollistaa jutun poiston asialistalta vain, jos ihmisoikeuksien kunnioittaminen ei vaadi käsittelyn jatkamista. Tällaista suhtautumista voidaan kuitenkin kritisoida sen takia, että vaikka lainsäädäntö vaikuttaa teoriassa sallivan verenluovutuksen myös homomiehiltä, rajaa se rajaa kuitenkin käytännössä tämän mahdollisuuden vain sille pienelle joukolle homoja, jotka eivät ole koskaan harrastaneet seksiä miehen kanssa. Tämän vuoksi on kyseenalaista, onko oikeustila todella muuttunut niin ratkaisevasti, ettei tapausta tarvinnut enää lainkaan käsitellä, vai onko syrjintä pyritty vain piilottamaan laajemman käsitteenmäärittelyn taakse.⁵⁹ Tapaukset eivät ole näistä ongelmista huolimatta saaneet juurikaan huomiota akateemisissa keskusteluissa tai mediassa⁶⁰ ja niiden painoarvo on myös

57 Euroopan ihmisoikeussopimus, 37 artikla: 1. Tuomioistuimien voi käsittelyssä missä hyvänsä vaiheessa päättää poistaa valituksen asialistaltaan, mikäli tilanteen perusteella on pääteltävissä, että: a) valituksen tekijä ei aio viedä valitustaan pidemmälle tai b) asia on ratkaistu tai c) jostain muusta tuomioistuimen toteamasta syystä ei ole perusteltua jatkaa valituksen tutkimista. Tuomioistuimien kuitenkin jatkavat valituksen tutkimista, jos yleissopimuksessa ja sen pöytäkirjoissa tunnustettujen ihmisoikeuksien kunnioittaminen sitä vaatii.

58 TOSTO 2002; FARANDA 2002; CRESCIMONE 2002.

59 Lisää aiheesta, ks. kpl 5 Analyysi – luovutuskielto ja yhdenvertaisuus.

60 Tapauksesta ei ole olemassa juurikaan akateemisia tapaustutkimuksia eikä niistä ole laadittu virallisia lehdistötiedotteita. Päätökset ovat myös saatavilla vain ranskankielisinä.

nykyaikana entisestään vähentynyt muun muassa testausteknologian kehityksen vuoksi.⁶¹

5. Analyysi – luovutuskielto perusoikeusnäkökulmasta

Käsittelen tässä kappaleessa luovutuskiellon ongelmallisuutta perusoikeuksien kannalta. Kiinnitän ensimmäiseksi huomiota tilastollisiin ja käsitteellisiin ongelmiin ja pyrin selvittämään, onko luovutuskielto piilotettua syrjintää. Seuraavaksi tarkastelen kriittisesti luovutuskiellon oikeutusta edellisessä kappaleessa esitettyjen perusoikeuksien rajoituskriteerien kannalta.

5.1 Luovutuskielto piilotettuna syrjintänä

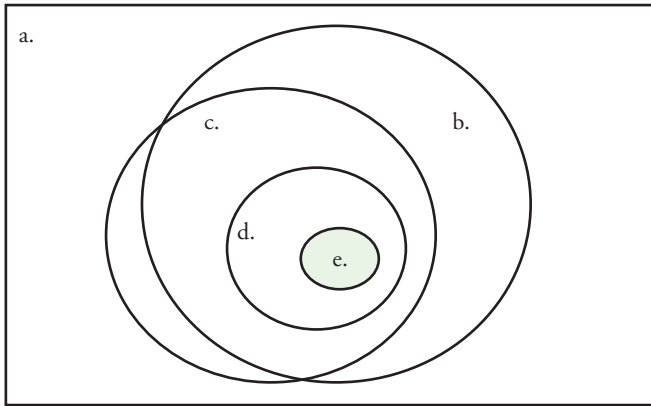
Verenluovutuskieltoa tutkittaessa kiinnitän huomion ensiksi tilastojen ja käsitteiden käyttöön. Tilastoja ja tutkimustietoa homojen seksikäyttäytymisestä ja riskistä saada HIV on olemassa Suomessa todella vähän.⁶² Kansainvälisesti tutkimusta on tehty joissain maissa enemmän, mutta näiden tulosten soveltaminen Suomen oloihin voi olla hankalaa - tosin viitteitä ne varmasti antavat yleisistä trendeistä. Ensimmäinen kritiikin kohde onkin tilastojen ja asiantuntijalausuntojen vaikea saatavuus: esimerkiksi oikeusasiamiehen lausunnossa päätöstä perustellaan oikeusasiamiehen saamalla asiantuntijalausunnoilla, joita on kuitenkin ulkopuolisten hankala saada käsiinsä. Veripalvelu viittaa perusteluissaan verenluovutuskiellolle saatavilla olevaan kansanterveyslaitoksen kartoitukseen miesten välisestä seksistä ja HIV:n esiintyvyydestä sekä terveyden ja hyvinvoinnin laitoksen julkaisemiin tilastoihin, joihin on taulukoitu HIV-tartuntojen toteamiset Suomessa eri vuosina. Käytän tässä kappaleessa erityisesti näitä kahta lähdettä.

Yksi ongelma, joka nousee esiin puhuttaessa homojen tai miesten kanssa seksiä harrastaneiden miesten verenluovutuskiellosta, on käsitteiden käyttö. Miehet voidaan jakaa lukuisiin alaryhmiin seksuaalisen käyttäytymisen mukaan, ja näistä ryhmistä eräitä esimerkkejä ovat miehet, jotka ovat joskus harrastaneet seksiä miehen kanssa, homoseksuaalit, seksuaalisesti aktiiviset homoseksuaalit ja ns. seksuaalisesti ”riskikäyttäytyvät” homoseksuaalit.

61 Ks. kpl 5.3.2.

62 KTL 2006, s. 3.

Oheisessa kaaviossa nämä ryhmät on esitetty graafisesti hahmotuksen helpottamiseksi.



Kaavio: Ryhmä a: miehet, b: seksiä joskus miehen kanssa harrastaneet miehet, c: homoseksuaalit d: seksuaalisesti aktiiviset homoseksuaalit, e: ”riskikäyttäytyjät”⁶³ homoseksuaalit.⁶⁴

Tutkimuksissa ja homojen verenluovutuskieltoa koskevissa keskusteluissa tai oikeuskäytännössä näitä ryhmiä ei juurikaan erotella, vaan näiden ryhmien nimityksiä käytetään usein ristiin: perusteluissa puhutaan näennäisen neutraalisti seksiä miesten kanssa harrastaneista miehistä (a), kun tosiasias-
 ssa halutaan viitata homomiehiin (c), ja näiden verenluovutuskieltoa taas perustellaan tilastotiedoilla, jotka koskevat pääosin seksuaalisesti aktiivisia homomiehiä (d).

Eri käsitteiden määrittelemisen ongelmat näkyvät myös hyvin oikeuskäytännössä ja verenluovutuskiellosta käydyssä keskustelussa. Yksi ongelma käsitteiden määrittelyssä on se, että niin monissa luovutuskiellon perusteluissa viitataan preesens-muodossa miehiin jotka *harrastavat* seksiä miesten kanssa. Esimerkiksi eduskunnan oikeusasiamies toteaa lausunnossa: ”lukuisissa – – tutkimuksissa on todettu, että miehillä, joilla *on* seksiä miesten kanssa, esiintyy ja ilmaantuu muuta väestöä enemmän – – tartuntatauteja” sekä ” miesten välinen seksi edustaa seksuaalikäyttäytymistä, joka *altistaa* vaka-

63 Riskikäyttäytyjillä tarkoitetaan seksuaalisesti HIV-riskin kannalta riskialttiisti käyttäytyviä. Riskialttiiksi käytöksi tämän riskin kannalta voidaan katsoa esimerkiksi suojaamattomat yhdynnät sekä useat kumppanit.

64 Ryhmien koot eivät ole kuvassa merkittävässä suhteessa toisiinsa.

ville infektio tartunnoille”.⁶⁵ Myös veripalvelu perustelee verenluovutuskieltoa sillä, että ”*tuoreen* hiv-tartunnan riski miesten välisessä seksissä on noin 25-kertainen miesten tartuntariskiin heteroseksissä”.⁶⁶ Näistä esimerkeistä on helppo havaita, kuinka luovutuskiellon perustelut koskevat itse asiassa seksuaalisesti aktiivisia homomiehiä (ryhmä d), kun taas verenluovutuskielto koskee kaikkia joskus seksiä miehen kanssa harrastaneita miehiä (ryhmä b). Käytännössä tämä on johtanut absurdiin tilanteeseen, jossa verenluovutus on haluttu kieltää homoilta (ryhmä c), kieltoa perustellaan tiedoilla, jotka perustuvat seksuaalisesti aktiivisten homojen käytökseen (ryhmä d), mutta kielto koskee kaikkia miesten kanssa seksiä koskaan harrastaneita miehiä (ryhmä b).

Luovutuskiellon ongelmallisuutta syrjimättömyysperiaatteen kannalta korostaa myös luovutuskiellon historia, sillä alussa kielto koski nimenomaan homoseksuaaleja. Testimenetelmien kehittyessä kieltoa – ilman suurempaa tutkimusta kiellon todellisista konkreettisista vaikutuksista verivalmisteiden turvallisuuteen – laajennettiin koskemaan kaikkia miesten kanssa seksiä harrastaneita miehiä, koska alkuperäistä, kaikkia homoseksuaaleja koskevaa kieltoa syytettiin syrjiväksi. Kuten edellä esitetystä käsitteiden erittelystä käy ilmi, sen sijaan, että kielto olisi kavennettu koskemaan aidosti vain käytöksen perusteella tutkimusten mukaan korkeampaan HIV riskiin kuuluvaa ryhmää (aktiiviset homomiehet tai ”riskikäyttäytyjät”), kiellon kohdetta päinvastoin laajennettiin koskemaan myös ryhmiä, joiden HIV-riskin suuruudesta ei ole mitään tietoa (ei-seksuaalisesti aktiiviset homot, sekä joskus miesten kanssa seksiä harrastaneet miehet). Luovutuskiellon syrjivää vaikutusta homoseksuaaleja kohtaan on siis ikään kuin yritetty peittää ulottamalla syrjivä vaikutus myös muihin kuin vain homoseksuaaleihin sen sijaan, että syrjintää olisi pyritty aidosti poistamaan kohdentamalla kielto aidosti käytöksen perusteella korkeamman HIV-riskiin kuuluvien ryhmään. Näin selkeästi yhdenvertaisuusperiaatteen vastaiselta näyttävä kielto on saatu sanamuodon tasolla vaikuttamaan syrjimättömältä, tieteelliseltä ja objektiiviselta. On myös tärkeä muistaa, että perustuslaki edellyttää, että perusoikeuksia tulkitaan laajentavasti niin, että myös käytännössä niiden sisältö toteutuu. Toisin sanoen ei riitä, että tapa vain päällisin puolin vaikuttaa

65 Oikeusasiamies 2008, s. 1 (korostukset lisätty).

66 SPR Veripalvelu (2): Miksi miesten välinen seksi estää verenluovutuksen.

syrijmättömältä, jos sen käytännön vaikutus kuitenkin aiheuttaa syrjintää. Näiden kohtien valossa olen tullut siihen johtopäätökseen, että nykyinen miesten kanssa seksiä harrastaneiden miesten verenluovutuskielto on tosiasiassa piilotettua syrjintää ja on näin ollen ristiriidassa perusoikeutena tunnetun syrjintäkiellon kanssa.

5.2 Oikeutettu syrjintä?

Kuten edellisessä kappaleessa toin esille, miesten välistä seksiä harrastaneiden miesten verenluovutuskieltoa voidaan pitää peiteltyä seksuaaliseen suuntautumiseen perustuvana syrjintänä. Tässä kappaleessa siirryn käsittelemään kysymystä siitä, voitaisiinko tällainen syrjintä oikeuttaa perusoikeuksien rajoitusten sallivien rajoitusperiaatteiden täytyessä.

5.2.1 Hyväksyttävä peruste

Kuten aiemmin toin esille, jotta perusoikeuksia voitaisiin rajoittaa, on sekä yleisten että erityisten⁶⁷ rajoitusedellytysten täytyttävä sekä kansallisen lainsäädännön että kansainvälisten sopimusten osalta. Tarkastelen ensimmäiseksi perustuslakiin kirjoitettua vaatimusta hyväksyttävästä syystä: Vaikka syrjintäkielto on eräs keskeisimpiä perusoikeuksista, perustuslaki mahdollistaa kuitenkin ihmisten asettamisen erilaiseen asemaan hyväksyttävän syyn perusteella.⁶⁸ Näihin erilaisiin hyväksyttävyyserusteisiin on myös viitattu oikeuskäytännössä ja verenluovutuskiellon perusteluissa.⁶⁹

Hyväksyttävistä perusteista vahvin lienee vetoaminen luovutetun veren saajien terveyden edistämiseen ja elämän suojeluun, sillä myös oikeus elämään ja terveyden suojelu ovat vahvasti suojattuja perusoikeuksia⁷⁰ Nykyinen luovutuskielto ei kuitenkaan välttämättä johda näiden oikeuksien edistämiseen, vaan se voi jopa heikentää verivalmisteiden turvallisuutta ja vaarantaa niiden riittävän saatavuuden, mikä itsessään loukkaa tätä suojeltavaa oikeutta. Vaikka verenluovutuksen kieltojen perusteluissa painoarvo anne-

67 Kuten PL 6 §:n nimenomainen vaatimus hyväksyttävästä syystä. Rajoitusedellytyksistä ks. kpl. 4.2.

68 Perustuslaki 6 §.

69 Esimerkiksi oikeusasiamies toteaa lausunnossaan, että ”verenluovutuskiellolle on olemassa perustuslaissa tarkoitettu hyväksyttävä peruste” (Oikeusasiamies 2008, s. 1).

70 Mm. KP-sopimus 6. artikla; EIS 2. artikla.

taan nimenomaan riskien minimoinnille, on verenluovutus silti eräänlaista nollasummapeliiä riskien minimoinnin ja luovuttajien määrän maksimoimisen välillä. Vaikka ihmisten terveyden suojeleminen on ensisijainen päämäärä, ei pelkkä sataprosenttinen varmasti puhdas veri auta, mikäli sitä on tarpeeseen nähden liian vähän. Suomessa verivalmisteista on usein pulaa.⁷¹ Toiseksi nykyinen syrjiväksi kritisoitu verenluovutuskäytäntö voi myös todellisuudessa lisätä HIV-positiivisen veren luovutuksen riskiä, sillä luovuttajien kokiessa luovutusrajoitukset syrjiviksi tai ”varotoimenpiteiksi”, he eivät välttämättä noudata niitä niin todennäköisesti kuin kokiessaan rajoitukset mielekkäiksi ja oikeutetuiksi. Esimerkiksi Britanniassa tehty tutkimus osoitti, että myös paikalliset homomiehet olivat luovuttaneet verta, koska he kokivat miesten kanssa seksiä harrastaneiden miesten verenluovutuskäytön vailla todellisuuspohjaa olevaksi syrjinnäksi ja eivät uskoneet itse olevansa HIV-positiivisia (mahdollisesta riskikäyttäytymisestään huolimatta). Haastatteluihin nämä miehet ilmoittivat kuitenkin, että he noudattaisivat syrjivän täyskiellon sijaan perusteltua määräaikaista, aidosti henkilökohtaiseen käytökseen (esimerkiksi uuteen kumppaniin) perustuvaa kieltoa.⁷²

Onkin erittäin kyseenalaista täytyykö esimerkiksi perustuslain rajoitusperusteena oleva vaatimus ”hyväksyttävästä syystä” luovutuskäytön tapauksessa. Ongelmallista tähän perusteeseen vetoamisessa on myös se, etteivät esimerkiksi KP-sopimus tai EIS tunnista muuta poikkeamiseen oikeuttavaa hyväksyttävää perustetta kuin kansallisen hätätilan, joka ei taas näissä olosuhteissa täyty. Lisäksi on huomattava, että vaikka hyväksyttävän syyn edellytyksen katsottaisiinkin täyttyvän, perusoikeuksien rajoittamiselle on oltava perustuslain mukaan muita perusteluja hyväksyttävän syyn lisäksi, koska rajoitusten on oltava välttämättömiä, lakiin perustuvia ja suhteellisuusperiaatteen mukaisia.⁷³ Tarkastelen luovutuskäytön näiden vaatimusten osalta seuraavissa kappaleissa.

71 Helsingin Sanomat: SPR kaipaa lisää säännöllisiä verenluovuttajia. <http://www.hs.fi/kotimaa/SPR+kaipaa+lis%C3%A4%C3%A4s%C3%A4%C3%A4nn%C3%B6llisi%C3%A4+verenluovuttajia/a130556552510>. Vierailupäivä 15.5.2012. Ajantasainen veritilanne on nähtävillä osoitteesta <http://www.veripalvelu.fi/>.

72 SaBTO 2011, s. 50, 51.

73 Perusoikeuksien rajoitusperusteista, ks. kpl. 4.2.

5.2.2 *Lailla säätämisen vaatimus*

Yksi perustuslain ja myös EIS:n vaatima poikkeamisperuste on lailla säätämisen vaatimus. Suomessa verenluovutuksen yleisistä perusteista säädetään veripalvelulaissa, mutta varsinainen miesten välistä seksiä harrastaneiden miesten verenluovutuskielto on nähtävissä vasta Fimean määräyksestä, joka sekkin on kehittynyt SPR:n Veripalvelun käytännön jälkeen. Demokratiaperiaatteen kannalta on arveluttavaa, että tämänkaltainen kielto on kehittynyt lainsäädännön ohjeiden sijaan yksityisoikeudellisen yhteisön – Suomen Punaisen Ristin Veripalvelun – oman käytännön pohjalta, josta se on eduskunnan oikeusasiamiehen huomautuksen jälkeen lisätty Fimean määräykseen.⁷⁴ Kieltoa ei ole kuitenkaan siis vielä kirjattu lain tai asetuksen tasolle. Tämän perusteella vaikuttaa siltä että ainakaan lain hengen mukainen idea siitä, kuinka perusoikeuksien rajoitukset kävisivät läpi lainsäädäntöprosessin (jolloin mm. perustuslakivaliokunnalla on mahdollisuus tarkastella lakia perusoikeusnäkökulmasta) ei nykytilanteessa toteudu.

5.2.3 *Luovutuskielto ja suhteellisuusperiaate*

Kaikista rajoitusperusteista ehkä ongelmallisimmalta vaikuttaa kuitenkin suhteellisuusperiaatteen toteutuminen: Homoilta (ainakin käytännössä) verenluovutuksen estävä kielto on voinut olla perusteltavissa suhteellisuusperiaatteen kannalta HIV:n leviämisen alkuaikoina, jolloin tieteellistä tapaa testata veri infektion varalta ei ollut vielä kehitetty.⁷⁵ Tällä hetkellä tiedossa on kuitenkin useita tapoja, joilla HIV-infektion leviämistä verenluovutuksen välityksellä voidaan tehokkaasti ehkäistä yhdenvertaisuusperiaatetta loukkaamatta – tai ainakin loukaten sitä vähemmän. Käsittelen seuraavaksi kahta tällaista tapaa: kiellon kohdistamista todellisiin riskikäyttäytyjiin sekä teknologisia keinoja testata veri tartunnan varalta.

Ensinnäkin riskiä sille, että verenluovuttaja on HIV-positiivinen, voidaan laskea huomattavasti kohdistamalla verenluovutuksen estävät kiellot tarkoin juuri suurimpaan riskiryhmään. Palatkaamme tämän vuoksi vielä hieman edelliseen kappaleeseen ja sen eri seksuaalisia käyttäytymismalleja erittelevään taulukkokuvaan. Kritisoin jo edellisessä kappaleessa sitä, kuinka

⁷⁴ Ks kpl 4.3.

⁷⁵ Ks. kpl. 3.

miesten välinen seksi aiheuttaa aina pysyvän verenluovutuskIELLON, vaikka tilastotietoa ei ole juurikaan saatavilla siitä, kuinka suuri ei-seksuaalisesti aktiivisista, joskus seksiä miehen kanssa harrastaneista miehistä tai homoista on todennäköisesti HIV-viruksen kantaja. Toinen tilastoista esiin nouseva kritiikin kohde on se, että vaikka tutkimusta on tehty jonkin verran seksuaalisesti aktiivisista homomiehistä, ei tämän ryhmän sisäisiä eroja haluta ottaa verenluovutuskIELLÖSSÄ huomioon.

Useissa tutkimuksissa niin Suomessa kuin ulkomailla on huomattu seksuaalisesti aktiivisten homomiesten ryhmän suuri sisäinen eroavuus: esimerkiksi veripalvelun itse perusteissaan käyttämässä KTL:n tutkimuksessa on selkeästi mainittu, että vaikka HIV -tartuntojen määrä on seksuaalisesti aktiivisten homo (ja bi-)seksuaalisten miesten keskuudessa korkeampi kuin keskimääräisväestössä, ”[v]altaosa [tutkimukseen osallistuneesta] ryhmästä huolehtii turvaseksistä kiitettävällä tavalla, ja suuri osa elää vakituisessa parisuhteessa. Näiden kohdalla hiv-tartunnan riski on matala.”⁷⁶ Britanniassa vuonna 2011 julkaistussa tutkimuksessa verenluovuttajien valinnan kriteereistä on myös todettu, kuinka vuonna 2000 11 161 tutkimukseen osallistuneesta henkilöstä 5,4 % miehistä oli joskus harrastanut seksiä miehen kanssa, ja näistä lähes puolet (44,7 %) oli harrastanut seksiä vain yhden kumppanin kanssa. Tästä ryhmästä taas 52,6 % ei ollut harrastanut seksiä miehen kanssa viimeisen 5 vuoden aikana. Lisäksi 40,1 % miehen kanssa seksiä viimeisten vuoden aikana harrastaneista oli ollut tuona aikana vain yksi kumppani.⁷⁷

Vaikka suoria yleistyksiä ei kotimaisen laajamittaisen tutkimusaineistoin puuttuessa voida tehdä, antavat edellä esitetyt tutkimukset kuitenkin vahvoja viitteitä siitä, että homomiesten sekä seksiä joskus harrastaneiden miesten seksikäyttätymisessä (ja samalla HIV-riskissä) on ryhmän sisällä suuria eroavaisuuksia. Huomattava osa tähän ryhmään kuuluvista elää vakituisissa parisuhteissa, harrastaa seksiä vain harvojen kumppaneiden kanssa (tai on saattanut lopettaa miesten kanssa seksin harrastamisen jo pitkän aikaa sitten) ja huolehtii turvaseksistä. Koska HIV-tartunnan riskiä nostavat sekä suojaamaton seksi että useat partnerit, on näiden henkilöiden riski olla

⁷⁶ KTL 2006, s. 2.

⁷⁷ SaBTO 2011, s. 29.

HIV:n kantajia tai saada tartunta seksin välityksellä matala. Toisaalta tähän ryhmään kuuluu myös miehiä, joiden seksikäyttäytyminen on muun muassa HIV -tartunnan kannalta riskialtista, sillä tartunnan todennäköisyyttä lisäävät suojaamaton anaalivydyntä ja useat vaihtuvat partnerit.⁷⁸ Suhteellisuusperiaatteen kannalta olisikin tärkeää kohdistaa mahdolliset luovutusrajoitukset juuri tähän kaikkein riskiläisimpään ryhmään, esimerkiksi kieltämällä verenluovutus esimerkiksi määräajaksi niiltä, joilla on useita miespuolisia seksikumppaneita tai jotka harrastavat usein suojaamatonta seksiä miesten kanssa.⁷⁹

Suhteellisuusperiaatteen kannalta koko riskiryhmiin perustuva verenluovutuskielto voidaan kyseenalaistaa myös teknologian kehityksen vuoksi. Kuten olen jo aiemmin tuonut esille, ennen tehokkaita HIV:n testausmenetelmiä seksuaaliseen suuntautumiseen perustuva luovutuskielto saattoi olla perusteltavissa. Nykyään kaikki luovutettava veri on kuitenkin aina testattava muun muassa HIV:n varalta. Testit ovat todella luotettavia: käytännössä HIV-infektio ei näy testissä ainoastaan, mikäli näyte on annettu niin sanotun ikkuna-ajan (window period) aikana. Tällöin infektio on vielä niin tuore, ettei sitä voida havaita.⁸⁰ Muun muassa veripalvelun sekä oikeusasiamiehen perusteluissa on viitattu tähän ajanjaksoon perusteena miesten välisen seksin aiheuttamalle luovutuskiehellolle.⁸¹ Näissä perusteluissa ei kuitenkaan mainita on sitä, että tämänhetkisellä testaus teknologialla kyseinen ikkuna-aika on noin 9–15 vuorokautta.⁸² Olipa luovuttajan todennäköisyys olla HIV:n kantaja kuinka korkea tahansa, testi pystyy siis kertomaan käytännössä varmasti, onko henkilöllä HIV-tartuntaa, mikäli tartunnasta on kulunut yli 15 vuorokautta.⁸³ Sekä teknologian kehityksen, että riskiryhmän paremmat rajaamismahdollisuudet huomioon ottaen vaikuttaa siis siltä, että

78 KTL 2006, s. 1.

79 Ks. kpl 7.

80 Wainberg et al. 2010, s. 1322; SaBTO 2011, s. 35.

81 Oikeusasiamies 2008, 1: ”ongelmana on erityisesti se, että hyvin tuoreita infektio tartuntoja ei ole mahdollista todeta laboratoriotutkimuksilla.”; Veripalvelu -nettisivusto: ”Verenluovuttajien valinnalla on edelleen tärkeä merkitys, koska herkinkään testi ei tunnista aivan tuoreita tartuntoja”.

82 SaBTO 2011, s. 235, 36; Wainberg et al. 2010, s.1322.

83 Ks. esim. SaBTO 2011, s. 37: riskiarviossa, jossa on otettu huomioon ikkuna-ajan aikana tehdyt luovutukset sekä myös inhimilliset virheet (kuten verivalmisteiden väärin merkitseminen), Britanniassa 2,5 miljoona luovutusta kohden HIV-positiivisia verivalmisteita pääsisi jakeluun yksi kappale kerran kahdessa vuodessa. Suurin riskitekijä ovat juuri ikkuna-aikana tehdyt luovutukset.

HIV-riskin rajoittaminen verenluovutuksen yhteydessä olisi selkeästi mahdollista (ja luultavasti myös tehokkaampaa) käyttäen muita keinoja, jotka puuttuvat yksilön perusoikeuksiin vähemmän.⁸⁴

5.3 Johtopäätökset: luovutuskielto syrjimättömyysperiaatteen loukkauksena

Olen tässä kappaleessa käsitellyt miesten kanssa seksiä harrastaneiden miesten pysyvää verenluovutuskieltoa syrjimättömyysperiaatteen kannalta ja tullut siihen tulokseen, että kielto on tosiasiasa piilotettua syrjintää sukupuolisen suuntautumisen perusteella ja näin ristiriidassa muun muassa perustuslain takaaman yhdenvertaisuusperiaatteen kanssa. Mielestäni tätä perusoikeuden loukkausta ei voida oikeuttaa, sillä tämän oikeuden rajoituksella ei ole hyväksyttävää perustetta, sitä ei ole kirjoitettu lakiin, eikä se myöskään ole suhteellisuusperiaatteen mukainen. Pelkästään luovuttajien mahdollisesti korkeampaan HIV-riskiin vetoaminen ei siis oikeuta pysyvän kiellon asettamista kaikille miehille, jotka ovat joskus harrastaneet seksiä miehen kanssa, sillä kehittyneet testimenetelmät ja kiellon rajaaminen koskemaan todellisessa korkeamman HIV-riskin omaavien ryhmässä olevia ihmisiä mahdollistavat luovutetun veren HIV-positiivisuusriskin minimoimisen keinoin, jotka eivät olisi syrjiviä. Nykyinen käytäntö voi sen sijaan jopa lisätä riskiä HIV-positiivisen veren joutumisesta vastaanottajalle, koska se voi madaltaa halua noudattaa myös muita luovutusrajoituksia. Testien luotettavuudesta ja riskiarvion tarpeellisuudesta yleisestikin kertoo paljon myös se, että seksi HIV-positiiviseksi todetun henkilön kanssa aiheuttaa luovutuskiellon vain neljäksi kuukaudeksi⁸⁵, kun taas miesten välinen seksi osapuolten HIV-positiivisuudesta riippumatta aiheuttaa aina pysyvän luovutuskiellon. Onkin vaikeaa kuvitella, miksi edes ”riskikäyttäytyvät” homoseksuaalit tulisi asettaa neljää kuukautta pidempään luovutuskieltoon heidän korkeamman HIV-riskinsä takia – kaikista miehen kanssa koskaan seksiä harrastaneista puhumattakaan. Kaiken edellä esitetyn perusteella mielestäni koko miesten kanssa seksiä harrastaneiden miesten luovutuskielto tulisi poistaa, tai vähintään muuttaa määräaikaiseksi (esimerkiksi 4 kuukautta), ja kohdistaa suurimmas-

84 Esimerksi aiemmin esitetty keino rajata luovutuskiellon piiriä koskemaan seksuaalisesti ”riskikäyttäytyviä” (kuten suojaamatonta seksiä useiden kumppaneiden kanssa harrastavia) kumppanin sukupuolesta riippumatta.

85 SPR Veripalvelu 2012 (1): seksi ja sukupuolitaudit.

sa HIV-riskissä oleviin (esimerkiksi suojaamatonta seksiä useiden kumppanien kanssa harrastavat).

6. Luovutuskielto ja biovalta

Olen aiemmissa jaksoissa kritisoinut miesten kanssa seksiä harrastaneiden miesten verenluovutuskieltoa yhdenvertaisuusperiaatteen vastaiseksi. Tässä kappaleessa pyrin vastaamaan kysymykseen, miksi tämänkaltainen kielto on silti yhä voimassa. Tarjoan yhden mahdollisen vastauksen tähän kysymykseen tarkastelemalla sitä yhteiskuntateoreettisesti Foucault'n biovallan käsitteen kautta.

6.1. Biovalta ja homot

Kuten tämän artikkelin alussa toin esille, biovallalla tarkoitetaan vallankäytön keinoa, jolla ihmisiä pyritään hallitsemaan ja samaan heidät sisäistämään annetut normit käyttämällä hyväksi tieteellistä argumentointia ja diskurssia. Vallan käyttö ikään kuin naamioidaan tässä prosessissa ”objektiivisen” tieteellisen tiedon taakse, ja sen noudattamista perustellaan mm. yhteisön tai yksilöiden omalla hyvinvoinnilla.⁸⁶

Aloitan tarkastelun arvioimalla biovallan suhdetta homoihin. Kuten jo aiemmassa kappaleessa toin esille, biovalta pyrkii tekemään yhteiskunnan biologisesta säilymisestä poliittisen kysymyksen. Lisäksi biovalta pyrkii saamaan yhteiskunnan jäsenet sisäistämään annetut yhteiset normit omiksi sisäisiksi normeikseen.⁸⁷ Homoseksuaalien voidaan katsoa näyttäytyvän tältä kannalta katsottuna uhkana: homoseksuaalit eivät ensinnäkään pysty lisääntymään keskenään, joten he uhkaavat yhteiskunnan biologista jatkuvuutta ja tuottavuutta. Toisaalta homot myös haastavat yhteiskunnan yleisesti hyväksytyt normit muun muassa parisuhteesta, perheestä ja avioliitosta. Koska vallankäyttäjien intressissä on pyrkiä poistamaan tai eristämään yhteiskunnasta yhteiskunnallisina anomaliaina näyttäytyvät yksilöt, voidaan homojen syrjintä nähdä tässä tapauksessa vallankäyttäjien intressien mukaisena.

86 Ks. kpl. 2.

87 Ks. kpl. 2.

6.2. Diskurssi vallankäytön välineenä

Yritys legitimoida biovallan avulla homojen oikeuksien kaventaminen voidaan nähdä aiheesta käydyissä diskursseissa, sillä homojen luovutuskiellon syrjivyyttä pyritään perustelemaan ”objektiivisilla” tilastoilla ja vetoamalla ”asiantuntijoiden” mielipiteisiin sekä erilaisiin tutkimuksiin, joita käytetään valikoiden tukemaan haluttua päätelmää.

Tieteellisen tiedon lisäksi syrjintää pyritään oikeuttamaan myös vetoamalla ihmisoikeusdiskurssiin eli verenluovutuskieltoa perustellaan vetoamalla erityisesti verensääjien oikeuteen saada puhdasta verta. Tämä ja samanaikainen kansanterveyden suojeleminen nostetaan ylimmäksi suojeltavaksi hyväksi, jota uhkaavat homojen oikeudet tasa-arvoiseen kohteluun.⁸⁸ Mielenkiintoista tässä on se, kuinka kiellon kannattajissa keskitytään nostamaan esille veren *puhtaus* sen sijaan että huomioon otettaisiin myös verensääjien oikeus saada *riittävä määrä* verta, jota epätasa-arvoinen verenluovutuskielto uhkaa pienentämällä potentiaalisten luovuttajien määrää. Lisäksi, kuten jo aiemmin toin esille, nykyinen luovutuskielto voi myös vaarantaa itse veren puhtauden. Tätä diskurssia vahvistaa vielä se, kuinka luovutuskiellon perusteissa vedotaan näennäisesti homojen ”riskikäyttäytymiseen”, eikä seksuaaliseen suuntautumiseen – miesten kanssa seksiä harrastaneet miehet ovat ikään kuin omilla tahallisilla teoillaan vaarantaneet terveytensä ja heidän yhdenvertainen kohtelunsa saattaisi myös kaikki muut yhteiskunnan jäsenet vaaraan. Näin homot joutuvat ikään kuin kahtaalta tulevan alistavan diskurssin kohteeksi: homot halutaan sulkea pois heidän homoutensa perusteella⁸⁹ ja tätä perustellaan heidän tietoisesti valitulla käyttäytymisellään.

Tämä näkyy hyvin myös siinä, kuinka homojen ja seksiä joskus miehen kanssa harrastaneiden miesten ryhmien sisäisiä ryhmiä, joilla on erilainen seksikäyttäytyminen, ei haluta erotella. Lopputuloksena joudutaan ikään kuin kehäpäätelmään, jossa riippumatta yksilön omasta henkilökohtaisesta käytöksestä, seksiä miehen kanssa harrastanut mies ensin niputetaan korke-

88 Esimerkiksi eduskunnan oikeusasiamies ja SRP vetoavat kansanterveyden suojeleluun perustellessaan luovutuskieltoa.

89 Kuten toin aiemmassa kappaleessa esille, homot ryhmänä ovat verenluovutuskiellon ensisijainen kohde, joihin kohdistuvaa syrjintää on pyritään naamioimaan ulottamalla kielto myös muihin ryhmiin.

an HIV-riskin ”riskikäyttäytyjien” kanssa samaan ryhmään, ja tämän jälkeen hänen asettamistaan eriarvoiseen asemaan voidaan perustella hänen omalla riskikäyttäytymisellään. Ihmisiä siis siirretään diskurssin avulla hänen heteronormin vastaisen käyttäytymisensä takia ”turvallisen seksuaalikäyttäytymisen ja matalan HIV-riskin” ryhmästä ”moitittavan seksuaalikäyttäytymisensä takia korkean HIV-riskin” ryhmään. Normista poikkeava käytös (miesten välinen seksi) siis ikään kuin ”merkitsee” ihmisen diskursiivisella tasolla ja tämä merkintä toimii puolestaan oikeutuksena eriarvoiselle kohTELulle ja oikeuksien loukkaamiselle. Tämä tuo mielestäni esiin hyvin biovallan ja diskurssin merkityksellisen yhteyden: diskurssi merkitsee ihmiset, joihin biovalta ”tarttuu” ja mahdollistaa tieteellisiin keinojen avulla näiden ihmisten alistamisen vallankäytön normeihin.

7. Yhteenveto

Olen tässä artikkelissa tarkastellut miesten välistä seksiä harrastaneiden miesten verenluovutuskieltoa oikeudellisesta ja yhteiskunnallisesta näkökulmasta. Oikeudelliselta kanalta olen analysoinut kieltoa etupäässä Suomen perustuslain, mutta myös EU-oikeuden ja kansainvälisten sopimusten valossa ja päätyntä pitämään luovutuskieltoa piilotettuna syrjintänä sukupuolisen suuntautumisen perusteella, eikä sitä voida oikeuttaa, sillä perusoikeuksien rajoittamiseen oikeuttavat rajoitusperiaatteet eivät tapauksessa täyty. Yhteiskunnallisten teorioiden kannalta tarkastelin asiaa biovallan avulla ja tutkin sitä, kuinka terveyteen vetoavalla tieteellisellä diskurssilla on tässä tapauksessa ollut mahdollista syrjiä yhteiskunnan normit haastavia yksilöitä (homoseksuaaleja) ja vaikuttaa käsityksiin homojen käyttäytymisestä ja yhteiskunnallisesta asemasta. Tässä kappaleessa käsittelem lopuksi hieman verenluovutuskiellon mahdollisia vaikutuksia sekä tulevaisuuden näkymiä.

Syrjivän luovutuskiellon poistolla voi olla monia positiivisia vaikutuksia: Verenluovutuskiellon poistaminen auttaisi turvaamaan riittävän ja turvallisen veren saannin, sillä se laajentaisi mahdollisten luovuttajien joukkoa ja auttaisi näin takaamaan riittävän luovutetun veren saannin. Verenluovuttajien määrä voisi lisääntyä myös tähän ryhmään kuulumattomien keskuudessa, sillä muutos voisi parantaa veripalvelun imagoa, jolloin sitä ei enää syytettäisi syrjinnästä tai homovastaisuudesta. Myös luovutetun veren riskit

on mahdollista pitää alhaalla kieltoa muuttamalla. Vaikka riski siitä, että HIV -positiivista verta joutuisi vastaanottajille on jo nyt kehittyneiden testien vuoksi todella pieni, voitaisiin riskiä vieläkin pienentää kohdentamalla kiello todellisiin riskikäyttäytyjiin sekä niin sanottuna ikkuna-ajan aikana seksiä harrastaneisiin. Kuten jo aiemmin esitin, voi tämä myös itsessään lisätä verivalmisteiden turvallisuutta. Kiellon poistolla olisi myös positiivisia yhteiskunnallisia vaikutuksia homo- ja bi-miesten oikeuksiin, sillä se lähettäisi positiivisen signaalin poliittisesta tahdosta edistää yhdenvertaisuutta seksuaalisesta suuntautumisesta riippumatta. Kiellon poisto voisi myös vaikuttaa positiivisesti muun muassa turvaseksin tärkeyden korostamiseen, sillä se edustaisi ajatusta, jonka mukaan esimerkiksi HIV-tartunnoilta voi suojautua tehokkaasti myös homoseksuaalisissa suhteissa.⁹⁰

Vaikka luovutuskieltoja on ollut vuosikymmeniä voimassa monissa länsimaissa, on jotain toiveita mahdollisista muutoksista kuitenkin ilmassa. Miesten kanssa seksiä harrastaneiden miesten verenluovutuskielet kohtaavat nykyajan ihmis- ja perusoikeuspainotteisissa diskursseissa yhä enemmän vastarintaa. Vaikka monin paikoin kritiikkiä ei ole otettu huomioon, on myös muutoksia nähty: askel perusoikeusmyönteisempään suuntaan tapahtui vuoden 2011 elokuussa, kun Euroopan komissio vastauksessaan erään EU-parlamentaarikon kysymykseen miesten kanssa seksiä harrastaneiden miesten verenluovutuskielestä muistutti jäsenmaita siitä, että EU:n verenluovutusdirektiivin mainitsema seksuaalinen käyttäytyminen on käsitteenä erotettava seksuaalisesta suuntautumisesta. Samalla komissio muistutti jäsenmaita myös Euroopan unionin perusoikeuskirjan ja erityisesti sen 21 artiklan syrjintäkiellon velvoittavuudesta.⁹¹ Tämä aiheutti muutoksen Britanniassa, missä vuoden 2011 syksyllä – kattavan seksuaalista käyttäytymistä koskevien verenluovutuskriteerejä koskevan selvityksen julkaisun jälkeen – seksiä miesten kanssa harrastaneiden miesten luovutuskielto muutettiin 12 kuukauden väliaikaiseksi kielloksi viimeisimmästä seksikontaktista.⁹² Lisäksi komissio on asettanut työryhmän selvittämään eurooppalaisia verenluovutusikäytäntöjä ja niiden mahdollista muuttamista muun muassa miesten kanssa seksiä harrastaneiden miesten verenluovutuskieillon osalta⁹³, joten on mahdollista että kieltoa tullaan arvioimaan uudelleen muuallakin Euroopassa.

90 SaBTO 2011, s. 43.

91 Euroopan komissio: Vastaus parlamentaarikon kysymykseen, 2011.

92 Give blood - England and North Wales -nettisivusto.

93 SPR Veripalvelu (2): Miksi miesten välinen seksi estää verenluovuttamisen?

Lähteet

Elektroniset lähteet

Terveyskirjasto: HIV-tartunta – nettisivusto, http://www.terveyskirjasto.fi/terveyskirjasto/tk.koti?p_artikkeli=tes00009, vierailupäivä 16.5.2012.

Give blood England and North Wales- nettisivusto: Why men who have sex with men are deferred from blood donation for 12 months, <http://www.blood.co.uk/can-i-give-blood/exclusion/>, vierailupäivä 16.5.2012.

Ojanen & Scheinin 2011: Yhdenvertaisuus ja syrjinnän kielto PL 6 §, teoksessa Hallberg et al 2011: Perusoikeudet kpl. III 2. Syrjinnän kielto PL 6§, <http://onlinepalvelu.sanomapro.fi/libproxy.helsinki.fi/?prevpos=pe111.9484&page=selain&ts=jo&pos=pe111.9880&offset=0.0>, vierailupäivä 1.10.2012.

Suomen Punainen Risti (SPR) Veripalvelu (1) : Seksi ja sukupuolitaudit, <http://www.veripalvelu.fi/www/1033>. vierailupäivä 15.5.2012.

Suomen Punainen Risti (SPR) Veripalvelu (2): Miksi miesten välinen seksi estää verenluovutuksen, <http://www.veripalvelu.fi/www/2051>. vierailupäivä 1.5.2012.

Viljanen 2011: Perusoikeuksien rajoittaminen, teoksessa Hallberg et al 2011: Perusoikeudet, kpl. II 3. Perusoikeuksien rajoittaminen, <http://onlinepalvelu.sanomapro.fi/libproxy.helsinki.fi/?prevpos=pe111.9484&page=selain&ts=jo&pos=pe111.9880&offset=0.0>, vierailupäivä 1.10.2012.

Kirjalliset lähteet

Advisory Committee on the Safety of Blood, Tissue and Organs (SaBTO) 2011: Donor Selection Criteria Review (April 2011).

Foucault 1978 a: The history of sexuality. An introduction. Volume 1. New York: Vintage Books. Teoksessa *Hänninen & Karjalainen 1997*: Biovallon kysymyksiä, kirjoituksia köyhyyden ja sosiaalisten uhkien hallinnoimisesta. Gaudeamus, Tampere.

Foucault 1978 b: Precitazioni sul potere. Risposta ad alcuni critici. P. Paquinon tekemä haastattelu. Aut aut 167–168. Teoksessa *Hänninen & Karjalainen 1997*: Biovallon kysymyksiä, kirjoituksia köyhyyden ja sosiaalisten uhkien hallinnoimisesta. Gaudeamus, Tampere.

Foucault 1975: Surveiller et punir, naissance de la prison. Paris, Gallimard.

Foucault 1976: *The History of Sexuality, vol. 1. London, Penguin*. Teoksessa *Munro 2003*: On power and domination, Feminish and the final Foucault. European journal of political theory, 2:79.

Foucault, 1994, lainattu teoksessa T. Kelly 1994: Critique and Power: Recasting the Foucault/Habermas Debate, s. 31. Cambridge, MA, MIT Press.

Foucault, 1990: The history of sexuality, Volume 1. New York: Vintage Books.

Gledhill 2005: The Power Of Ethnic Nationalism: Foucault 'S Bio-Power and the Development of Ethnic Nationalism in Eastern Europe. Julkaistu: National Identities vol. 7 No.4., 12/2005, 347–368.

Hänninen & Karjalainen 1997: Biovallan kysymyksiä, kirjoituksia köyhyyden ja sosiaalisten uhkien hallinnoimisesta. Gaudeamus, Tampere.

Keogh 2008: How to be a healthy homosexual: HIV health promotion and the social regulation of gay men in the United Kingdom. Journal of Homosexuality, 55:4, 581–605.

Munro 2003: On power and domination, Feminish and the final Foucault. European journal of political theory, 2:79.

Wainberg, Shouldiner, Dahl & Gilmore 2010: Reconsidering the lifetime deferral of blood donation by men who have sex with men. Julkaistu: CMAJ (Canadian Medical Association or it's licensors) 7.9.2011, 182(12). 1321–1324.

Lait ja viranomaislähteet

Kotimaiset

Eduskunnan oikeusasiamies 2008: Miesten välinen seksi on pysyvä este verenluovutukselle. 30.6.2008.

Lääkelaitos (Fimea) 2008: Veren ja sen osien tekniset laatu- ja turvallisuusvaatimukset. Määräys 1/2008 (LL Dnro 7097/0.6.1./2008. 31.12.2008.

Kansanterveyslaitos 2006: Miesten väliseen seksiin liittyvä kyselytutkimus ja hiv-esiintyvyyss-kartoitus. 20.6.2006.

Terveyden ja Hyvinvoinnin laitos, 2012: HIV Suomessa - HIV i Finland.

Ulkomaiset

Euroopan ihmisoikeustuomioistuin, CRESCIMONE 2002: Cour Européenne des droits de l'homme quatrième section decision finale sur la recevabilité de la requête n.49824/99 présentée par Rosaria Crescimone contre l'Italie.

Euroopan ihmisoikeustuomioistuin FARANDA 2002: Cour Européenne des droits de l'homme quatrième section decision finale sur la recevabilité de la requête n.49824/99 présentée par Guglielmo Faranda contre l'Italie.

Euroopan ihmisoikeustuomioistuin TOSTO 2002: Cour Européenne des droits de l'homme quatrième section decision finale sur la recevabilité de la requête n.49824/99 présentée par Francesco Tosto contre l'Italie.

Euroopan komission direktiivi 2004: Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2002/98/EY täytäntöönpanosta veren ja sen komponenttien tiettyjen teknisten vaatimusten osalta.

Euroopan komissio 2011: Vastaus EU-parlamentaarikon kysymyksiin 17.4.2011. E-006484/2011.

Euroopan neuvosto 1998: Neuvoston suositus veren ja veriplasman luovuttajien soveltuvuudesta sekä luovutetun veren seulonnasta Euroopan yhteisössä (98/463/EY, EYVL L 203, 21.7.1998).

Confidentiality of Electronic Medical Records

Keywords: medical law, protection of privacy, data protection, confidentiality, medical records

Janne Valo

English Abstract

The article discusses the confidentiality of medical records especially regarding electronic medical records (EMRs) in Finland. During the past few years there have been dozens of cases where medical records have been accessed without authorization and the patients' privacy has been breached. Although the Finnish data protection legislation confines access to records only to those taking part in the treatment, much wider access is granted in practice. The article presents the principles of confidentiality of medical records and the protection of privacy and discusses the current state of legislation and the major problems regarding the privacy breaches. Special notice is paid to the possible ways of enforcing the current legislation and holding the registrars liable.

Full Article in Finnish

Potilastietojen salassapito potilastietojärjestelmien kanalta

Asiasanat: lääkintäoikeus, yksilönsuoja, tietosuoja, salassapitovelvollisuus, potilastiedot

1 Johdanto

Potilastiedot ovat olennaisen tärkeitä terveydenhuollossa asianmukaisen hoidon järjestämiseksi ja hoidon jatkuvuuden varmistamiseksi. Myös terveydentilaa koskevien tietojen salassapito on ensiarvoisen tärkeää, sillä nämä tiedot voidaan hyvällä syyllä nähdä erilaisista arkaluonteisista ja salassapidettävistä tiedoista kaikkein henkilökohtaisimmiksi. Terveydentilaa koskevat tiedot tunnustetaankin arkaluonteisiksi käytännössä maailmanlaajuisesti kontekstista riippumatta, vaikka laajemman yksityisyyden suojan sisällössä

onkin kulttuureittain eroavaisuuksia.¹ Potilastietojen salassapito ja hoitosuhteen luottamuksellisuus ovat molemmat lääkäri-potilassuhteen kulmakiviä ja sisältyvät eettisen periaatteen tasolla myös alkuperäiseen Hippokrateen valaan.² On toimivan hoitosuhteen kannalta välttämätöntä, että potilas voi turvallisin mielin kertoa lääkärille arkaluonteisiakin asioita ja luottaa siihen, että nämä pysyvät salassa.³ Omalta osaltaan potilastietojen ja luottamuksellisen hoitosuhteen suojan vahvuudesta kertoo myös se, ettei lääkäri oikeudenkäymiskaaren (4/1734) 17 luvun 23 §:n mukaan lähtökohtaisesti saa oikeudenkäynnissä paljastaa ilman suostumusta potilasta koskevia tietoja törkeitä rikosepäilyjä lukuunottamatta.

Potilastiedot ovat tärkeitä paitsi potilaan hoidon, turvallisuuden ja oikeusturvan myös hoitohenkilökunnan oikeusturvan vuoksi, sillä potilasasiakirjoilla on merkittävä rooli terveydenhuollon ammattihenkilöiden menettelyn asianmukaisuuden tarkastelussa ja mahdollisten potilasvahinkojen selvittämisessä.⁴ Tilanteita arvioidaan jälkikäteen, joten on molempien osapuolten kannalta tärkeää, että potilasasiakirjoista saa selkeän ja täsmällisen kuvan hoidon etenemisestä ja potilaan terveydentilan kehittymisestä. Laki potilaan asemasta ja oikeuksista (785/1992, jäljempänä potilaslaki) velvoittaaakin 12 §:ssä terveydenhuollon ammattihenkilöt kirjaamaan potilasasiakirjoihin hoidon järjestämisen, suunnittelun, toteuttamisen ja seurannan turvaamiseksi tarpeelliset tiedot. Potilaalla on oikeus kieltäytyä hoidosta, mutta silloinkaan hänellä ei ole oikeutta kieltää terveydentilaansa koskevien tietojen kirjaamista potilasasiakirjoihin.⁵ Sosiaali- ja terveystieteiden ministeriö on antanut lisäksi kirjaamisvelvoitetta täsmentämään asetuksen potilasasiakirjoista (298/2009, jäljempänä potilasasiakirja-asetus), jossa säännellään tarkemmin muun muassa potilasasiakirjojen laatimista ja säilyttämistä.

Potilastietojen salassapidon merkitys on korostunut sitä mukaa, kun tietojen säilyttämisessä on siirrytty paperiarkistoista sähköisiin tietojärjestelmiin

1 Bygrave 2002, s. 132.

2 Suomen Lääkäriliitto: Hippokrateen vala: <http://www.laakariliitto.fi/etiikka/hippokrates.html>, vierailupäivä 22.10.2012.

3 HE 185/1991 vp., Yksityiskohtaiset perustelut, 13 §.

4 Lohiniva-Kerkelä 2007, s. 140, ks. myös esimerkiksi Potilasvakuutuskeskuksen Internet-sivujen Selvitysten hankkiminen-osio: http://www.pvk.fi/www/page/pvk_www_2336, vierailupäivä 22.10.2012.

5 Lehtonen 2002, s. 261.

ja hoito on keskittynyt aiempaa suurempiin yksiköihin.⁶ Nykyisin tietoihin pääsee käsiksi entistä suurempi joukko henkilöitä entistä helpommin ja nopeammin, mikä yhtäältä auttaa hoidon järjestämisessä, mutta toisaalta tuo mukanaan myös riskejä potilaiden yksityisyyden suojan kannalta. Kehitys johtaa kohti entistä laajempia tietovarastoja⁷, joista on kiistattomasti hyötyä: kun potilaan tarvittavat tiedot ovat saatavilla keskitetysti riippumatta siitä, missä terveydenhuollon toimintayksikössä hän on käynyt, voidaan esimerkiksi välttää päällekkäisten laboratoriotestien teettämistä. Kattavammat tiedot auttavat myös muodostamaan paremman kokonaiskuvan potilaan terveydentilasta. Näitä etuja on tavoiteltu terveydenhuoltolain (1326/2010) 9 §:llä, jonka mukaan sairaanhoitopiirin kuntayhtymän alueen perusterveydenhuollon ja erikoissairaanhoidon potilasasiakirjat muodostavat yhteisen potilasrekisterin. Näin ollen sairaanhoitopiirin eri toimintayksiköt voivat hyödyntää samoja potilastietoja myös ilman potilaan nimenomaista suostumusta. Tietojen hyödyntäminen pykälän ulkopuolelle jäävissä tapauksissakin olisi lainsäädännön puolesta mahdollista, sillä potilaslaki mahdollistaa tietojen luovuttaminen potilaan suostumuksella eri yksiköiden välillä, mutta käytännössä tietojen luovuttaminen kangertele.⁸ Terveyden ja hyvinvoinnin laitos onkin ilmaissut huolensa siitä, ettei potilastietojen välittäminen organisaatioiden välillä toimi ja perustuu edelleen monin paikoin paperisten potilastietojen faksaamiseen.⁹

Henkilöiden terveydentilaa koskevia tietoja kerätään lukuisiin erilaisiin rekistereihin, jotka Lasse Lehtonen jakaa väitöskirjassaan viiteen eri tyyppiin: 1) tilastointia, tutkimusta ja hallinnon sisäistä suunnittelua varten kootut rekisterit, 2) hoidon rahoittamista, rahankäytön valvontaa ja toimintojen ohjausta varten kootut rekisterit, 3) potilaan tarvitsemien sosiaalisten etuuskien hallinnointia varten kootut rekisterit, 4) rekisterit, joiden tarkoituksena on valvoa tai arvioida yksilöä ja 5) hoitoa varten suunnitellut rekisterit.¹⁰ Artikkelissa käsittelen viimeksi mainittuja, hoitoa varten suunniteltuja, eri

6 Maioli – Rabito 2008, s. 240–242.

7 Ks. esim. HS 7.5.2012: Pääkaupunkiseudulle tulee yhteinen potilastietojärjestelmä: <http://www.hs.fi/kotimaa/P%C3%A4%C3%A4kaupunkiseudulle+tulee+yhteinen+potilastietoj%C3%A4rjestelm%C3%A4/a1305561518964>, vierailupäivä 21.10.2012.

8 Hyppönen – Winblad – Reponen – Lääveri – Vänskä 2012, s. 37.

9 THL: Organisaatioiden välinen potilastieto ei ole vielä kattavasti saatavilla kaikkialla Suomessa: http://www.thl.fi/fi_FI/web/fi/uutinen?id=28762, vierailupäivä 21.10.2012.

10 Lehtonen 2001, s. 255.

hoitolaitosten ylläpitämiä potilasrekistereitä ja niihin sisältyvien tietojen salassapitoa. Aluksi käyn läpi yksityisyyden suojaa ja henkilötietojen suojaa yleisemmin, jonka jälkeen käsittelen potilastietojen suojaa, tietosuojan sääntelyä sekä potilastietojen salassapitoa koskevia säännöksiä ja aiheeseen liittyviä keskeisimpiä ongelmia. Näitä ovat tietojärjestelmät, jotka eivät täytä lainsäädännön vaatimuksia sekä käyttäjille annetut liian laajat käyttöoikeudet, jotka mahdollistavat potilastietojen tarkastelun myös silloin, kun käyttäjän ja potilaan välillä ei ole hoitosuhdetta. Lopuksi tarkastelen lyhyesti salassapitoon liittyvää rikosoikeudellista vastuuta ja potilastietojärjestelmien kehittämiseen liittyviä kansallisia hankkeita sekä mahdollisia tapoja puuttua ongelmiin.

2 Yksityisyyden ja henkilötietojen suoja perusoikeutena

Potilasasiakirjojen luottamuksellisuuden ja muiden henkilötietojen suojan taustalla on yksityiselämän suojan periaate, joka Suomessa ilmenee perustuslain 10 §:stä. Yksityiselämän suoja taataan myös useissa kansainvälisissä sopimuksissa, jotka Suomi on ratifoinut. Näistä yksi tärkeimmistä – muun muassa yksilövalitusjärjestelmänsä vuoksi – on Euroopan neuvoston ihmisoikeussopimus (EIS), jonka 8 artiklan mukaan jokaisella on oikeus yksityis- ja perhe-elämän kunnioitukseen.

Perustuslain 10 §:n 1 momentin mukaan jokaisen yksityiselämä, kunnia ja kotirauha on suojattu, ja henkilötietojen suojasta säädetään tarkemmin lailla. Yksityiselämän käsitettä ei pykälän yhteydessä ole määritelty, mutta esitöiden mukaan se voidaan perustuslain yhteydessä ymmärtää laajasti, henkilön yksityistä piiriä koskevana yläkäsitteenä.¹¹ Yksityiselämän käsitteeseen liittyy läheisesti myös yksityisyyden käsite, joka monesti nähdään yksityiselämän suojaa laajempana. Toisaalta termejä on toisinaan myös käytetty toistensa synonyymeinä¹², ja esimerkiksi henkilötietolain (523/1999) 1 §:n mukaan lain tarkoituksena on toteuttaa yksityiselämän suojaa ja muita yksityisyyden suojaa turvaavia perusoikeuksia.

11 HE 309/1993 vp., Yksityiskohtaiset perustelut, kohta 1.1, 8 §.

12 Viljanen 1999, s. 336.

Yksityisyyden käsitteen määritelmät vaihtelevat laajuuden osalta. Lasse Lehtosen mukaan yksityisyys on ennen kaikkea yksilön oikeutta pitää itseään koskevat asiat omana tietonaan ja poissa toisten ulottuvilta.¹³ Määritelmä on täsmällinen ja sopiikin hyvin erityisesti yksityisyyden suojan tarkasteluun tietosuojaan liittyvissä kysymyksissä – kyse on juuri tietojen pitämisestä pois muiden ulottuvilta. Sami Mahkosen mukaan taas yksityisyyden käsitteellä on lukuisia merkityksiä, joista yhden sisältönä on itseään koskevan tiedon kontrollointi. Toisaalta Mahkosen yksityisyyden käsite on kokonaisuudessaan laajempi ja sisältää myös esimerkiksi sosiaaliseen kanssakäymiseen ja läheisyysuhteiden sääntelyyn liittyviä osa-alueita.¹⁴

Yksityisyys ja sen suoja näyttäytyvät eri tavoin eri tilanteissa¹⁵, mutta kiistatonta on, että terveydentilaa koskevat tiedot sijoittuvat yksityisyyden suojan ytimeen kulttuurista riippumatta ja yksityisyyden suojan tarve on korostunein arkaluonteisten, kuten terveydentilaa koskevien, tietojen osalta. Terveydentilaa koskeviin tietoihin liittyy myös lukuisia erityispiirteitä, jotka tuovat haasteita yksityisyyden suojan määrittämiselle ja toteuttamiselle: esimerkiksi jo pelkkä tietyn lääkärin vastaanotolla tai tietyllä klinikalla käynti saattaa paljastaa henkilöstä hänen terveydentilaansa liittyviä tietoja yksityisyyttä loukkaavalla tavalla.¹⁶

Perustuslain 10 §:n 1 momentin toinen virke sisältää henkilötietoja koskevan sääntelyvarauksen, jonka mukaan henkilötietojen suojasta säädetään tarkemmin lailla. Hallitusmuodon, jossa pykälä oli samansisältöisenä, esitöiden mukaan tällä ei viitata ainoastaan silloiseen henkilörekisterilakiin vaan yleisemmin lainsäädännöllisiin järjestelyihin henkilötietojen suojaamiseksi¹⁷. Potilastietojen suojaa koskeekin jäljempänä käsiteltävällä tavalla usean lain kokonaisuus. Henkilötietolain esitöiden mukaan nykyisellä lainsäädännöllä pyritään estämään nimenomaan ennakoitua henkilötietojen väärinkäytöstä johtuvat yksityisyyden suojan loukkaukset. Aiemmin suoja nojasi ensisijaisesti rikosoikeudellisen vastuun uhkaan ja jälkikäteiseen arviointiin.¹⁸

13 Lehtonen 2001, s. 195.

14 Mahkonen 1997, s. 16.

15 Lehtonen 2001, s. 191–192 ja Korhonen 2003, s. 75.

16 Lehtonen 2001, s. 253.

17 HE 309/1993 vp., Yksityiskohtaiset perustelut, kohta 1.1, 8 §.

18 HE 96/1998 vp., Yleisperustelut, kohta 1.

3 Tietosuoja sääntely

3.1 Sääntelyn kehitys tietotekniikan kehityksen mukana

Tietosuojalainsäädännön kehitys on suurelta osin linkittynyt tietotekniikan kehitykseen: keskustelu tietosuojakysymyksistä ja sen seurauksena myös lainsäädännön kehitys alkoi pääasiassa länsimaissa 1960- ja 1970-luvuilla.¹⁹ Tietotekniikan edelleen jatkuva kehitys on antanut yhä useammalle toimijalle mahdollisuuksia kerätä aiempaa enemmän tietoa ja yhdistellä eri lähteistä kerättyä tietoa helpommin ja laajemmin. Tiedon kerääminen onkin herättänyt viime vuosina keskustelua erityisesti yksityisten toimijoiden ja sosiaalisen median palveluiden osalta, ja sääntelyä onkin kehityksen myötä pyritty päivittämään ja täsmentämään. Vastaava kehityssuunta on nähtävissä myös terveydenhuollon sisällä: potilaista kerätään yhä enemmän ja laajemmin tietoa.²⁰ Tietosuoja koskevan kotimaisen lainsäädännön taustalla on myös ylikansallista sääntelyä, erityisesti Euroopan neuvoston tietosuoja-sopimus²¹ ja EU:n henkilötietodirektiivi²².

Tietosuojalainsäädännön kehittymiseen yksityisyyden suojan kannalta on vaikuttanut myös perusoikeuksien entistä suurempi merkitys ja rooli, erityisesti vuoden 1995 perusoikeusuudistuksen jälkeen.²³ Vastaavaa kehitystä perusoikeuksien merkityksen kasvun osalta on tapahtunut myös ylikansallisesti: esimerkiksi Euroopan neuvoston ihmisoikeussopimuksen 8 artiklan ja YK:n kansalaisoikeuksia ja poliittisia oikeuksia koskevan yleissopimuksen yksityisyyden suojaa koskevan 17 artiklan onkin tulkittu vaativan myös tietosuojaan turvaamista lainsäädännössä.²⁴

3.2 Tietoturvallisuus ja hyvä tiedonhallintatapa

Tietoturvallisuus on tietosuojaan rinnakkaiskäsite ja se voidaan määritellä osa-alueidensa perusteella niin, että se tarkoittaa tilaa, jossa tiedon ja siihen

19 Bygrave 2002, s. 94–97.

20 Etzioni 1999, s. 15.

21 Yleissopimus yksilöiden suojelusta henkilötietojen automaattisessa tietojenkäsittelyssä (SopS 36/1992).

22 Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 95/46/EY yksilöiden suojelusta henkilötietojen käsittelyssä ja näiden tietojen vapaasta liikkuvuudesta, annettu 24.10.1995.

23 Karapuu – Jyränki 1999, s. 75–79.

24 Bygrave 2002, s. 116–117.

liittyvän tietojenkäsittelyn käytettävyys, eheys, aitous ja luottamuksellisuus on turvattu optimaalisella tavalla huomioiden eri tilanteiden vaatimukset.²⁵ Perinteisesti tietoturvallisuus on tarkoittanut ensisijaisesti luottamuksellisten tietojen suojaamista ja siihen tähtäviä käytännön toimenpiteitä.²⁶ Tämä kuitenkin helposti yksinkertaistaa tietoturvallisuuden pelkiksi pääsyä kontrolloiviksi osatekijöiksi kuten salasanoiksi ja palomuuereiksi sen sijaan, että tietoturvallisuus käsitettäisiin laajempaan periaatteeseen ja kokonaisuutena. Informaatioteknologian merkityksen kasvu ja teknologiariippuvuus ovatkin johtaneet Tuomas Pöystin mukaan siihen, että tietoturvallisuus on noussut nimenomaiseksi oikeusperiaatteeksi, jonka tulisi vaikuttaa taustalla laajemminkin kuin vain henkilötietojen suojaan liittyen.²⁷

Yhtenä osana tietoturvallisuutta ja hyvää tiedonhallintatapaa on myös rekisterinpitäjien toiminta-tapojen jatkuva kehittäminen.²⁸ Tekniikan kehittyessä aiemmin esimerkiksi korkeiden kustannusten vuoksi mahdollottomat suojaus-tavat voivat tulla yleisiksi ja käyttökelpoisiksi, jolloin rekisterinpitäjien tulisi muuttaa toimintatapojaan ja parantaa tältä osin järjestelmiään. Hyvästä tiedonhallintatavasta antaa osviittaa viranomaisten toiminnan julkisuudesta annetun lain (621/1999, jäljempänä julkisuuslaki) 18 § ja erityisesti sen 1 momentin 4 ja 5 kohdat. Pykälä ei sisällä yksityiskohtaisia säännöksiä siitä, mitä hyvään tiedonhallintatapaan kuuluu, vaan sen täsmällisempi sisältö on tarkoituksella jätetty määräytyväksi ajan ja eri tilanteiden mukaan. Lain esitöiden mukaan hyvään tiedonhallintatapaan kuitenkin kuuluu muun muassa se, että salassapidettävien asiakirjojen käsittely sujuu kaikissa vaiheissa niin, että ulkopuoliset eivät voi saada niistä tietoja.²⁹

3.3 Tietojen laadun merkitys tietoturvallisuuden tasolle

Tietojen suojaaminen paremmin tarkoittaa yleisesti ottaen enemmän kustannuksia ja vaivaa verrattuna heikompaan suojaan. Lähtökohtana onkin eräänlainen suhteellisuusperiaatteen sovellus: mitä arkaluonteisempia tiedot ovat, sitä paremmin ne tulee suojata.³⁰ Arkaluonteisia tietoja – terveyden-

25 Pöysti 2002, s. 63.

26 Ylipartanen 2010, s. 17.

27 Pöysti 2002, s. 76–77.

28 Kuopus 2002, s. 235.

29 HE 30/1998 vp., Yksityiskohtaiset perustelut, kohta 1.1, 18 §.

30 Bygrave 2002, s. 68.

tilaa koskevien lisäksi – ovat esimerkiksi rotua tai etnistä alkuperää, uskonnollista vakaumusta tai seksuaalista käyttäytymistä koskevat tiedot. Periaate tietojen suojaamisesta arkaluonteisuuden mukaan sisältyy myös lainsäädäntöön: henkilötietolain 32 §:n 1 momentin mukaan tietojen suojaamiseksi toteutettavissa toimenpiteissä on otettava huomioon muun muassa käsiteltävien tietojen laatu ja käsittelyn merkitys yksityisyyden suojan kannalta. Vastaavasti esimerkiksi tiedot, joiden perusteella ei voida tunnistaa yksittäistä henkilöä ja jotka ovat vähemmän merkityksellisiä yksityisyyden suojan kannalta, voidaan suojata kevyemmällä ratkaisulla rikkomatta hyvää tiedonhallintatapaa.³¹

Lee A. Bygraven mukaan hyvään tietojenkäsittelyyn henkilötietojen osalta kuuluu yhtenä ydinperiaatteena myös käsittelyn kohteena olevien henkilöiden odotusten ja käsitysten huomioiminen.³² Tietojen käsittelyn on toisin sanoen oltava reilua ja noudatettava suhteellisuusperiaatteen ajatusta. Lähestymistapa johtaa samaan, tietojen laadun perusteella määräytyvän suojauksen ajatukseen, joka potilastietojen osalta tarkoittaa yleisesti ottaen vahvaa suojausta ja tavanomaista pidemmälle meneviä toimenpiteitä väärinkäytösten estämiseksi.

4 Potilastietojen salassapidon ja käsittelyn sääntely

4.1 Sääntely ja sen päällekkäisyydet

Potilastietojen salassapitoa ja käsittelyä säännellään useassa eri laissa osin riippuen muun muassa siitä, onko kyseessä julkinen vai yksityinen terveydenhuollon toimintayksikkö. Yleislakina kaikenlaisten henkilörekistereiden osalta Suomessa on henkilötietolaki ja potilastietojen osalta potilaslaki, joka kattaa sekä julkiset että yksityiset toimijat. Potilaslailla kumottiin osa sitä edeltäneistä potilaan oikeuksia koskeneista päällekkäisistä säännöksistä ja korjattiin lainsäädännön hajanaisuutta yleisesti, mutta salassapidon osalta sääntelyyn jäi päällekkäisyyksiä ja säännösten suhde muuhun lainsäädäntöön jäi paikoin epäselväksi. Tähän myös tietosuojavaltuutettu kiinnitti huomiota hallituksen esitykseen antamassaan lausunnossa, mutta esitystä

³¹ Lehtonen 2001, s. 233.

³² Bygrave 2002, s. 58.

ei kuitenkaan tältä osin muutettu.³³ Sääntelyä sisältyy myös esimerkiksi lakiin terveydenhuollon ammattihenkilöistä (jäljempänä ammattihenkilölaki, 559/1994) ja lakiin yksityisestä terveydenhuollosta (152/1990).

4.2 Henkilötietolain potilastietoja koskevat säännökset

Potilastietojen salassapitoon liittyvän erityislainsäädännön lisäksi myös henkilötietolaki sisältää lukuisia potilastietojen ja muiden arkaluonteisten tietojen salassapidon kannalta merkittäviä säännöksiä sekä yleisempiä tietojen suojaamiseen liittyviä säännöksiä. Henkilötietolain arkaluonteisten tietojen käsittelykieltoa koskeva 11 §:n 1 momentin 4 kohta kieltää muun muassa henkilön terveydentilaa tai sairautta koskevien tietojen käsittelyn. Kielto ei luonnollisestikaan voi olla täysin ehdoton, ja 12 §:n 1 momentin 10 kohta sisältääkin poikkeussäännöksen, jonka perusteella terveydenhuollon ammattihenkilöt ja toimintayksiköt saavat käsitellä myös arkaluonteisia tietoja.

Henkilötietolain 5 §:ssä rekisterinpitäjille on asetettu yleisluonteinen huolellisuusvelvoite, jonka mukaan henkilötietojen käsittelyssä on muun muassa noudatettava huolellisuutta ja hyvää tietojenkäsittelytapaa sekä toimittava niin, ettei rekisteröidyn perusoikeuksia rajoiteta ilman laillista perustetta. Potilasasiakirjojen osalta on myös erityissääntelyä, eikä 5 §:n velvoite ole kovin täsmällinen. Eduskunnan oikeusasiamies kuitenkin viittasi 5 §:ään esimerkiksi tapauksessa³⁴, jossa lääkäri oli pitänyt paperisia potilasasiakirjoja huoneessaan nähtävillä läpinäkyvissä muovitaskuissa niin, että vastaanotolla ollut potilas näki muiden potilaiden tietoja. Oikeusasiamies katsoi lääkärin rikkoneen huolellisuusvelvoitteen lisäksi myös potilaslain mukaista salassapitovelvollisuuttaan. Lasse Lehtosen mukaan paperisten potilasasiakirjojen vastaanvanlainen huoleton käsittely on varsin yleistä.³⁵

Henkilötietolaki sisältää säännöksiä myös tietojen suojaamisesta. 32 §:n ja sen taustalla olevan EU:n tietosuojadirektiivin mukaan rekisterinpitäjän on toteutettava tarpeelliset tekniset ja organisatoriset toimenpiteet henkilötietojen suojaamiseksi muun muassa asiattomalta pääsylvä tietoihin. Kuten edellä kohdasta 3.3 käy ilmi, momentin viimeisen virkkeen mukaan

33 Lehtonen 2001, s. 258, ks. myös tietosuojavaltuutetun lausunto, dnro 270/03/90.

34 EOA 1840/4/10, s. 2.

35 Lehtonen 2001, s. 230.

suojaustoimenpiteiden toteuttamisessa on otettava huomioon esimerkiksi toimenpiteiden aiheuttamat kustannukset, käsiteltävien tietojen laatu ja käsittelyn merkitys yksityisyyden suojan kannalta. Lain esitöiden mukaan arkaluonteisia tietoja sisältävän rekisterin suojaamiseen on kiinnitettävä erityisen paljon huomiota, ja rekisterinpitäjän on määriteltävä tietojen käyttöoikeudet sekä varmistettava, että tietoja pääsevät käsittelemään vain ne henkilöt, joilla on siihen oikeus.³⁶ Käyttöoikeuksien rajaamista yksityiskohtaisesti edellytetään myös sosiaali- ja terveysministeriön potilasasiakirjojen laatimista koskevassa oppaassa.³⁷ Hoitoon osallistuvatkin saavat asetuksen 4 §:n mukaan käsitellä tietoja vain siinä laajuudessa kuin heidän työtehtävänsä ja vastuunsa edellyttävät.

4.3 Potilaslain laaja salassapitovelvollisuus

Potilaslain 13 §:ssä säädetään potilasasiakirjoihin sisältyvät tiedot salassapidettäviksi. Tältä osin huomionarvoista on, että salassapitovelvollisuus koskee kaikkia potilasasiakirjoihin sisältyviä tietoja, ei siis ainoastaan arkaluonteiseksi määriteltyjä. Niin ikään salassapitovelvollisuus koskee kaikkia terveydenhuollon toimintayksikössä työskenteleviä tai tehtäviä suorittavia, ei ainoastaan hoitohenkilökuntaa. Tässä potilaslaki eroaa esimerkiksi ammattihenkilölaista, joka siis ei koske esimerkiksi yksiköiden toimistotyöntekijöitä, siivojia tai muuta henkilökuntaa, jotka kuitenkin saattavat päästä potilastietoihin tai nähdä taikka kuulla arkaluonteisia tietoja.³⁸ Salassapitovelvollisuus jatkuu myös palvelussuhteen tai tehtävän päättymisen jälkeen.

Potilasasiakirjoihin sisältyviä tietoja ei potilaslain 13 §:n 2 momentin mukaan saa antaa sivulliselle. Sivulliseksi on määritelty muut henkilöt kuin ne, jotka osallistuvat potilaan hoitoon tai siihen liittyviin tehtäviin. Näin ollen esimerkiksi samassa sairaalassa työskentelevä lääkäri tai hoitaja, joka ei osallistu potilaan hoitoon, on salassapidon kannalta sivullinen, eikä hänellä

36 HE 96/1998 vp., Yksityiskohtaiset perustelut, 32 §.

37 STM 2001, kohta 3 (Potilasasiakirjoja koskevia periaatteita ja rekisterinpitäjän velvollisuuksia).

38 Lohiniva-Kerkelä 2007, s. 162. Esimerkiksi heinäkuussa 2011 Haartmanin sairaalassa paljastuneessa laajassa potilastietojen urkintatapauksessa tekijä oli nimenomaan hoitohenkilökuntaan kuulumaton toimistosihiteeri. Ks. esim. YLE: Laaja potilastietojen urkinta paljastunut Helsingissä: http://yle.fi/uutiset/teksti/kotimaa/2011/07/laaja_potilastietojen_urkinta_paljastunut_helsingissa_2720182.html, vierailupäivä 26.10.2012.

lähtökohtaisesti ole oikeutta potilastietoihin. Pykälän poikkeussäännösten perusteella tietoja voidaan luovuttaa esimerkiksi toiselle saman yksikön ammattihenkilölle tai kokonaan toiseen toimintayksikköönkin, tietyissä tapauksissa myös ilman potilaan suostumusta. Näin ollen salassapitosäännösten estämättä potilaan tietoja voidaan luovuttaa esimerkiksi konsultaation yhteydessä tai potilaan ollessa tajuttomana myös niin, että potilas on tunnistettavissa.

Huomionarvoista on, että lähtökohtaisesti tietosuojaa koskeva lainsäädäntö on välineneutraalia: potilastiedot ovat salassapidettäviä riippumatta siitä, ovatko ne tallennettu esimerkiksi paperisille potilaskorteille vai tietojärjestelmään. Merkitystä ei liioin ole sillä, tallennetaanko esimerkiksi lääkäreiden sanelut tietojärjestelmään äänitallenteena vai litteroituna tekstinä. Salassapitovelvollisuus tarkoittaa myös esimerkiksi sitä, että sairaalassa ei tulisi käydä keskusteluja potilaan terveydentilasta muiden kuullen ilman potilaan suostumusta³⁹, vaikka käytännössä näin osastoilla menetelläänkin⁴⁰.

4.4 Salassapito muussa lainsäädännössä

Laki terveydenhuollon ammattihenkilöistä koskee terveydenhoitohenkilökuntaa ja sisältää myös omat säännöksensä salassapitovelvollisuudesta. Lain 17 §:n mukaan terveydenhuollon ammattihenkilö ei saa ilmaista sivulliselle luvatta yksityisen tai perheen salaisuutta, josta hän on asemansa tai tehtävänsä perusteella saanut tiedon. Huomionarvoista on, että salassapitovelvollisuus ei koske ainoastaan potilasasiakirjoihin merkittäviä tietoja⁴¹, eikä myöskään rajoitu ainoastaan henkilöiden terveydentilaa koskeviin tietoihin.

Laissa yksityisestä terveydenhuollosta on ammattihenkilölain salassapitovelvollisuutta vastaava säännös (12 §), joka kieltää palvelujen tuottajan työntekijöitä tai muita tehtäviä suorittavia ilmaisemasta luvatta sellaista, mitä he ovat tehtävänsä vuoksi saaneet tietää toisen terveydentilasta tai muista vastaavista seikoista. Kuten ammattihenkilölain pykälä, myöskään tämän mukainen vaitiolovelvollisuus ei rajoitu siis vain potilasasiakirjoihin sisälty-

39 Ylipartanen 2010, s. 24.

40 Lehtonen 2001, s. 218.

41 HE 33/1994 vp., Yksityiskohtaiset perustelut, kohta 1, 17 §.

viin tietoihin. Vaitiovelvollisuus koskee kaikkia palvelujen tuottajan palveluksessa olevia, ei ainoastaan terveydenhuollon ammattihenkilöitä.

Sosiaali- ja terveysministeriön potilasasiakirja-asetuksella täsmennetään potilasasiakirjoja koskevaa sääntelyä. Asetuksessa säännellään tarkemmin esimerkiksi sitä, mitä tietoja potilasasiakirjoihin on kirjattava, kuka merkintöjä saa tehdä, sekä kirjaamiselle asetettuja määräaikoja. Salassapidon kannalta merkittävin on asetuksen 4 §, jonka mukaan terveydenhuollon toimintayksikössä työskentelevien käyttöoikeudet potilasasiakirjoihin tulee määritellä yksityiskohtaisesti, ja sähköisessä potilastietojärjestelmässä on oltava käyttöoikeuksien hallintajärjestelmä, jolla kullekin käyttäjälle voidaan määritellä tehtävien mukaiset käyttöoikeudet.

Potilasasiakirja-asetuksen 5 §:n mukaisesti palveluja ulkopuolelta hankittaessa rekisterinpitoon ja tietojen käsittelyyn liittyvistä tehtävistä tulee sopia kirjallisesti ja palveluja hankkivan yksikön tai ammattihenkilön tulee varmistua siitä, että salassapitoa ja vaitiovelvollisuuksia koskevia säännöksiä noudatetaan. Rekisterinpitäjänä ostopalveluiden osalta on palveluiden hankkija, käytännössä siis julkinen terveydenhuollon toimintayksikkö.⁴² Myös henkilötietolain 32 § edellyttää rekisterinpitäjän lukuun toimivilta asianmukaisia selvityksiä ja sitoumuksia henkilötietojen suojaamisesta. Edellä mainitut potilaslain, ammattihenkilölain ja yksityisestä terveydenhuollosta annetun lain säännökset tulevat sovellettavaksi myös ulkoistustilanteissa: tällöin salassapitovelvollisuus koskee suoraan palveluntarjoajan palveluksessa olevia henkilöitä.

5 Ongelmat ja tietojen urkintatapaukset

5.1 Tyypilliset urkintatapaukset ja niiden yleisyys

Vuonna 2011 uutisoitiin lukuisista tapauksista, joissa potilastietoja oli urkittu. Tietosuojavaltuutettu Reijo Aarnion mukaan tietosuojavaltuutetun toimiston tietoon tulee vuosittain satakunta poliisitutkintaan johtanutta urkintatapausta, ja Aarnio onkin kuvaillut potilastietojen urkkimista kiu-

⁴² TEO 2007, s. 5.

salliseksi maan tavaksi.⁴³ Korostamisen arvoista on, että kyse on ainoastaan poliisitutkintaan johtaneista tapauksista. Osa yksittäisistä urkintatapauksista ei tule edes asianosaisten tietoon, eivätkä tietoon tulleistakaan tapauksista kaikki johda jatkokotoimiin. Esimerkiksi tilanteessa, jossa hoitohenkilökuntaan kuuluva on käynyt luvatta katsomassa yksittäisen tuttavansa potilastietoja, mutta ei levitä niitä eteenpäin tai käytä tietoja muuten, kiinnijäämisriski on todellisuudessa hyvin pieni. Tekijä voi jäädä tällöin kiinni lähinnä, jos potilas pyytää nähtäväksi potilasasiakirjojensa lokitiedot, mitä harvemmin tapahtuu ellei ole ennalta epäilystä tietojen urkinnasta, tai jos toimintayksikkö omassa valvonnassaan huomaa urkinnan. Tämä lienee kuitenkin hyvin epätodennäköistä jos kyse on yksittäisistä tapauksista eikä järjestelmällisestä, esimerkiksi kymmenien potilaiden tietojen katselusta.

Myös Euroopan ihmisoikeustuomioistuin on käsitellyt potilastietojen suojaamista esimerkiksi tapauksessa I. v. Finland, jossa tuomioistuin katsoi, että sairaala oli laiminlyönyt riittävän potilastietoihin pääsyn kontrolloinnin ja käytön seurannan.⁴⁴ Tapauksessa myös katsottiin, ettei jälkikäteinen vahingonkorvauksen mahdollisuus riitä yksityisyyden suojan toteuttamiseksi, vaan edellytyksenä on tehokas suoja jolla pyritään käytännössä estämään loukkauksia tapahtumasta.

Suurimpana uhkana tietoturvallisuudelle on useimmiten oma henkilökunta⁴⁵, ja myös useissa vuonna 2011 uutisoiduista tapauksista tekijä oli hoitohenkilökuntaan kuuluva henkilö, joka ei kuitenkaan ollut osallistunut kyseisten potilaiden hoitoon.⁴⁶ Monesti oli kyse ennalta jollain tavoin tutun henkilön, esimerkiksi ex-puolison, naapurin tai julkisuuden henkilön tiedoista. Urkkimisiongelma ei rajoitu ainoastaan potilastietoihin, vaan julki

43 YLE: Laaja potilastietojen urkinta paljastunut Helsingissä: http://yle.fi/uutiset/kotimaa/2011/07/laaja_potilastietojen_urkinta_paljastunut_helsingissa_2720182.html. Vierailupäivä 23.10.2012.

44 EIT I v. Finland, 17.10.

45 Kuopus 2002, s. 228.

46 Lukuisista eri tapauksista ks. esim.: YLE: Hoitajalle kallis lasku potilastietojen urkinnasta: http://yle.fi/alueet/lahti/2011/09/hoitajalle_kallis_lasku_potilastietojen_urkinnasta_2907337.html, Turun Sanomat: Naislääkärille sakkoja henkilörekisteririkoksesta: <http://www.ts.fi/online/kotimaa/173337.html>, Turun Sanomat: Hoitaja urkki potilastietoja kymmeniä kertoja: <http://www.ts.fi/online/kotimaa/247308.html>, vierailupäivä 23.10.2012.

on tullut vastaavanlaisia tapauksia myös vankeinhoidon⁴⁷ ja poliisin⁴⁸ piiristä. Näissä taustalla on useimmiten pohjimmiltaan samat syyt: vajavaiset tietojärjestelmät ja ihmisten liiallisuuksiin mennyt uteliaisuus.⁴⁹

5.2 Ongelmat järjestelmien suunnittelussa ja käyttöoikeuksissa

Ongelman ydin nähdäkseni on siinä, ettei henkilöiden yksityisyyden suoja ja arkaluonteisten tietojen suojaa ylipäätään nähdä riittävän tärkeänä ja vakavasti otettavana. Se ei ole toiminnassa sisäänrakennettuna ja toimintaa ohjaavana periaatteena, vaan jää jälkikäteen lisätyksi keinoitekoiseksi rajoitukseksi, joka pahimmillaan vaikuttaa toimijoille pelkältä ylimääräiseltä rasitteelta. Käytännössä tämä ilmenee turvallisuuspuutteina sekä itse tietojärjestelmissä että niiden ulkopuolisissa käytännöissä, kuten paperisten potilasasiakirjojen käsittelyssä. Kuten Jorma Kuopus huomauttaa, pelkkä lainsäädännön suoja ilman teknisiä turvaratkaisuja on täysin riittämätön.⁵⁰

Potilastietojärjestelmien osalta tilannetta on hyvin hankala korjata jälkikäteen, mikä entisestään korostaa tarvetta huomioida potilastietojen salassapito asianmukaisesti järjestelmiä suunniteltaessa. Liian avoimeksi jätettyjen käyttöoikeuksien tarkentaminen jälkikäteen on etenkin suuremmissa toimintayksiköissä hankalaa. Taloudellisten paineiden alla toimiville yksiköille potilastietojärjestelmien jälkikäteinen korjailu on myös kustannusrasite verrattuna siihen, että tietosuojaa huomioitaisiin paremmin jo suunnitteluvaiheessa.

On nähdäkseni selvää, että potilastietojärjestelmät, joissa hoidon kannalta ulkopuoliset pääsevät ilmeisen vapaasti tutkimaan potilastietoja, eivät täytä henkilötietolain 32 §:n ja EU:n tietosuojadirektiivin vaatimuksia tarpeellisista teknisistä ja organisatorisista toimenpiteistä henkilötietojen suo-

47 Ks. esim. YLE: Vanginvartijaa epäillään urkinnasta: http://yle.fi/uutiset/kotimaa/2011/11/vanginvartijaa_epaillaan_urkinnasta_3012367.html, vierailupäivä 23.10.2012.

48 Ks. esim. Nelonen: Toistasataa poliisimiestä esitutkintaan Mika Myllylän tietojen urkinnasta: <http://www.nelonen.fi/uutiset/kotimaa/uutinen/toistasataa-poliisimiestä-esitutkintaan-mika-myllylän-tietojen-urkinnasta>, vierailupäivä 23.10.2012.

49 Tietosuojavaltuutettu Reijo Aarnio YLE:n haastattelussa. YLE: Uteliaisuus ja ihmisuhteet ajavat urkkimaan potilastietoja: http://yle.fi/alueet/lahti/2011/09/uteliaisuus_ja_ihmissuhteet_ajavat_urkkimaan_potilastietoja_2911525.html, vierailupäivä 23.10.2012.

50 Kuopus 2002, s. 242.

jaamiseksi. Käytännössä potilastietojärjestelmiin annetaan hyvin yleisesti laajempia oikeuksia kuin mitä työtehtävät edellyttäisivät, eikä oikeuksien rajaaminen ole puutteellisten tietojärjestelmien vuoksi aina edes mahdollista.⁵¹ Huomionarvoista on, että valtaosassa julki tulleista tapauksista on ollut kyse nimenomaan siitä, että henkilökuntaan kuuluvat tutkivat potilastietoja omilla käyttäjäoikeuksillaan eikä siitä, että tietojärjestelmään murtauduttaisiin käyttäen itselle kuulumattomia tunnuksia. Itsestään selvää tulisi olla myös, että potilastietoihin pääsy rajattaisiin koskemaan vain hoitohenkilökuntaa. Oikein suunnitellussa järjestelmässä esimerkiksi laskun lähettäminen potilaalle ei antaisi pääsyä varsinaisiin potilastietoihin. Toisaalta esimerkiksi Helsingin ja Uudenmaan sairaanhoitopiirin palveluksessa oli vuonna 2010 lähes 12 000 hoitohenkilökuntaan kuuluvaa henkilöä ja lääkäreitäkin yli 2 600⁵², joten olisi aiheellista rajoittaa potilastietoihin pääsyä hoitohenkilökunnan sisälläkin ainoastaan niihin, jotka konkreettisesti osallistuvat potilaan hoitoon. Tätä lainsäädäntö ja potilasasiakirja-asetus nykyiselläänkin edellyttävät. Potilastietojen on luonnollisesti ensisijaisesti tarkoitus palvella hoitoa, eikä järjestelmä saa hankaloittaa tai hidastaa tätä tarkoitusta. Hoidon sujuvuus on pidettävä lähtökohtana myös kompromissiratkaisua hakiessa, mutta on kaikesta huolimatta vaikea nähdä, että tämän edellytyksenä olisi koko henkilökunnalle avoin järjestelmä.

Erityisen kyseenalainen koko henkilökunnalle avoin järjestelmä on huomioiden sen, miten teknisesti yksinkertaista olisi toteuttaa käyttöoikeudet käyttäjäryhmittäin ja samalla varmistaa, että tiedot ovat tarvittaessa käytettävissä. Oikeudet voitaisiin antaa esimerkiksi vain potilaan hoidosta vastaavan osaston hoitohenkilökunnalle ja sairaanhoitopiirin kiireellisestä hoidosta vastaavien yksiköiden henkilökunnalle. Muille yksiköille pääsy voitaisiin avata esimerkiksi siinä vaiheessa, kun potilas siirtyy kyseisen yksikön hoitoon, samalla kun suljettaisiin aiemman hoitavan yksikön pääsy. Vastaavasti esimerkiksi lääkäreiden saneluita puhtaaksikirjoittavalle toimistohenkilökunnalle voitaisiin toki antaa työn hoitamisen kannalta oleelliset aiemmat tiedot, mutta henkilötietojen näkemiselle ei liene tarvetta.

51 Lehtonen 2001, s. 230.

52 HUSin vuosikertomus 2010, s. 11. <http://www.dpaper.eu/HUS/HUS-vuosikertomus2010/>, vierailupäivä 23.10.2012.

5.3 Potilastietojärjestelmien muut ongelmat

Ongelmat potilastietojärjestelmien kanssa eivät rajoitu vain potilastietojen suojaamiseen. Tietojärjestelmien käytettävyysongelmat olivat esillä esimerkiksi keväällä 2012, kun valtiontalouden tarkastusviraston pääjohtaja Tuomas Pöysti esitteli lääkäripäivillä tarkastusviraston sosiaali- ja terveydenhuollon ICT-toiminnasta tekemää tarkastusta ja totesi, että terveydenhuollon tietojärjestelmien yhdistäminen ja käytettävyyden parantaminen säästäisivät vuosittain 80 miljoonaa euroa ja toisivat laskennallisesti 400 000 uutta vastaanottoaikaa terveyskeskuksiin.⁵³ Suomen Lääkärilehti vertaili vuonna 2010 neljää potilastietojärjestelmää erityisesti lääkärien näkökulmasta ja löysi kaikista ongelmia, jotka liittyivät järjestelmien käytettävyyteen, hitauteen, puutteisiin ja yleiseen toimivuuteen. Osa järjestelmistä oli jopa kadotanut kirjattuja tietoja.⁵⁴ Jäljempänä käsiteltävän kansallisen terveysarkiston onkin tarkoitus tuoda helpotusta tietojen vaihtoon yksiköiden välillä, mutta muihin ongelmiin siitä on vain rajallisesti apua.

Käytettävyydessä ei ole kyse ainoastaan järjestelmien käyttäjien työn sujuvuudesta ja tehokkaasta ajankäytöstä, vaan käytettävyys on myös osa tietoturvaluottua.⁵⁵ Hankalasti toimiva tietojärjestelmä saattaa johtaa siihen, että käyttäjät kiertävät käytettävyysongelmia luomalla omia, ohjeista poikkeavia käytäntöjä ja käyttävät järjestelmää toisin kuin on suunniteltu, ja mahdollisesti heikentävät näin toimimalla tietoturvaa (esimerkiksi tulostavat potilastietoja hankalasti toimivasta järjestelmästä työn helpottamiseksi, vaikka tarkoitus olisi pitää tiedot sähköisenä niiden turvallisen säilyttämisen hallitsemiseksi).

Kuten edellä kävi ilmi, terveydenhuollon ammattihenkilöillä on velvollisuus kirjata potilastiedot potilasasiakirjoihin, ja potilaan hoidon kannalta asianmukaiset tiedot ovat tärkeitä. Hoitohenkilökunnalla ei kuitenkaan ole yksiselitteistä oikeutta saada käyttöönsä potilaan aiempia tietoja, toisin kuin

53 Valtiontalouden tarkastusvirasto: Käyttäjästävällisillä tietojärjestelmillä jopa yli 400 000 lääkärin vastaanottoaikaa lisää: http://www.vtv.fi/ajankohtaista/tiedotteet/?3680_m=3546, vierailupäivä 24.10.2012.

54 Winblad – Hyppönen – Vänskä – Reponen – Viitanen – Elovainio – Lääveri 2010, s. 4192–4193.

55 Kuopus 2002, s. 226.

esimerkiksi sosiaaliviranomaisilla kiireellisen sosiaalihuollon tapauksissa.⁵⁶ Potilaslain 13 §:n 3 momentin 3 kohdan poikkeusäännöksen mukaisesti potilastietoja voidaan luovuttaa, mutta minkäänlaista velvollisuutta esimerkiksi toisessa terveydenhuollon toimintayksiköissä tehtyjen laboratoriotulosten tulosten tai muiden tietojen luovuttamiseen ei ole.⁵⁷

Eduskunnan oikeusasiamies käsitteli tapauksessa EOA 3256/4/07 Turun terveystoimen potilastietojärjestelmän käyttöönottoa. Järjestelmä toimi käyttöönoton jälkeen useiden päivien ajan hitaasti ja epäluotettavasti ja oli ajoittain kokonaan pois käytöstä. Tämä aiheutti sen, ettei esimerkiksi tietoja potilaan käytössä olevista lääkkeistä tai laboratoriotuloksia pystytty näkemään. Myöskään uusien laboratoriotutkimusten tekeminen ei ollut mahdollista. Oikeusasiamies tarkasteli potilastietojärjestelmän käyttökatkoa ensisijaisesti poikkeustilanteiden ohjeistuksen ja sosiaali- ja terveydenhuollon asiakastietojen sähköisestä käsittelystä annetun lain (159/2007) 4 §:n kautta.⁵⁸ Pykälän mukaan asiakastietojen sähköisessä käsittelyssä tulee turvata tietojen saatavuus ja käytettävyys. Oikeusasiamies ei toimivaltansa mukaisesti voi arvioida tarkoituksenmukaisuuskysymyksiä, jollaisia tietojärjestelmien suunnitteluun ja kehitykseen liittyvät kysymykset pitkälti ovat. Vaikkei ongelmana olekaan laillisuusvalvojen toimivalta, myös tämä osataan heijastelee edellä mainittua ongelman ydintä ja taustalla vaikuttavaa lähtökohtaa: tietojärjestelmiin suhtaudutaan kuin monoliitteinä, joihin ei voi vaikuttaa ja joiden kanssa vain pitää elää parhaansa mukaan, ja joissa salassapito sekä tietoturva yleisemminkin ovat jälkikäteen päälle asetettuja rajoituksia eivätkä toimintaa ohjaavia periaatteita. Terveydenhuoltoon liittyvää esimerkkiä lainatakseni ongelmien osalta puututaan tällöin usein pelkkään taudin oireeseen eikä itse syyhyn.

Päätöksestä käy myös ilmi, että käyttöönotossa tehtiin myös helposti vältettävissä olleita virheitä. Esimerkiksi päivityksen jälkeinen järjestelmän hitaus johtui siitä, ettei työasemia ollut jätetty yöksi päälle vaan päivitykset

⁵⁶ Lehtonen 2001, s. 168.

⁵⁷ Tämä saattaa omalta osaltaan selittää myös tietojen luovutuksen kankeutta ja kehityksen hitautta. Kariikoidusti esimerkiksi yksityisellä terveydenhuollon toimintayksiköllä ei (lukuunottamatta potilaan etua, jonka toki tulisi olla tärkein) ole juurikaan intressejä luovuttaa esimerkiksi tekemiensä kokeiden tuloksia toisen yksityisen toimintayksikön (ts. kilpailijansa) käyttöön.

⁵⁸ EOA 3256/4/07, s. 5–8.

käynnistyivät aamulla ja kuormittivat verkkoa työntekijöiden käynnistäessä työasemansa. Myös riittävä kuormitustestaus oli selkeästi laiminlyöty, sillä useat ongelmat tulivat esiin vasta suuremmalla käyttäjämäärällä. Tapaus kertoo ylipäätään toimivien potilastietojärjestelmien tärkeydestä, mutta myös siitä, miten suuria puutteita itse tietojärjestelmien teknisessä toimivuudessa ja niiden suunnittelussa on.

6 Rikosoikeudellinen vastuu

6.1 Salassapitorikos, henkilökisterikos ja tietomurto

Yksityisyyden suoja koostuu usean eri lain muodostamasta kokonaisuudesta ja myös rikoslaisissa (39/1889) on useita yksityisyyden suojan loukkauksia koskevia säännöksiä. Rikoslain 38 luvun 1 §:ssä säädetään salassapitorikoksesta, josta voidaan tuomita sakkoon tai vankeuteen enintään yhdeksi vuodeksi. Tunnusmerkistöön kuuluu lain nojalla tai viranomaisen määräyksestä salassapidettävän seikan paljastaminen tai tällaisen käyttäminen omaksi tai toisen hyödyksi. Potilastietojen osalta salassapitorikos voisi toisin sanoen täytyä esimerkiksi jos hoitohenkilökuntaan kuuluva käy urkkimassa potilastietoja ja jakaa niitä eteenpäin. Viranhaltijoiden kannalta ensisijainen säännös on kuitenkin rikoslain 40 luvun 5 §:n virkasalaisuuden rikkomisen, jonka rangaistusasteikko on sakosta kahteen vuoteen vankeutta. Lievänä tekemuotona on rikoslain 38 luvun 2 §:ssä säädetty salassapitorikkomus.

Henkilökisteririkoksesta säädetään rikoslain 38 luvun 9 §:ssä. Käsiteltävän aiheen kannalta olennaisin on pykälän 1 momentin 1 kohta, jossa säädetään rangaistavaksi henkilötietojen käsittely vastoin muun muassa henkilötietolain arkaluonteisia tietoja koskevia säännöksiä ja henkilötietojen käsittelyä koskevien erityissäännösten rikkomisen. Rangaistavuuden edellytyksenä on myös, että teko loukkaa rekisteröidyn yksityisyyden suojaa tai aiheuttaa muuta vahinkoa tai olennaista haittaa. Rangaistusasteikko on sakosta vuoteen vankeutta.

Rikoslain 38 luvun 8 §:n säännös tietomurrosta voi tulla sovellettavaksi, mikäli loukkaus on toteutettu murtautumalla tietojärjestelmään. Tällaisilta ulkopuolisilta murroilta potilastietojärjestelmät on kuitenkin kyetty ainakin

toistaiseksi suojaamaan hyvin, ja esiin tulleet potilastietojen urkinnat on tehty järjestelmän sisältä, ei murtautumalla ulkopuolelta käsin.

Useimmiten ilmi tulleissa tapauksissa on ollut kyse henkilörekisteririkoksesta juuri sen vuoksi, ettei ole osoitettu että tietoja olisi jaettu eteenpäin tai käytetty omaksi hyödyksi. Seurauksena on ollut sakkoja ja jossain tapauksissa myös korvauksia uhreille. Osa urkintaan syylistyneistä on irtisanottu, osa siirretty muihin tehtäviin. Myös eduskunnan oikeusasiamies on antanut huomautuksia salassapitovelvoitteen rikkomisesta. Näin tapahtui myös tapauksessa, jossa lääkäri oli pitänyt potilaan nähtävillä muiden paperisia potilasasiakirjoja⁵⁹.

Ainakin räikeimmissä tapauksissa salassapitovelvollisuuden rikkomista voitaisiin pitää myös ammattihenkilölain 26 §:n mukaisena muutoin virheellisenä tai moitittavana toimintana, jonka perusteella Valvira voi puuttua ammatinharjoittamisoikeuteen tai antaa huomautuksen taikka hallinnollisella ohjauksella kiinnittää huomiota asianmukaiseen ammattitoimintaan. Toisaalta oikeuksien poistaminen tai rajoittaminen olisi teoriassa mahdollista myös ammattihenkilölain 27 §:n mukaisesti ammattitoiminnassa tehdyn rikoksen perusteella, jos ammattihenkilö on tuomittu vankeusrangaistukseen esimerkiksi salassapitorikoksesta tai virkasalaisuuden rikkomisesta.

6.2 Rekisterinpitäjän vastuu

Potilastietojärjestelmät ovat siis henkilötietolain tarkoittamia henkilörekistereitä, joista vastuussa ovat rekisterinpitäjät. Rekisterinpitäjä on henkilötietolain 3 §:n mukaan henkilö tai yhteisö, jonka tarkoituksia varten henkilörekisteriä pidetään ja jolla on oikeus määrätä sen käytöstä. Yleiset henkilötietolain säännökset koskevat siis myös potilastietojärjestelmien rekisterinpitäjiä, ja olennaisia säännöksiä käsiteltävän aiheen ja rekisterinpitäjän kannalta ovat 5 §:n huolellisuusvelvoite ja 7 luvun tietoturvaa koskevat säännökset. Vastuun osalta huomionarvoista on, että edellä käsitellyt salassapitorikos ja henkilörekisteririkos eivät kuulu niihin rikoksiin, joihin rikoslain 38 luvun 12 §:n mukaisesti sovelletaan oikeushenkilön rangaistusvastuuta koskevia säännöksiä.

59 EOA 1840/4/10, s. 3.

Käytännössä on siis erittäin epätodennäköistä, että tietojärjestelmän tilaamisesta, suunnittelusta, toteuttamisesta tai käyttämisestä vastanneet tahot voisivat joutua henkilökohtaiseen rikosoikeudelliseen vastuuseen vaikka järjestelmä olisikin selvästi henkilötietolain vastainen. Rikosvastuun toteuttamisessa on lukuisia ongelmia: yhtäältä vastuun kohdentaminen tietyille henkilötahoille ja toisaalta se, että henkilörekisteririkos on rangaistava vain tahallisena tai törkeän tuottamuksellisena. Laillisuusperiaate ja sen elementeistä epätäsmällisyyskielto puolestaan edellyttäisivät täsmällisempiä määritelmiä vaaditulle tietoturvan tasolle. Tämä tuottaisi käytännössä ongelmia muun muassa tietoturvaan läheisesti liittyvän teknologian nopean kehityksen vuoksi. Eikä henkilökohtainen rikosoikeudellinen vastuu liene myöskään tarkoituksenmukainen tapa toteuttaa rekisterinpitäjän vastuuta.

Tietosuojalautakunta voi nykyisellään henkilötietolain 44 §:n mukaan tietosuojavaltuutetun esityksestä kieltää henkilötietolain vastaisen henkilötietojen käsittelyn tai velvoittaa oikaisemaan sen, mitä on oikeudettomasti tehty tai laiminlyöty. Tietosuojalautakunta voi tarvittaessa asettaa myös uhkasakon. Oikaisuvelvoitteen laajempi käyttö voisi tarjota yhden, verrattain kevyen tavan puuttua potilastietojärjestelmien puutteisiin. Epäselväksi jää, miksei tietosuojavaltuutettu ole toiminut asiassa aktiivisemmin, jos valtuutetun toimistossa kuitenkin tiedostetaan ongelma ja nähdään sen laajuus (ks. kohta 5.1). Toisaalta selvää on, ettei ongelmaa voi ratkaista kieltämällä terveydenhuollon toimintayksiköiltä henkilötietojen käsittelyä. Ongelma on myös niin laaja, että siihen kattavasti puuttuminen vaatisi todennäköisesti merkittäviä resursseja.

7 Uudet tietojärjestelmät ja hankkeet

7.1 Kansallinen terveysarkisto (KanTa)

Heinäkuun 2007 alussa tuli voimaan laki sosiaali- ja terveydenhuollon asiakastietojen sähköisestä käsittelystä, jolla luotiin kansallinen terveysarkisto. Laissa asetetaan julkisen terveydenhuollon antajalle velvollisuus liittää valtakunnallisen tietojärjestelmäpalvelun käyttäjäksi. Myös yksityisille palveluntarjoajille on säädetty vastaava velvoite, jos palveluntarjoaja on järjestänyt potilasasiakirjojensa pitkäaikaissäilytyksen sähköisesti. Pyrkimyksenä on

luoda keskitetty potilastiedon arkisto (eArkisto), johon tietoja tallennetaan yhtenevällä tavalla eri toimintayksiköistä ja josta tietoja voidaan luovuttaa toiselle toimintayksikölle potilaan suostumuksella. Tietojen luovuttaminen edellyttää lain mukaan hoitosuhteen olemassaolon varmistamista. Potilas voi toisaalta lain 11 §:n mukaisesti myös kieltää tietojensa luovutuksen tietyistä palvelutapahtumasta tai tietyiltä palvelujen antajalta. Arkisto on tarkoitus ottaa käyttöön vuoden 2015 loppuun mennessä.

Yhtenä osana eArkistoa on mahdollisuus tarkastella internet-palvelun kautta omia arkistoon kirjattuja tietoja ja esimerkiksi tietoja luovutuksista. Tästä säädetään lain 19 §:ssä, mutta sääntely kattaa vain luovutuslokirekisterin, johon merkitään tiedot asiakastietojen luovutuksesta toiselle palveluntarjoajalle. Tämän lisäksi on erillinen käyttölokirekisteri, jonka avulla voi seurata, kuka tietoja on käyttänyt ja millä perusteella, mutta tietojen saaminen siitä ei onnistu internet-palvelun kautta. Asiakkaalla on toki 18 §:n mukaisesti oikeus tarkistaa lokirekisteristä tieto siitä, kuka on käyttänyt hänen tietojaan ja millä perusteella. Tältä osin uusi arkisto ei siis todennäköisesti juurikaan helpota urkintojen paljastumista, vaikka antaakin henkilöille lisää keinoja seurata helpommin tietojensa käyttöä nykytilanteeseen verrattuna. Tarvittaessa asiakas voi myös pyytää tietoja käyttäneeltä tai tietoja saaneelta selvitystä tietojen käytön tai luovuttamisen perusteista.

Lain 8 §:n mukaan asiakastietojen sähköisessä käsittelyssä kaikki osapuolet tulisi voida tunnistaa ja todentaa luotettavasti. Tämä on luonnollisesti erittäin tärkeää tietoturvan kannalta, mutta ei potilastietojen urkinnan estämisen tai paljastamisen osalta ole merkittävä tekijä. Valtaosassa tapauksista ei ole ollut kyse siitä, että urkkija olisi esiintynyt toisena (esimerkiksi osastosihteeri lääkärinä) käyttämällä toisen käyttäjätunnuksia, vaan käytössä on ollut omat käyttäjätunnukset ja käyttöoikeudet, jotka ovat olleet tarpeettoman laajat.

7.2 EU:n henkilötietosäätelyn uudistaminen

Euroopan komissio antoi 25.1.2012 ehdotuksensa uudeksi henkilötietojen sääntelyksi unionin alueella. Asetuksella on tarkoitus korvata aiempi henkilötietodirektiivi, joka tuli voimaan vuonna 1995 ja yhtenäistää eu-

rooppalaista sääntelyä. Asetusehdotuksen 28 ja 29 artiklat sisältävät rekisterinpitäjille asetettavan velvollisuuden ilmoittaa tietoturvaloukkauksista, loukkauksen luonteesta riippuen joko kansallisille valvontaviranomaisille tai rekisteröidyille itselleen. Ehdotuksen voi tältä osin nähdä parantavan tietoturvaloukkausten kuten potilastietojen urkinnan kohteeksi joutuneiden asemaa, sillä nykyisellään rekisterinpitäjillä ei ole velvollisuutta ilmoittaa mahdollisista loukkauksista. Esimerkiksi keväällä 2010 Haartmanin sairaalassa lähes 200 henkilön potilastietoja urkkineen osastosihteerin teko tuli asianosaisten tietoon vasta kesällä 2011, kun sairaala ilmoitti asiasta.

Asetusehdotuksen sisältämistä säännöksistä mainittakoon myös 79 artikla, jossa esitetään tietosuojaviranomaisille sakotusoikeutta tietosuojasäännösten rikkomisen seurauksena. Sakko voisi ehdotuksen mukaan olla suurimmillaan 1 000 000 euroa tai 2 prosenttia yrityksen vuotuisesta maailmanlaajuisesta liikevaihdosta. Suuruus riippuisi muun muassa rikkomisen luonteesta, tahallisuudesta sekä toteutetuista teknisistä ja organisatorisista toimenpiteistä.

8 Yhteenveto

Potilastietojen tulisi olla vain hoitoon osallistuvien henkilöiden käytettävissä ja pysyä muilta salassa. Potilastietojärjestelmät sisältävät arkaluonteisia tietoja, joten niiden suojaamiseen tulisi panostaa erityisen paljon ja väärinkäytökset estää ennakolta. Potilasasiakirja-asetuksen mukaan terveydenhuollon ammattihenkilöiden käyttöoikeudet tulee määritellä ”yksityiskohteisesti”. Näennäisesti lainsäädännön tasolla kaikki siis on kunnossa, mutta käytännössä potilastietoja urkitaan kiusallisen usein.

Ensisijaiset ongelmat potilastietojen salassapidon osalta liittyvät nähdäkseni potilastietojärjestelmiin ja nimenomaan siihen, miten salassapitoon ja tietoturvaan suhtaudutaan niitä rakennettaessa. Henkilötietolain tarkoituksena on lain esitöiden mukaan estää ennakolta yksityiselämän suojan loukkaukset, joten yksityisyyden suojasta huolehtimisen pitäisikin tapahtua etukäteen. Jälkikäteen arviointi ja tekijöiden rikosoikeudellinen vastuu ei tältäkään kannalta ole yksinään riittävä ratkaisu. Tietojen urkkijoiden ja väärinkäyttäjien osalta rikosoikeudellinen vastuu on järjestetty riittävällä tavalla

(korkeintaan ongelmana tekijöiden vastuun toteuttamisessa ovat ne tapaukset, jotka eivät tule missään vaiheessa ilmi), mutta rekisterinpitäjien laiminlyöntien osalta vastuun toteuttaminen on hatarammalla pohjalla. Toisaalta rikosoikeudellinen vastuu ei todennäköisesti tältä osin olekaan paras tapa lähestyä asiaa. Tietosuojalautakunnalla on nykyisellään valtuudet puuttua potilastietojärjestelmien puutteisiin, ja tämä olisikin mielestäni hyvä lähtökohta josta käsin lähteä hakemaan ratkaisua ongelmaan. Toisen vaihtoehdon voisi tarjota EU:n tietosuojaa-asetuksen mahdollisesti mukanaan tuoma tietosuojaviranomaisten sakotusoikeus.

Potilastietojen käytön rajoitukset eivät saa vaarantaa potilasturvallisuutta, mutta on selvää, että hoidon kannalta tarpeellisen tiedonsaannin edellytyksenä ei ole koko henkilökunnalle avoin järjestelmä. Selvää on myös, ettei kaikkia mahdollisuuksia tietojen urkintaan ja mahdolliseen väärinkäyttöön voida ennalta rajata pois millään järjestelyillä, eikä sitä pidä epärealistisesti asettaa edes tavoitteeksi. Millään teknisellä toteutuksella ei myöskään voi estää esimerkiksi sitä, että hoitoon osallistunut rikkoo salassapitovelvollisuttaan kertomalla suullisesti potilaan tietoja ulkopuolisille. Suhteellisuusperiaatteen soveltaminen on hyvä lähtökohta myös tietojärjestelmien kehitykselle: jo edellä mainitun kaltaisilla, suhteellisen laajoilla rajoituksilla käyttöoikeuksiin voitaisiin teknisesti varsin yksinkertaisesti rajata yksittäisten potilaiden tietojen ulkopuolelle suuri joukko sellaisia käyttäjiä, joilla ei asemansa tai tehtäviensä vuoksi ole oikeutta käsitellä tietoja.

Tietojärjestelmien kaavailut uudistukset liittyvät enemmän tiedonvälitykseen ja erillisten tietojärjestelmien yhteensopivuuteen, eikä niistä ole ratkaisuksi salassapitoon liittyviin ongelmiin. Uuteen eArkistoon on tarkoitus kerätä kaikkien toimintayksiköiden potilastiedot, joten tietoa on yhdessä paikassa aiempaa enemmän. Tämä yhtäältä auttaa hoidon järjestämisessä, mutta toisaalta mahdollistaa pahimmillaan entistä laajemman urkinnan. Käyttöoikeuksia hallinnoisivat jatkossakin eri järjestelmiä käyttävät yksiköt itsenäisesti.

Lasse Lehtonen kritisoi väitöskirjassaan potilasasiakirjojen sääntelyä asetuksella ja katsoo, ettei yksilön oikeuksiin yksityiselämän suoja mukaanluki-

en tulisi puuttua lakia alemmilla säännöksillä.⁶⁰ Kritiikki on aiheellista, ja painopistettä voitaisiinkin muuttaa esimerkiksi niin, että siirrettäisiin osa asetuksen verrattain yleisluontoisista säännöksistä potilaslakiin ja otettaisiin asetukseen nykyistä tarkempia ja yksiselitteisempiä säännöksiä potilasasiakirjojen suojaamisesta. Näitä voitaisiin esimerkiksi suojauskäytäntöjen kehittäessä muuttaa ilman että puututtaisiin lakiin.

Jonkinlainen potilastietojen salassapitosääntelyn kokonaisuudistus voisi myös olla tarpeen erityisesti lainsäädännön selkeyttämiseksi, sillä nykyisellään säännöksiä on useassa eri laissa, jotka ovat osin päällekkäisiä ja samansisältöisiä, mutta toisaalta osin soveltuvat eri tilanteisiin ja eroavat sisällöllisesti. Yhteistä säännöksille on kuitenkin se, että niillä pyritään suojaamaan ihmisten yksityisyyttä. Suojan kohteen kannalta on merkityksetöntä käsitelläkö hänen tietojaan julkisen vai yksityisen puolen toimintayksikössä, tai mihin lakiin salassapitovelvollisuus perustuu.

Arto Ylipartanen esittää osuvasti potilastietojen käsittelyn ohjenuoraksi seuraavaa: käsittele potilaan tietoja niin kuin toivoisit itseäsi koskevia potilastietoja käsiteltävän.⁶¹ Tämä kuulostaa erinomaisen sopivalta lähtökohdalta paitsi hoitohenkilökunnan jokapäiväiseen työhön, myös potilastietojärjestelmiä sekä niiden käyttöoikeuksia hallinnoivien ja suunnittelevien työhön.

60 Lehtonen 2001, s. 117

61 Ylipartanen 2010, s. 24

Lähteet

Kirjallisuus ja artikkelit

Aarnio, Reijo: Data Protection Here and Now. Teoksessa Saarenpää, Ahti (toim.): Legal Privacy. Zaragoza, Universidad de Zaragoza 2008, s. 279–290. (Aarnio 2008)

Bygrave, Lee A.: Data Protection Law – Approaching Its Rationale, Logic and Limits. The Hague, Kluwer Law International 2002. (Bygrave 2002)

Etzioni, Amitai: Medical Records – Enhancing Privacy, Preserving the Common Good. Hastings Center Report, March–April 1999, s. 14–23. (Etzioni 1999)

Karapuu, Heikki & Jyränki, Antero: Perusoikeuksien tausta ja yleinen sisältö. Teoksessa Hallberg, Pekka & Karapuu, Heikki & Scheinin, Martin & Tuori, Kaarlo & Viljanen, Veli-Pekka (toim.): Perusoikeudet. Helsinki, Werner Söderström Lakitieto 1999, s. 61–110. (Karapuu – Jyränki 1999)

Korhonen, Rauno: Perusrekisterit ja tietosuoja. Helsinki, Edita Publishing 2003. (Korhonen 2003)

Kuopus, Jorma: Sähköinen hallinto, tietoturvallisuus ja yksityisyyden suoja. Teoksessa Kulla, Heikki (toim.): Viestintäoikeus. Helsinki, WSOY Lakitieto 2002, s. 213–246. (Kuopus 2002)

Lehtonen, Lasse: Hyvä hallinto, hallinnon tietokannat ja potilaan yksityisyyden suoja. Teoksessa Kulla, Heikki (toim.): Viestintäoikeus. Helsinki, WSOY Lakitieto 2002, s. 247–270. (Lehtonen 2002)

Lehtonen, Lasse: Potilaan yksityisyyden suoja. Helsinki, Suomalainen lakimiesyhdistys 2001. (Lehtonen 2001)

Lohiniva-Kerkelä, Mirva: Terveystietojen juridiikka. 4. uudistettu painos. Helsinki, Talentum 2007. (Lohiniva-Kerkelä 2007)

Mahkonen, Sami: Oikeus yksityisyyteen. Helsinki, Werner Söderström Lakitieto 1997. (Mahkonen 1997)

Maioli, Cesare & Rabbito, Chiara: Privacy and Identity Management in a European e-Health System: An Experience in the Making. Teoksessa Saarenpää, Ahti (toim.): Legal Privacy. Zaragoza, Universidad de Zaragoza 2008, s. 235–259. (Maioli – Rabbito 2008)

Pahlman, Irma (toim.): Asiakastietojen käsittely, salassapito ja asiakkaan tiedonsaantioikeus sosiaali- ja terveydenhuollossa. Helsinki, Edita 2010. (Pahlman 2010)

Pahlman, Irma (toim.): Asiakirjajulkisuus ja tietosuoja sosiaali- ja terveydenhuollossa. Helsinki, Edita 2005. (Pahlman 2005)

Pöysti, Tuomas: Verkkoyhteiskunnan viestintäinfrastruktuurin metaoikeudet. Teoksessa Kulla, Heikki (toim.): Viestintäoikeus. Helsinki, WSOY Lakitieto 2002, s. 35–81. (Pöysti 2002)

Viljanen, Veli-Pekka: Yksityiselämän suoja (PL 10 §). Teoksessa Hallberg, Pekka & Karapuu, Heikki & Scheinin, Martin & Tuori, Kaarlo & Viljanen, Veli-Pekka (toim.): Perusoikeudet. Helsinki, Werner Söderström Lakitieto 1999, s. 333–351. (Viljanen 1999)

Voutilainen, Tomi: ICT-oikeus sähköisessä hallinnossa. Helsinki, Edita 2009. (Voutilainen 2009)

Ylipartanen, Arto: Tietosuoja terveydenhuollossa – potilaan asema ja oikeudet henkilötietojen käsittelyssä. 3. uudistettu painos. Helsinki, Tietosanoma 2010. (Ylipartanen 2010)

Virallislähteet

HE 185/1991 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi potilaan asemasta ja oikeuksista.

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

HE 33/1994 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle terveydenhuollon ammattihenkilöitä koskeväksi lainsäädännöksi.

HE 30/1998 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi viranomaisten toiminnan julkisuudesta ja siihen liittyviksi laeiksi.

HE 96/1998 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle henkilötietolaiksi ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi.

HE 253/2006 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle sosiaali- ja terveydenhuollon asiakastietojen sähköistä käsittelyä koskeväksi lainsäädännöksi.

KOM (2012) 10 lopullinen: Ehdotus Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiiviksi yksilöiden suojelusta toimivaltaisten viranomaisten suorittamassa henkilötietojen käsittelyssä rikosten torjumista, tutkimista, selvittämistä ja syytteenpanoa tai rikosoikeudellisten seuraamusten täytäntöönpanoa varten sekä näiden tietojen vapaasta liikkuvuudesta.

EOA 3256/4/07.

EOA 1840/4/10.

EIT I v. Finland -tapaus 17.10.2008.

Muut

Hyppönen, Hannele & Winblad, Ilkka & Reponen, Jarmo & Lääveri, Tinja & Vänskä, Jukka: Lääkärien kokemukset alueellisesta potilastietojen vaihdosta. THL:n raportti 5/2012.

<http://www.thl.fi/thl-client/pdfs/f4191f01-b6f7-46c0-b0eb-8358a66aca39>, vierailupäivä 24.10.2012. (Hyppönen – Winblad – Reponen – Lääveri – Vänskä 2012).

Sosiaali- ja terveysministeriö: Potilasasiakirjojen laatiminen sekä niiden ja muun hoitoon liittyvän materiaalin säilyttäminen – opas terveydenhuollon henkilöstölle. Oppaita 2001:3.

<http://pre20031103.stm.fi/suomi/pao/julkaisut/paosisallys80.htm>, vierailupäivä 24.10.2012. (STM 2012).

Terveydenhuollon oikeusturvakeskus (TEO): Yksityisen terveydenhuollon potilasasiakirjat. 5.9.2007. http://www.valvira.fi/files/ohjeet/ohje_TEO_yksityisen_th_potilasasiakirjat.pdf, vierailupäivä 24.10.2012. (TEO 2007)

Winblad, Ilkka & Hyppönen, Hannele & Vänskä, Jukka & Reponen, Jarmo & Viitanen, Johanna & Elovainio, Marko & Lääveri, Tiina: Potilastietojärjestelmät tuotemerkeittäin arvioitu. Suomen lääkärilehti 50–52/2010 vsk 65, s. 4185–4194. (Winblad – Hyppönen – Vänskä – Reponen – Viitanen – Elovainio – Lääveri 2010).

Is There a Subjective Right to Medical Treatment according to Finnish Legislation?

Keywords: subjective right, legislation regarding medical treatment, the rights of a patient, the organising obligation of a municipality

Marie Pihlström

English Abstract

The article concentrates on three issues: to what extent is there a subjective right to medical treatment, how is it implemented and what legal remedies does a person have in order to authenticate his or her right.

According to common definitions, a subjective right should be guaranteed by legislation, the content of the right should be clearly formulated, the right should be non-aligned to the budget and the right should correspond to an obligation of the public authorities.

It can be argued that the subjective right to urgent medical treatment is guaranteed through the Constitution of Finland Section 19.1 and special enactments regarding health care. A person's right to non-urgent medical treatment is based on the consideration of need (=behovsprövning) and therefore more difficult to invoke.

On the other hand, the legal remedies for authentication of the right to (urgent) medical treatment are in practice remote and ineffective. If a person has no possibility to have his or her right to treatment confirmed by a court of justice, one can ask whether such a right actually exists.

Full Article in Finnish

Frågan om s.k. subjektiv rätt till sjukvård

Sökord: subjektiv rätt, sjukvårdslagstiftning, patientens rättigheter, kommunens ordnings- skyldighet

1 Artikelns frågeställning och om subjektiv rättighet

I min artikel skall jag koncentrera mig på tre stora frågor: i vilken mån finns det en subjektiv rätt till sjukvård, hur förverkligas den och vilka är följderna ifall rätten inte förverkligas, d.v.s. vad den enskilda har för rättskyddsmedel. I artikeln utgår jag ifrån sjukvård i dess traditionella betydelse och lämnar lagstiftningen gällande mentalsjukvård och handikappade utanför arbetet. Jag avgränsar inte helt ut tandvården eftersom största delen av rättsregler och -praxis som gäller tandvård kan också tillämpas på sjukvård.

Mäenpää definierar begreppet subjektiv rättighet som "en lagstadgad rätt, förmån eller service, som ett förvaltningsorgan är skyldigt att bevilja eller på annat sätt garantera åt den som uppfyller de stadgade villkoren för att få rätten eller förmånen".¹ I den juridiska litteraturen verkar det råda en relativt enhällig uppfattning om definitionen av subjektiv rätt.² Däremot skiljer sig argumentationen om bl.a. vad en subjektiv rätt bär med sig.³ Hidén skriver att en subjektiv rätt kan i domstol åberopas direkt med stöd av grundlagen.⁴ Tuori i sin tur har utarbetat en teori enligt vilken subjektiv rätt följer formeln "A har rätt till T gentemot B"⁵, och Eriksson talar om "äktade rättigheter" i stället för subjektiva⁶. De gemensamma dragen som litteraturen framför gällande subjektiv rätt utgörs av följande:

- rätten är oftast garanterad i lag,
- rättens innebörd skall vara tydligt och klart formulerad,
- rätten skall vara oberoende av budgeten och, det mest centrala,
- rätten motsvaras av en skyldighet hos den offentliga makten.

Jag diskuterar definitionen mer precist senare i mitt arbete i samband med olika rättsregler. Hurdana typer av rättigheter är då oftast subjektiva? Av grundrättigheterna är vissa av de ekonomiska, sociala och kulturella rättigheterna (nedan ESK-rättigheter) och frihetsrättigheterna subjektiva.⁷ Trots

1 Mäenpää 2003, s. 196.

2 Se t.ex. Sutela 2003, s. 40 och Hannuniemi 1999, s. 290.

3 Vissa går t.o.m. så långt att subjektiv rätt och rättighet är samma sak, d.v.s. att alla rättigheter är subjektiva. Se Ellilä 2007, s. 108.

4 Hidén 1999, s. 24.

5 Tuori – Kotkas, 2008 s. 243.

6 Eriksson 1993, s. 186.

7 Hallberg m.fl. 2011, I Johdanto - 1. Perusoikeusjärjestelmä - Perusoikeuksien ryhmittely ja ulottuvuus - Perusoikeuksien luokittelua - Muut luokittelut. Besöksdag 1.9.2012.

att det finns grundrättigheter som kan anses vara subjektiva är de flesta subjektiva rättigheter garanterade genom vanlig lagstiftning.⁸ I allra flesta fall gäller också att rättigheten som garanteras i grundlagen skall regleras noggrannare i vanlig lag, också de subjektiva rättigheterna.⁹ De subjektiva rättigheterna berättigar oftast till ekonomisk förmån¹⁰, men det finns också undantag som t.ex. yttrandefrihet.

Vad innebär det då i praktiken för individen att ha subjektiv rätt till något? För det första kan konstateras att subjektiv rätt är den starkaste formen av rättigheter.¹¹ Detta för med sig att myndigheterna saknar prövningsrätt i förverkligandet av subjektiva rättigheter; rättigheterna skall garanteras åt var och en som uppfyller kriterierna för den och för myndigheten kvartstår endast att utreda huruvida kriterierna uppfylls.¹² Kriterierna som möjligen finns för att få en rättighet som garanterats subjektivt får varken stå i strid med grundläggande eller mänskliga rättigheter och ett möjligt återkrav av subjektiv förmån måste alltid grunda sig på lag.¹³ Subjektiv rätt kan inte begränsas eller förvägras genom förvaltningsbeslut. Begränsning eller förvägring måste alltid grunda sig på lag.¹⁴ Utav detta torde man kunna härleda att subjektiva rättigheter som har garanterats genom grundlag borde också kunna begränsas endast till förmån för andra grundlagsrättsliga principer eller genom lag som stiftats i grundlagsordning.

I följande kapitel kommer jag att redogöra för bakgrunden till rätten till sjukvård för att se hur de rättsregler vi har idag har utformats och för att granska de rättshistoriska orsakerna till att personer bosatta i Finland kan vända sig till det offentliga för att få sjukvård.

2 Bakgrund till rätten till sjukvård

I Finland stiftades sjukvården till kommunens uppgift för första gången i slutet av 1600-talet. Kommunalförvaltningslagarna från åren 1686 och

8 Sutela 2003, s. 41.

9 Tuori – Kotkas 2008, s. 209ff.

10 Mäenpää 2003, s. 196f.

11 Se Ibid samt Ellilä 2007, s.104.

12 Mäenpää 2003, s. 196.

13 Eriksson 1993, s.186.

14 Mäenpää 2003, s. 196f.

1698 ålade kommunerna att bygga sjukstugor för sina invånare. År 1763 trädde en hospitalordning i kraft som förpliktigade kommunerna att ta hand om patienter som led av smittsamma sjukdomar, de som var obotligt sjuka samt de som led av en sinnessjukdom.¹⁵ Sedan dess har både attityderna till sociala rättigheter samt de sociala rättigheternas status i rättssystemet ändrats. Ännu på 1800-talet låg fattigvårdsförordningarna lågt i normhierarkin, de var formellt sett bara förordningar. Idag är alla nämnvärda rättsregler gällande social- och hälsovård stiftade på lagnivå.¹⁶

Det självständiga Finlands första grundlag, regeringsformen från 1919, innehöll ett kapitel om grundläggande rättigheter. Den centrala, man kanske t.o.m. kan säga den enda, sociala rättigheten innan grundrättighetsreformen 1995 var rätten till arbete.¹⁷ På vanliga lagars nivå gjorde lagstiftaren på 1900-talet framsteg gällande sjukvårdslagstiftningen. 1964 års sjukförsäkringslag tryggade utkomsten under sjukdom och folkhälsolagen från 1972 förpliktigade kommunerna att grunda hälsocentraler.¹⁸ Däremot var de sociala skyldigheternas uppdelning mellan staten och kommunerna i sin helhet mycket bristfällig i Finland under största delen av 1900-talet.¹⁹

I samband med grundrättighetsreformen 1995 skrevs ESK-rättigheterna in i grundlagen och dessutom ville man förbättra den enskildas rätt att direkt hänvisa till grundlagen för att få sina rättigheter fastställda. Främsta orsaken till reformen var att Finland skulle genomföra de skyldigheter som man förbundit sig till i internationella avtal²⁰: ESK-avtalet och sociala stadgan. Dessa avtal förpliktigar staterna - den enskilda kan inte hänvisa direkt till dem.²¹ Däremot kan avtalen i svåra tolkningssituationer motivera den tolkning som beviljar den enskilda en subjektiv rätt.²² De internationella avtalen införde en universalitetsprincip; utgångspunkten är att grundrättigheterna

15 Ellilä 2007, s. 94.

16 Eriksson 1993, s. 183.

17 Ibid, s.184.

18 Tuori – Kotkas 2008, s. 95.

19 Ellilä 2007, s. 99.

20 Sutela 2003, s. 18ff.

21 Hallberg m.fl. 2011, III Yksittäiset perusoikeudet - 15. Sosiaaliset oikeudet - Sosiaalisten oikeuksien oikeusperusta - Ihmisoikeuksina turvatut sosiaaliset oikeudet. Besöksdag 1.9.2012.

22 Tuori – Kotkas 2008, s. 191.

skall garanteras åt var och en, inte endast åt finska medborgare, vilket var fallet i regeringsformen.²³

ESK-rättigheterna är nu garanterade på grundlagsnivå, vilket har medfört att även de sociala rättigheterna anses vara bindande rättsnormer. I stället för att diskutera deras bundenhet som rättsregler har man gått över till frågor om vilka rättigheter som innefattas av de sociala rättigheterna och vem är förpliktigad respektive berättigad.²⁴

Till näst behandlar jag de materiella frågorna och går in på grundlagens samt vanliga lagars föreskrifter då det gäller frågan om subjektiv rätt till sjukvård.

3 Lagstiftningen som gäller rätt till sjukvård

3.1 Garanteras subjektiv rätt till sjukvård genom grundlagen?

De sociala rättigheterna som är tryggade som grundrättigheter är nedskrivna i grundlagen 19 §. De lagrum som är relevanta för rätten till sjukvård är rätten till oundgänglig försörjning och omsorg (19.1 §) och det allmännas skyldighet att tillförsäkra var och en tillräckliga social-, hälso- och sjukvårdstjänster (19.3 §). I den rättsliga litteraturen verkar det inte råda någon oenighet om att rätten till oundgänglig försörjning och omsorg är en subjektiv rättighet, vilket är naturligt om man utgår ifrån att lagrummet skall skrivas i formen av en rättighet, inte som det offentligas skyldighet: "(a)lla som inte förmår skaffa sig den trygghet som behövs för ett människovärdigt liv har rätt till oundgänglig försörjning och omsorg." I själva verket delar största delen av författarna åsikten att 19.1 § samt rätten till avgiftsfri undervisning (16.1 §) är de enda ESK-rättigheterna som *grundlagen* garanterar som subjektiva rättigheter.

Vad har då 19.3 §, som uttryckligen gäller sjukvård, för rättsverkningar? Enligt 19.3 § skall det allmänna, enligt vad som närmare bestäms genom lag, tillförsäkra var och en tillräckliga social-, hälsovårds- och sjukvårdstjänster samt främja befolkningens hälsa. Genom lag skall stadgas om hur tillräck-

²³ Ibid s. 204ff.

²⁴ Sakslin 1999, s. 224.

liga tjänster tryggas, vad som kan avses som tillräckliga tjänster och när man har rätt till tjänsterna.²⁵ Tillräckligheten av tjänsterna skall enligt paragrafens detaljmotiveringar tolkas så att sjukvårdstjänsterna gör det möjligt för varje människa att fungera som en fullvärdig medlem i samhället.²⁶ Gällande den enskildas rätt lämnar grundlagen öppet för lagstiftaren att avgöra om sjukvården tryggas som subjektiv rättighet.²⁷ 19.3 § skall inte som sådan tillämpas av myndigheter, men lagrummets innebörd kan vid oklara fall tala för en grundlagsvänligare tolkning.²⁸ Som Hidén skriver är det nämnvärt att påpeka att vid implementeringen av ESK-rättigheterna var ett av syftena att de skulle bli direkt tillämplig rätt i utövningen av offentlig makt. Men denna rätt skulle vara svår att förverkliga om man samtidigt skulle neka en enskild rätten att direkt hänvisa till grundlagen för att trygga sin rätt. Resultatet av detta blir att individens rätt förblir det som speciallagen, och inte det som grundlagen, föreskriver.²⁹ Av detta kan dras slutsatsen att åtminstone 19.3 § inte tryggar subjektiv rätt till sjukvård. Jag kommer nedan att behandla frågan ifall speciallagarna gör det.

Kan då 19.1 §, som garanterar subjektiv rätt till oundgänglig försörjning och omsorg, garantera rätt till sjukvård? Arajärvi skriver att stadgandet om oundgänglig omsorg i 19.1 § förutsätter social- och hälsovårdstjänster.³⁰ Detta kunde tolkas som att 19.1 § *indirekt* garanterar subjektiv rätt till sjukvård, eftersom rätten till sjukvård inte uttryckligen skrivits ut utan blir endast ett nödvändigt medel för att garantera oundgänglig omsorg. Denna tolkning blir problematisk om man utgår ifrån att rättens innebörd skall vara tydligt och klart formulerad för att rätten skall anses vara subjektiv. Om man däremot utgår ifrån att 19.1 § garanterar subjektiv rätt till sjukvård kan man ställa frågan huruvida rätt till alla slags medicinska ingrepp som innefattas av ordet sjukvård garanteras. Enligt Ellilä garanterar 19.1 § subjektiv rätt till brådskande sjukvård, men p.g.a. paragrafens utvidgade ordalydelse och ändamål kan den även tolkas garantera rätt till icke-brådskande sjukvård.³¹

25 Sakslin 1999, s. 247.

26 Regeringens proposition (RP) till riksdagen med förslag till ändring av grundlagarnas stadganden om de grundläggande fri- och rättigheterna, RP 309/1993 rd.

27 Sutela 2003, s. 44.

28 Huhtanen 2002, s. 654.

29 Hidén 1999, s. 24.

30 Arajärvi 2011, s. 52.

31 Ellilä 2007, s. 104.

Jag själv skulle inte tolka 19.1 § att även gälla icke-brådskande sjukvård på grund av ordet "oundgänglig" - sjukvård kan ju också innebära ingrepp som endast förbättrar livskvaliteten men som inte är nödvändiga för att överleva. Däremot är det befogat att tänka att 19.1 § omfattar brådskande sjukvård eftersom den är en förutsättning för att överleva. Även förarbetena talar för denna tolkning.³² Å andra sidan kan man tänka sig att endast medicinska ingrepp som tas inom ramen för brådskande sjukvård inte räcker för att garantera ett människovärdigt liv i enlighet med 19.1 §. Exempelvis kan nämnas operationer av grava handikapp; dessa omfattas inte (se nedan 4.1) av brådskande sjukvård men kan icke desto mindre bidra till att säkerställa ett människovärdigt liv. Slutsatsen som man kan dra av ovan är att 19.1 § kunde tänkas garantera subjektiv rätt till *åtminstone* brådskande sjukvård.

Man kan också argumentera för att grundlagen 7 §, rätt till liv, garanterar brådskande sjukvård som subjektiv rätt. Från rätten till liv kan nämligen härledas rätten till att hållas vid liv, för vilket brådskande sjukvård är en nödvändighet.³³

3.2 Rätt till sjukvård i enlighet med speciallagarna

Hälsovårdstjänsterna delas in i primärvård som regleras i folkhälsolagen, specialiserad sjukvård som regleras i lagen om specialiserad sjukvård och mentalvård som regleras i mentalvårdslagen. I hälso- och sjukvårdslagen (hälsovårdslagen) stadgas om tillhandahållande av hälso- och sjukvård samt innehållet i hälso- och sjukvården. Av relevans är också lagen om patientens ställning och rättigheter (patientlagen). Mentalvården lämnar jag utanför mitt arbete, eftersom den delvis omfattas av andra rättsprinciper p.g.a. sin speciella natur.

I patientlagen 3.1 § stadgas det att var och en som varaktigt bor i Finland har utan diskriminering och inom gränserna för de resurser som vid respektive tidpunkt står till hälso- och sjukvårdens förfogande rätt till sådan hälso- och sjukvård som hans eller hennes hälsotillstånd förutsätter. Paragrafens ordalydelse ger ett tydligt budskap om att subjektiv rätt till sjukvård inte garanteras utgående från patientlagen. Det finns två fakta som talar för

³² RP 309/1993 rd.

³³ Hannuniemi 1999, s. 290f.

detta: villkoret gällande resurserna och villkoret om vad *hälsotillståndet förutsätter*. Å andra sidan utgår Arajärvi ifrån att även rättigheter som förutsätter på prövning grundad tolkning kan vara subjektiva.³⁴ Jag anser att ju mer tolkningsbar rätten är desto svårare blir det att åberopa den och därmed visa att det handlar om en subjektiv rättighet. Partanen har tolkat 3.1 § så att i patientlagen stadgas om ett graderat hälsovårdssystem, som garanterar tillgång till vård utifrån hälsotillståndets behov.³⁵ Vi kommer nedan att se att behovsprövning gäller också i beslutsfattandet om rätt till icke-brådskande vård enligt lagen om specialiserad sjukvård.

I hälsovårdslagen 6 kapitel stadgas om att få vård. Enligt 50 § i nämnda lag ska brådskande sjukvård ges patienten oberoende av var han eller hon är bosatt. Motsvarande upphävda bestämmelse i folkhälsolagen löd att kommunen skall *oberoende av patientens boningsort ordna brådskande öppen sjukvård*. Denna bestämmelse har också använts som argument för att brådskande sjukvård är garanterad som subjektiv rättighet. Om man ser på bestämmelsernas ordalydelse blir argumentet problematiskt om man utgår ifrån att subjektiv rätt skall skrivas ut som en rättighet, inte som en skyldighet för den offentliga makten, i vilken form nämnda lagrum är skriven. I övrigt verkar 50 § uppfylla de fyra kriterier som jag i första kapitlet listade för subjektiv rättighet.

Hälsovårdslagen handlar mest om kommunens skyldigheter gällande sjukvård, vilket jag återkommer till i kapitel 4. För frågan om rätt till sjukvård är lagen om specialiserad sjukvård mest relevant. I nämnda lags 3.1 § föreskrivs om hemkommunens skyldigheten att ordna *behövlig specialiserad sjukvård* i enlighet med hälsovårdslagen. I 30 § föreskrivs att den som är i brådskande behov av sjukvård ska likväl trots hemkommun beredas sjukvård.

Ovan refererade paragrafer har hänvisats till då man i rättspraxis har varit tvungen att ta ställning till huruvida det finns subjektiv rätt till sjukvård och när i så fall en sådan rätt finns, vilket jag skall diskutera utförligare i följande kapitel. Här kan konstateras något gällande lagrummens inbördes förhållanden. Flera författare har ansett att patientlagens resursvillkor inte

34 Arajärvi 2011, s. 91.

35 Partanen 1994, s. 65.

begränsar kommunens plikt att ordna sjukvård utifrån andra lagar. Både i lagen om specialiserad sjukvård och folkhälsolagen har gjorts förnyelser år 2005 för att lagarna bättre skulle motsvara rättigheterna garanterade i grundlagen. Likväl har man år 2010 stiftat en helt ny hälso- och sjukvårdslag. Lohiniva-Kerkelä har konstaterat att patientlagens sekundära ställning beror på att grundlagen stiftats efter patientlagen och dess bestämmelser om rätt till sjukvård är primära.³⁶ Sakslin har förklarat förhållandet så att största delen av den sociala lagstiftningen har stiftats före grundlagsreformen och därför måste speciallagarna tolkas i grundlagsenlig anda.³⁷ Ellilä i sin tur konstaterar att folkhälsolagen, som inte innehåller en resursklausul, kompletterar patientlagen och därför är resursvillkoret inte i kraft.³⁸ Den nya hälsovårdslagen innehåller ett stadgande (24.2 §) om att sjukvården ska genomföras med beaktande av patientens behov av medicinsk eller odontologisk behandling och i enlighet med de enhetliga grunderna för vård. Ordalydelsen *med beaktande av patientens behov* innebär i praktiken något slag av behovsprövning, vilket i sin tur enligt min uppfattning också talar emot existensen av en subjektiv rätt eftersom rätten på grund av behovsprövningen inte är tydlig i enskilda fall. I 4.1 § stadgas att kommunerna skall anvisa tillräckliga resurser för hälso- och sjukvårdstjänster. Resursvillkoret är likväl av hög relevans eftersom även resursbundenhet är ett tecken på att rätten till (icke-brådskande) sjukvård inte är subjektiv. Subjektiva rättigheter skall ju garanteras oberoende av resurserna. Jag anser att man inte helt borde förbise resursvillkoret gällande frågan om subjektiv rätt till sjukvård eftersom lagen om specialiserad sjukvård också innehåller en klausul om behovsbundenhet, vilket vi kommer se att tyder på att rätten är bunden till resurserna.

I följande kapitel granskar jag kommunernas ordningsskyldighet och i vilken mån en enskild person i ett konkret fall kan kräva vård av kommunen, d.v.s. hur rätten förverkligas i praktiken.

36 Lohiniva – Kerkelä 2007, s. 95f.

37 Sakslin 1999, s. 227.

38 Ellilä 2007, s. 163.

4 Kommunerna som förverkligare av rätten

4.1 Allmän och speciell ordningsskyldighet

Fördelningen av skyldigheten mellan staten och kommunerna att ordna (sociala) tjänster förutsätter alltid lagstiftning (med rätt till oundgänglig försörjning och omsorg enligt 19.1 § som undantag).³⁹ Grundlagen 19.3 § förutsätter att den offentliga makten tryggar tillräckliga sjukvårdstjänster, vilket har utfärdats till kommunens skyldighet genom folkhälsolagen, lagen om specialiserad sjukvård och hälsovårdslagen. Trots att skyldigheten att förverkliga sjukvårdstjänsterna är ålagd kommunerna har staten ändå ordningsskyldigheten i sista hand eftersom det är staten som är bunden av internationella avtal som tryggar de mänskliga rättigheterna och staten kan inte delegera denna skyldighet åt kommunerna.⁴⁰ Statens skyldighet att i sista hand trygga sjukvårdstjänsterna kan också härledas från att uppgifter som särskilt har stadgats till kommunen är under speciell statsövervakning.⁴¹ Statens plikt kan också motiveras med kommunens rätt att av staten få finansiering för dessa uppgifter enligt lagen om planering av och statsunderstöd för social- och hälsovården.

Med undantag av regel i lagen om specialiserad sjukvård om att kommunen måste höra till en samkommun och ett sjukvårdsdistrikt, får kommunen själv bestämma hur den ordnar sjukvårdstjänsterna.⁴² Huhtanen skriver att i och med statsandelsreformen för social- och hälsovårdstjänster 1993 ökade kommunens prövningsrätt gällande ordnandet av sjukvårdstjänster.⁴³ Enligt mig är påståendet åtminstone delvist paradoxalt eftersom kommunernas uppgifter ökade och rättsskyddet blev starkare som en följd av grundlagsreformen några år senare.

Kommunens ordningsskyldighet har i rättslitteraturen delats in i allmän och speciell ordningsskyldighet. Allmän ordningsskyldighet gäller för resursbundna rättigheter (även kallade objektiva rättigheter) och speciell för

39 Saksliin 1999, s. 232.

40 Sutela 2003, s. 34.

41 Hannus – Hallberg – Niemi 2009, s. 55.

42 Narikka 2006, s. 103f.

43 Huhtanen 2002, s. 656.

subjektiva. Som vi kommer att se är gränsen mellan allmän och speciell ordningsskyldighet inte alltid entydig.⁴⁴

I Finland är (all) sjukvård inte garanterad som en subjektiv rättighet som i t.ex. Nederländerna.⁴⁵ Enligt allmän uppfattning är den subjektiva rätten inom sjukvård (d.v.s. sjukvård som måste garanteras oberoende av budgeten) begränsad huvudsakligen till brådskande sjukvård som garanteras i hälsovårdslagen och lagen om specialiserad sjukvård och som kommunen är skyldig att ordna åt också andra än sina egna invånare.⁴⁶ Eftersom i varken hälsovårdslagen eller lagen om specialiserad sjukvård är rätten garanterad i formen "...har rätt till..." utan som det offentliga skyldighet, stämmer inte argumentet, som så många rättsvetare använder, att subjektiva rättigheter garanteras som rätt och att skyldigheter ålagda åt det offentliga endast ger upphov till en objektiv rätt. Enligt min mening kan man just därför inte tala om objektiva rättigheter, inte i alla fall med att de kännetecknas av någons skyldighet. Teorin om objektiva rättigheter i denna mening är enligt mig endast ett teoretiskt tankemedel som inte är användbart i konkreta fall. Därför skulle jag använda ordparet objektiv rätt hellre i bemärkelsen resursbundna rättigheter.

Hur avgör man då vad som är brådskande sjukvård och därmed hör till kommunens speciella ordningsskyldighet? Frågan är mycket relevant ur en patients synvinkel, eftersom rätten till brådskande sjukvård har ansetts vara subjektiv rätt, medan icke-brådskande sjukvård anses vara en rätt som är bunden till resurserna. Före hälsovårdslagen definierades inte brådskande sjukvård närmare i lagstiftningen, men man ansåg allmänt att patienten var vid behov av brådskande sjukvård då sjukdomens eller skadans art väsentligt försämrades inom en kort tid.⁴⁷ Numera definieras brådskande sjukvård i hälsovårdslagen 50.1 § som omedelbar bedömning och behandling som inte kan skjutas upp utan att sjukdomen förvärras eller kroppsskadan försvåras och som gäller akut sjukdom, kroppsskada, försämring av långvarig sjukdom eller funktionsnedsättning. Patientens subjektiva rätt för dock inte med sig en rätt att välja hur vården förverkligas eller vilka medicinska åt-

44 Mäenpää 2003, s. 199.

45 Tervo 1994, s. 34.

46 Huhtanen 2002, s. 655.

47 Narikka 2006, s. 555.

gärder som skall tas, utan det avgörs av en yrkesperson inom hälsovården⁴⁸; detta torde fortfarande gälla i sista hand trots att man genom hälso- och sjukvårdsreformen 2010 har velat utöka klienternas val- och inflytelsemöjligheter⁴⁹.

Enligt Hannuniemi kunde kommunens egna beslut ge upphov till en rätt som påminner om subjektiv rätt,⁵⁰ medan Mäenpää anser att beslut som ingår i förvaltningsverksamhet inte i sig självt ännu grundar åt den enskilda en definitiv rätt.⁵¹ Mäenpääs tolkning torde vara riktigare, eftersom kommunernas praxis i någon mån skiljer sig från varandra, och det vore inte i enighet med de förvaltningsrättsliga principerna att patientens rättsställning skulle vara beroende av vilken kommun som erbjuder tjänsterna åt honom eller henne.

Eftersom den brådskande sjukvården har ansetts höra till kommunens speciella ordningsskyldighet har man utgått ifrån att icke-brådskande sjukvård (som kommunen är skyldig att ordna endast åt sina invånare) ingår i kommunens allmänna ordningsskyldighet och att icke-brådskande sjukvård således är en resursbunden rättighet. För resursbundna sjukvårdstjänsters del gäller enligt lagen om specialiserad sjukvård 3.1 § ett behövlighetsvillkor. Till vilken del är då sjukvårdstjänsterna behövliga? Kommunens allmänna ordningsskyldighet bestäms inte endast utgående från allmänt behov, utan också utgående från behov som individuella hälsotillstånd förutsätter.⁵² Detta framgår även ur ordalydelsen i patientlagen 3.1 § och hälsovårdslagen 24.2 §. Av praktiska skäl och resursernas knapphet kan sjukvårdstjänster inte ordnas åt alla. Då måste kommunen bestämma utgående från behovsprövning vem som har mest behov av tjänsterna och prövningen fås inte göras t.ex. utgående från kostnaderna.⁵³ Här gäller framförallt jämlikhetsprincipen, och all särbehandling skall grunda sig på medicinska skäl.⁵⁴

48 Ibid s. 469f.

49 Se Regeringens proposition till Riksdagen med förslag till lag om hälso- och sjukvård samt lagar om ändring av folkhälsolagen, lag om specialiserad sjukvård och lagen om klientavgifter inom social- och hälsovården, RP 90/2010 rd.

50 Hannuniemi 1999, s. 301.

51 Mäenpää 2003, s.198.

52 Tuori – Kotkas 2008, s. 277.

53 Ibid, s. 174.

54 Lohiniva – Kerkelä 2007, s. 24.

Hur inverkar då resursbundenheten på kommunens skyldighet, och när kan kommunen legitimt hänvisa till att det inte finns resurser? Högsta förvaltningsdomstolen (HFD) har tagit ställning till frågan i fallet 2002:21 där kommunen inte hade ordnat bypassoperationer till patienter vars behov inte diagnostiserats som brådskande. Kommunen hade hänvisat till brist på resurser, vilket HFD ansåg innebära att kommunen hade underlåtit sin i lagen om specialiserad sjukvård 3.1 § stadgade ordningsskyldighet. Fallet är såtillvida speciellt att resursernas knapphet är en godkännbar orsak för att avslå rätten till icke-brådskande vård, och HFD hade inte heller nekat att fallet inte skulle ha gällt icke-brådskande vård.⁵⁵ Sutela har tolkat fallet så att det finns subjektiv rätt till icke-brådskande sjukvård då patienten anses ha behov av den.⁵⁶ Jag anser att tolkningen är för modig i och med att den inte framgår ur lagrummens ordalydelse och kommunens självstyre hindrar att man obegränsat kunde utöka kommunens skyldigheter ens med vanlig lag.⁵⁷ Däremot är Huhtanens tolkning mera befogad då hon skriver att kommunen inte kan åberopa brist på budget då *kommunen själv har underskattat kommuninvånarnas behov* och därmed öronmärkt åt den icke-brådskande sjukvården för litet medel i sin budget.⁵⁸ Så var det ju i detta fall eftersom kommunen hade nekat vård för alla icke-brådskande patienter i behov av bypassoperation med hänvisning till budgeten.

4.2 När har kommunen underlåtit sin ordningsskyldighet?

I rättspraxis har det ansetts att sådana beslut är lagstridiga genom vilka kommunen avslagit en sjukvårdstjänst av någon som varit i behov av den utan att kommunen skulle ha motiverat avslagandet med en godkännbar grund, genom vilka företräden till resursbundna tjänster avgörs.⁵⁹ Ur HFD:s rättspraxis gällande kommunens allmänna ordningsskyldighet framgår det att kommunen inte kan uppsätta villkor eller begränsningar ens för resursbundna rättigheter om dessa begränsningar inte grundar sig på lag. Enligt HFD:s praxis får kommunen inte heller neka rätt till sjukvård för en patient som uppfyller kriterierna för att få vård om det finns anlag kvar.⁶⁰

55 Huhtanen 2002, s. 657.

56 Sutela 2003, s. 49.

57 Se Tuori – Kotkas 2008, s. 212.

58 Huhtanen 2002, s. 659.

59 Ibid s. 660.

60 Tuori – Kotkas 2008, s. 251.

Kommunen skall anvisa resurser till alla lagstadgade resursbundna tjänster, vilket grundar sig på lagen om planering av och statsandel för social- och hälsovården 3 §.⁶¹ Det vore lagstridigt om kommunen fattade ett beslut till följd av vilket kommuninvånarna skulle helt utelämnas rätten till sjukvård; även till de tjänster som är resursbundna.⁶² I fallet HFD 2002:21 hade kommunen underlåtit sin allmänna ordningsskyldighet då den utslöt rätten till icke-brådskande sjukvård inom ett visst medicinskt område för alla dess invånare eftersom kommunens sjukhus inte kunde ordna dessa tjänster åt en enda invånare under hela året 1995.⁶³

Man måste komma ihåg att ordnandet av även resursbundna sjukvårdstjänster hör till kommunens lagstadgade skyldigheter, och om kommunen nekar sin invånare en sådan tjänst måste beslutet grunda sig på en utredning av den enskilda patientens behov och därpå följande individuell prövning.⁶⁴ Huhtanen har motiverat det genom att kommunens praxis inte får förbigå enskilt behov ens för sjukvård som är inom ramen för kommunens allmänna ordningsskyldighet.⁶⁵ Av detta följer att man kan ställa befogat frågan om när kommunerna i så fall kunde hänvisa till resurserna eller förlorar uppdelningen allmän och speciell ordningsskyldighet helt och hållet sin betydelse.

Men hur är det med situationer där patienten ställts i kö? Hur länge kan man vara tvungen att köa utan att kommunen anses ha brutit mot sin skyldighet att tillställa sjukvårdstjänster? Genom ändringar i folkhälsolagen och lagen om specialiserad sjukvård infördes tidsfrister för icke-brådskande sjukvård, vilka trädde i kraft 1 mars 2005 (den s.k. vårdgarantin). De nuvarande bestämmelserna gällande tidsfristerna finnes i hälsovårdslagen 51–53 §. Det är klart att kommunen underlåtit sin ordningsplikt ifall patienten inte får vård inom de utsatta tidsfristerna. Eftersom tidsfristerna är angivna med villkoret ”senast” kan kommunen inte systematiskt låta patienten köa maximitiderna utan kötiden (ifall det finns en sådan) måste anpassas efter den enskilda patientens behov genom att den som har mer brådskande behov erbjuds vård snabbare. I rättslitteraturen har det framförts att köandet inte

61 Narikka 2006, s. 98.

62 Ylikylä – Leiva 2003, s. 101.

63 Huhtanen 2002, s. 661.

64 Ylikylä – Leiva 2003, s. 101.

65 Huhtanen 2002, s. 661.

får vara så länge att rätten till sjukvård skulle mista sin betydelse,⁶⁶ och att kommunen har underlåtit sin skyldighet då läkaren ställer patienten i kön fastän han vet att kön inte rör på sig och det finns en risk att patienten avlider i kön.⁶⁷ Om en kommun eller en samkommun för ett sjukvårdsdistrikt inte själv kan ge vård eller behandling inom de längsta angivna väntetiderna, skall den enligt 54 § ordna vården genom att köpa den av någon annan vårdgivare. Detta kan ske t.ex. så att kommunen köper tjänsterna av en privat serviceförmedlare⁶⁸.

Kommunen kan också anses ha brutit mot sin skyldighet att ordna sjukvårdstjänster om den uppbär så höga kundavgifter för vården att tjänsterna helt blir utom räckhåll för vissa människor eller att människorna måste lyfta utkomststöd för att ha råd med dem.⁶⁹

Till näst går jag över till den sista stora frågan: vilka rättsskyddsmedel kan den enskilda ty sig till i frågor som gäller rätt till sjukvård.

5 Vad har den enskilda för rättsskyddsmedel?

5.1 Allmänt om rättsskyddsmedel då det gäller rätt till sjukvård

I rättslitteraturen kombineras subjektiva rättigheter ofta med möjligheten att söka ändring i ärendet. Enligt Arajärvi är det typiskt för subjektiva rättigheter och oftast innebär detta en möjlighet att pröva sitt ärende även i HFD och tvångsverkställan är ofta möjlig.⁷⁰ Hur förefaller rätten till sjukvård som subjektiv rättighet i ljuset av detta kriterium?

Rättsskyddsmedel som finns den enskilda till handa för att få sin rätt till sjukvård fastställd är få om inte obefintliga. En orsak till att möjligheten till ändringssökning inom sjukvården är begränsad beror på sjukvårdens särdrag.⁷¹ Det har inte ansetts vara ändamålsenligt att behandla patientens rättsskydd i domstolsförfarande p.g.a. att det inte skulle garantera en

66 Ellilä 2007, s. 165.

67 Hannuniemi 1999, s. 301.

68 Lohiniva – Kerkelä 2007, s. 105.

69 Tuori – Kotkas 2008, s. 237.

70 Arajärvi 2011, s. 91.

71 Sutela 2003, s. 180.

folknära och entydig process, domstolarna har inte medicinskt sakkunniga medlemmar samt behandlingstiderna får inte bli långa.⁷² För att rättsskyddet skall kunna förverkligas är det viktigt att det finns möjligheter att få sin rätt fastställd ifall man helt eller delvis blivit förvägrad sin rätt. Oftast är detta rättsmedel möjligheten att anföra besvär men denna möjlighet finns inte då det gäller rätt och intagande till sjukvård eftersom ett beslut om vård inte anses vara ett förvaltningsbeslut⁷³ utan vara del av faktisk förvaltningsverksamhet.⁷⁴ Detta har HFD motiverat med att vårdbesluten har fattats av en läkare på grundval av 22 § lagen om yrkesutbildade personer inom hälso- och sjukvården, och inte förvaltningslagen.⁷⁵ Då det inte uppgörs skriftliga beslut har det ansetts vara faktisk förvaltningsverksamhet, och detta innefattar just vård av patient.⁷⁶ Ytterligare argument för detta är att läkarens beslut att neka en patient vård vinner inte laga kraft och beslutet kan enligt Liljeström anses representera läkarens, i egenskap av kommunens tjänsteinnehavare, egen åsikt⁷⁷. Undantagen till att det inte fattas överklagbara beslut inom sjukvården är då en person tas in för tvångsvård eller då en myndighet vägrar ge patientuppgifter åt sakäganden;⁷⁸ i alla andra fall måste man ta till annat rättsskydd än förvaltningsbesvär.

HFD-fallet 2002:21 som refererats ovan är ändå ett tecken på att det är möjligt att få sin rättighet fastställd också i domstol. Det skulle vara i strid med de förvaltningsrättsliga principerna om man inte hade någon möjlighet att få sitt sjukvårdsärende prövat i domstol; det handlar ju trots allt om enskildas rättigheter och en mycket konkret och relevant sak för individen. Man kan ju ifrågasätta hela rättigheten om det inte fanns en möjlighet att få den fastställd. Som motargument har framförts att ändringsökningen inte måste garanteras genom möjligheten att anföra besvär utan subjektiv rätt kan också fastställas med hjälp av andra rättsmedel.⁷⁹ Sakslin skriver att ifall den offentliga makten underlåter sin skyldighet är det inte rättigheten som är svag utan att mekanismerna som skall trygga förverkligandet av rätten

72 Sorsa 2000, s. 374.

73 Hannuniemi har däremot tagit den ståndpunkten att beslut om vård är ett förvaltningsbeslut, men hon får varken stöd av andra rättsdogmatiker eller HFD:s praxis.

74 Lohiniva-Kerkelä 2007, s. 197.

75 HFD 1997:92.

76 Mäenpää 2003, s. 123f.

77 Liljeström 1998, s. 134.

78 Sorsa 2000, s. 373.

79 Mäenpää 2003, s. 198.

som är svaga.⁸⁰ Jag kan inte se hur en sådan här argumentation kunde spela någon annan än teoretisk roll; för enskilda människor kan det handla om så viktiga saker att rättsskyddet inte kan bestå av endast en teoretisk rättighet utan det måste finnas något konkret.

5.2 Rättsskydd genom förvaltningstvistemål

HFD har i fallet 1997:984 ansett att förvaltningstvistemål är det rätta rättsskyddsmedlet då det gäller beslut om beviljandet av sjukvård. Detta beror på att enligt en vedertagen tolkningspraxis är beslut om vård inte ett överklagbart beslut. Denna tolkning har utvidgats till att också gälla fall där kommunen nekat att efteråt ersätta kostnaderna för vård som den enskilda har fått på privata marknaden.⁸¹

Om förvaltningstvistemål stadgas i förvaltningsprocesslagen 69 §. I förvaltningstvistemål där förvaltningsdomstolen är första instans och en möjlighet att överklaga till högsta förvaltningsdomstolen kan en privatperson kräva att kommunen återbär den obehöriga vinst som kommunen erhållit i form av sparande av sjukvårdskostnader för vård som den borde ha ordnat.⁸² Kommunen kan åläggas denna ersättningsskyldighet även om den inte har instruerat patienten till ifrågavarande vård.⁸³ I förvaltningstvistemål kan man även fastställa existensen av rätten till sjukvård samt denna rättighets innehåll.⁸⁴ Förvaltningstvistemål gäller uttryckligen frågan huruvida *kommunen* har förverkligat sina skyldigheter att anordna vård, inte den enskilda läkarens eller sjukhusets agerande då de nekat vård eller ersättning efteråt av vård som skaffats hos privat.⁸⁵ Detta är i och för sig förståeligt. Liljeström ställer enligt mig helt berättigat frågan om hur en domstol (eller ett annat

80 Sakslin 1999, s. 226.

81 Huhtanen 2002, s. 662.

82 Mäenpää 2005, s. 568.

83 Huhtanen 2002, s. 663.

84 Mäenpää 2003, s. 198.

85 Sutela 2003, s. 38.

organ) skulle kunna häva eller ändra en läkares beslut om vård då dessa beslut endast får fattas av legitimerade läkare⁸⁶.

Hannuniemi har ansett att förvaltningsvistemål inte uppfyller sin funktion som möjlighet till rättsskyddsmedel eftersom sökanden inte har ens en teoretisk chans att få sin rätt tryggad.⁸⁷ Jag håller delvis med om detta eftersom problemet är ju att rätten fastställs på efterhand och då kan skadan redan vara skedd. Allra sämst är det ju för dem som inte har råd att söka sig till privat vård om kommunen har avslagit en ansökan om betalningsförbindelse.

5.3 Andra rättsskyddsmedel; förvaltningsklagan, anmärkning mm.

Man kan inte besvära sig i ärenden som gäller faktiskt förvaltningsverksamhet men däremot kan man anföra en förvaltningsklagan. Som myndighet hos vilken klagomål anförs fungerar justitiekanslern eller riksdagens justitieombudsman då det gäller grundläggande rättigheter och Valvira (Tillstånds- och tillsynsverket för social- och hälsovården) då det gäller verksamheten av yrkespersoner inom hälsovården. Man kan också anföra besvär hos social- och hälsovårdsministeriet eller regionförvaltningsverket (före detta länsstyrelsen).⁸⁸ Laglighetsövervakaren kan undersöka ifall kommunen har agerat enligt gällande lagstiftning och vid behov dela ut en varning. Däremot kan de inte ändra på vårdbeslutet, och därför är förvaltningsklagan inget egentligt medel för ändringssökning.⁸⁹ På grundval av förvaltningsklagan kan heller inga ersättningar föreläggas; det handlar främst om att patienten kan på ett smidigt och icke-formbundet sätt framföra till en högre instans att han eller hon är missnöjd med det bemötande han eller hon fått. Förvaltningsklagan måste dock alltid besvaras med ett avgörande som innehåller fakta som uppkommit i undersökningen samt vilka eventuella åtgärder har vidtagits.⁹⁰

86 Liljeström 1998, s. 138. Likaså skulle en sådan befogenhet vara i praktiken omöjlig att förverkliga. Ärendet borde genast tas till handläggning och domstolen har inte (i alla fall utan sakkunnigledamöter) den medicinska kunskap som krävs för prövandet av de medicinska grunderna för vård. Domstolen kunde högst pröva ifall läkaren använt sin "prövningsrätt" rätt och återförvisa ärendet för ny bedömning till läkaren, vilket skulle förlänga processen nämnvärt.

87 Hannuniemi 1999, s. 292.

88 Ylikylä – Leiva 2003, s. 49.

89 Ibid s. 46f.

90 Lohiniva – Kerkelä 2007, s. 205.

Anmärkning påminner om förvaltningsklagan men framställs åt sjukvårdens ansvariga chefläkare som har möjlighet att snabbt vidta åtgärder i ärendet. Anmärkning har inga självständiga rättsliga påföljder, men kan väl fungera som ett förstadium till andra rättsskyddsmedel.⁹¹ Framställandet av anmärkning leder ofta till att patienten undersöks på nytt eller behovet omprövas.⁹² Därtill kan en patient som är missnöjd med den vård (eller avsaknad av vård) som han eller hon fått ta kontakt med patientombudsmannen för att diskutera eventuella fortsatta åtgärder.

Övriga rättsskyddsmedel som kan komma på fråga är en kommuninvånarens möjlighet att uppgöra en motion till social- och hälsovårdsministeriet om kommunens underlåtelse att ordna sjukvård. Ministeriet kan befordra ärendet till grundtrygghetsnämnden som i sin tur kan avge en rekommendation åt kommunen för att undanröja bristerna i kommunens verksamhet. Utöver detta kan regionförvaltningsverket avlägga ett vite åt kommunen för att följa lagen. Problemen med dessa två förfaranden är att de har visat sig vara tandlösa; regionförvaltningsverkets föregångare länsstyrelsen lär inte ha avlagt ett sådant här vite i ett enda fall.⁹³ I kommunens extrema överträdelser att sköta sin ordningsplikt kan även kommunalbesvär enligt kommunallagen 90 § komma på fråga. Besvären skulle grunda sig på att fastställandet av kommunens budget har varit lagstridigt till den del som budgeten inte tryggar ordnandet av tillräckliga sjukvårdstjänster.⁹⁴

6 Slutsatser

Frågan om s.k. subjektiv rätt till sjukvård och sociala subjektiva rättigheter överhuvudtaget är en 2000-talets grej - tanken om att direkt kunna hävda en social rätt inför domstol har funnits som en allvarlig tanke först i ett par årtionden. Inte ännu heller tycks det finnas något entydigt svar på, eller riktlinjer för, vad en subjektiv rätt innebär. Ordet subjektiv rätt används inte i lagtext, inte heller har social- och hälsovårdsministeriet definierat begreppet. Däremot kan man stöta på uttrycket i vissa lagberedningsarbeten⁹⁵. Om

91 Sutela 2003, s. 191f.

92 Ellilä 1994, s. 151.

93 Sakslin 1999, s. 252f.

94 Ylikylä – Leiva 2003, s. 141.

95 Se t.ex. RP 309/1993 rd.

subjektiv rätt skall tolkas som en rätt som är skriven i form av "...har rätt till..." kan man inte säga att det finns subjektiv rätt till sjukvård. Däremot kan man hävda att det i viss mån finns subjektiv rätt till brådskande sjukvård samt till tillräckliga sjukvårdstjänster *i form av skyldighet för kommunen*. Med denna rätt försvagas också av begränsade möjligheter att få den fastställd i domstol. Kan man överhuvudtaget tala om en rättighet, subjektiv eller annan, om man har förvägrats vård, fått beslutet prövat av chefsläkaren, nekats en gång till och den enda möjligheten att få vård är att vända sig till en privat tjänsteförmedlare? Att ty sig till en privat tjänsteförmedlare eller söka vård på annat håll innebär alltid ett ekonomiskt risktagande som bara de som har råd med det ens har möjlighet till. Genom förvaltningsstvemål kan kommunen åläggas att betala ersättning, men processen är onödigt tung för att få sin rätt fastställd i och med att man inte heller kan ha kännedom om domstolens utslag på förhand.

Utgående från den research och argumentering jag har gjort för och i min artikel, är rätten till brådskande sjukvård starkare än rätten till specialiserad, icke-brådskande sjukvård. Detta beror på att bestämmelserna om icke-brådskande sjukvård är vaga. Begreppet *tillräckliga sjukvårdstjänster* lämnar mycket utrymme för tolkning. Och ju mera utrymme det finns för tolkning, desto svårare är det att hävda till sin rätt och precisera sina krav. Om kriterierna för en subjektiv rätt är så stränga som vissa rättsdogmatiker har hävdad, d.v.s. att det bl.a. skall finnas möjlighet att överklaga beslut gällande dem ända till HFD, kan man inte tala om subjektiv rätt till sjukvård eftersom beslut om vård inte ens kan överklagas. Även om det är logiskt att man inte får anföra besvär över ett beslut om vård är den nuvarande lösningen inte tillfredsställande. Man måste använda sig av andra rättsmedel, och det finns många problem gällande dem. För det första är de för långsamma, och för det andra har de inte visat sig vara tillräckligt effektiva. I social- och hälsovårdsministeriets egen broschyr står det uttryckligen att behandlingstiden för klagomålen är rätt så långa och därför lönar det sig att först försöka lösa problemen vid den vårdenhet där de uppstått⁹⁶.

Gällande rättigheterna inom sjukvård kan man inte tala om subjektiv rätt som ett ordpar till objektiv rätt eftersom enligt definitionen av objektiva

96 Social- och hälsovårdsministeriets broschyrer 2004:13, s. 6.

rättigheter skulle alla rättigheter inom sjukvård vara objektiva. Man kan ändå hävda att rätten till brådskande sjukvård, i synnerhet i form av vård som räddar liv, är så stark att det inte skulle vara ändamålsenligt att tala om en objektiv rätt.

Problemet i dagens samhälle verkar bestå i att det är allmänt accepterat att subjektiva rättigheter finns, men man har svårt att driva igenom och verkställa dem i praktiken. Det är som om teori och praktik inte skulle mötas. I HFD-fall som jag har granskat och som gäller kommunens underlåtenhet att ordna sjukvård har kommunerna i regel *inte ens bestridit* patientens rätt. Vi får hoppas på den utveckling som Sakslin förutspår, d.v.s. att medlen för förverkligandet av sociala rättigheter förstärks och blir mångsidigare allt eftersom vår uppfattning om rättigheterna blir mera omfattande. För tillfället verkar det nämligen som om vi först håller på att tillägna oss de sociala rättigheterna som ett helt nytt fenomen.

Källor

- Arajärvi, Pentti: Johdatus sosiaaloikeuteen. Talentum. Helsinki 2004.
- Ellilä, Kalevi: Muistutuskäytäntö ja muistutuksen perusmalli. I Koivisto, Jari (red.) : Potilaan oikeudet ja potilasasiamiestoiminta. Suomen Kuntaliitto & Kuntakoulutus Oy. Helsinki 1994, s. 151–162.
- Ellilä, Kalevi: Terveyskantelun oikeusperusteet. Pilot-kustannus. Helsinki 2007.
- Eriksson, Lars D.: Sosiaaliset oikeudet. I Riihinen, Olavi (red.): Sosiaalipoliittikka 2017. WSOY. Porvoo 1993, s. 183–197.
- Hallberg, Pekka m.fl.: Perusoikeudet, 2011 e-bok. Finns tillgänglig på adressen: <http://onlinepalvelu.sanomapro.fi/libproxy.helsinki.fi/?navi=&prevpos=pe&pos=pe&page=selain&ts=j&o&openhaku=&gethere=>
- Hannuniemi, Anja: Oikeus hoitoon viimeaikaisessa oikeuskäytännössä. I Thure, Veli-Matti (red.): Oikeus ja oikeudenmukaisuus. Oikeustieteen päivät 3.-4.6.1999 Joensuussa. Joensuu yliopiston julkisoikeuden laitos. Joensuu 1999.
- Hannus, Arno, Hallberg, Pekka & Niemi, Anne E.: Kuntalaki. WSOYpro. Helsinki 2009.
- Hidén, Mikael: Perusoikeuksien yleisiä kysymyksiä. I Nieminen, Liisa (red.): Perusoikeudet Suomessa. Kauppakaari Oyj, Lakimiesliiton Kustannus. Helsinki 1999, s. 1–27.
- Huhtanen, Raija: Oikeustapauskommentti KHO 2002:21. I Lakimies 4/2002, s. 647–664.
- Liljeström, Marita: Tuomioistuimetko arvioimaan sairaanhoitoa koskevia ratkaisuja? I Korkein hallinto-oikeus 80 vuotta - Högsta förvaltningsdomstolen 80 år, Vammala 1998, s. 121–140.
- Lohiniva-Kerkelä, Mirja: Terveystieteiden juridiikka. Talentum. Helsinki 2007.
- Mäenpää, Olli: Hallinto-oikeus. WSOY Lakitieto. Helsinki 2003.
- Mäenpää, Olli : Hallintoprosessioikeus. WSOYpro. Helsinki 2007.
- Narikka, Jouko (red.): Sosiaali- ja terveyspalvelujen lainsäädäntö käytännössä. Tietosanoma. Helsinki 2006.
- Partanen, Marja-Liisa: Laki potilaan asemasta ja oikeuksista – tausta ja pääperiaatteet. I Koivisto, Jari (red.) : Potilaan oikeudet ja potilasasiamiestoiminta. Suomen Kuntaliitto & Kuntakoulutus Oy. Helsinki 1994, s. 62–71.
- Regeringens proposition till Riksdagen med förslag till lag om hälso- och sjukvård samt lagar om ändring av folkhälsolagen, lag om specialiserad sjukvård och lagen om klientavgifter inom social- och hälsovården, RP 90/2010 rd.
- Regeringens proposition till riksdagen med förslag till ändring av grundlagarnas stadganden om de grundläggande fri- och rättigheterna, RP 309/1993 rd.
- Sakslin, Maija: Sosiaaliset oikeudet ja perustuslaki. I Nieminen, Liisa (red.): Perusoikeudet Suomessa. Kauppakaari Oyj, Lakimiesliiton Kustannus. Helsinki 1999, s. 221–254.
- Services inom social- och hälsovården blir bättre. Patienten skall få vård inom utsatt tid. Social- och hälsovårdsministeriets broschyrer 2004:13. Helsingfors 2004.

Sorsa, Pirjo: Oikeussuojasta terveydenhuollosta. I Sundman, Eila (red.): Potilaan asema ja oikeudet. Tammi. Helsinki 2000, s. 370–379.

Sutela, Marja: Sosiaali- ja terveystalvelujen ulkoistaminen: oikeudelliset reunaehdot. Edita. Helsinki 2003.

Tervo, Tapio: Tasavertaisuus hoitosuhteessa – lääketieteelliset perusteet ja toiminnan yhteisvastuu. I Koivisto, Jari (red.) : Potilaan oikeudet ja potilasasiamiestoiminta. Suomen Kuntaliitto & Kuntakoulutus Oy. Helsinki 1994, s. 27–49.

Tuori, Kaarlo & Kotkas, Toomas: Sosiaalioikeus. WSOYpro. Helsinki 2008.

Ylikylä-Leiva, Helena: Sosiaali- ja terveydenhuollon asiakkaan oikeudellisesta asemasta: selvitys asiakkaiden kohtaamista oikeudellisista ongelmista ensiasteen päätöksenteossa. Edita. Helsinki 2003.

Rättsfall

HFD 1997:92

HFD 1997:984

HFD 2002:21

