

# OIKEUSTIEDE

## JURISPRUDENTIA

LV

2022

---

SUOMALAISEN LAKIMIESYHDISTYKSEN VUOSIKIRJA

*Toimitusneuvosto*

Taina Pihlajarinne, puheenjohtaja

Kirsi-Maria Halonen

Mia Hoffrén

Janne Salminen

*Toimittaja*

Janne Kaisto

Taitto: Taittopalvelu Yliveto Oy

© kirjoittajat ja Suomalainen Lakimiesyhdistys 2022

ISSN-L 03558215

ISSN 0355-8215

ISBN 978-951-855-563-9

Oy Nord Print Ab, Helsinki 2022

---

# Sisällys

<i>Kristiina Koivukari – Sara Lehtilä</i>	Sattumaa vai yhtenäinen ja perusteltu päätöskäytäntö? – Esitutinnan rajoittaminen vähäisyys- ja kustannusperusteilla kunnianloukkausrikosepäilyissä .....	5
<i>Sami Myöhänen</i>	Preklusio hallintoprosessissa .....	91
<i>Juho Mäki-Lohiluoma</i>	Julkisten sosiaali- ja terveyspalveluiden yksityinen tuotanto ja lainsäätäjän harkintavallan rajat .....	195
<i>Johanna Tuohino</i>	Lainsäädännön ja lainsäätämisen haasteet digitalisoituvassa Euroopan unionissa – Tapaustutkimus ePrivacy-asetuksen valmistelusta .....	291
<i>Antti Vepsä</i>	Vaihtuvapääomaisen sijoitusyhtiön pääomajärjestelmä .....	347
Kirjoittajat	.....	405



**Kristiina Koivukari ja Sara Lehtilä**

**SATTUMAA VAI YHTENÄINEN  
JA PERUSTELTU PÄÄTÖSKÄYTÄNTÖ?  
– ESITUTKINNAN RAJOITTAMINEN  
VÄHÄISYYS- JA KUSTANNUS-  
PERUSTEILLA KUNNIAN-  
LOUKKAUSRIKOSEPÄILYISSÄ**



---

# Sisällys

1	JOHDANTO .....	9
1.1	Tutkimuksen tausta ja konteksti .....	9
1.2	Tutkimuskysymykset, rajaukset, käytetyt käsitteet ja artikkelin rakenne .....	12
1.3	Tutkimusmenetelmät ja -aineisto.....	18
2	MITÄ ON RANGAISTAVA TOISEN KUNNIAN LOUKKAAMINEN?.....	25
3	ESITUTKINNAN RAJOITTAMINEN VÄHÄISYYS- JA KUSTANNUSPERUSTEILLA .....	30
3.1	Esitutkinnan rajoittaminen toimenpiteistä luopumisena .....	30
3.2	Esitutkinnan rajoittaminen osana esitutkintaa koskevaa sääntelyä .....	34
3.3	Kriteerit vähäisyydelle ja kustannusten epäsuhtaisuudelle?.....	37
3.4	Tärkeä yleinen ja yksityinen etu .....	42
4	ESITUTKINNAN RAJOITTAMISTA KOSKEVAN PÄÄTÖSKÄYTÄNNÖN ARVIOINTI.....	44
4.1	Yleisiä havaintoja aineistosta ja päätöskäytännöstä .....	44
4.2	Sama ratkaisu samanlaisissa tapauksissa?.....	46
4.2.1	Analysoitaviksi valitut tapaustyytit .....	46
4.2.2	Tuttujen ja naapureiden väliset konfliktit .....	48
4.2.3	Työhön, virkaan ja ammattiin liittyvät loukkaukset .....	51
4.3	Törkeää kunnianloukkausta koskeva päätöskäytäntö .....	56
4.4	Laajan henkilöpiirin tietoon saatetut loukkaukset.....	61
4.4.1	Loukkauksen levinneisyyden merkitys ja laajalle levinneet loukkaukset koko aineistossa.....	61
4.4.2	Vähäisyysperusteella rajoitetut esitutkinnat .....	64
4.4.3	Kustannusperusteella rajoitetut esitutkinnat.....	67
4.5	Rasistiset ja vähemmistöön kohdistuvat loukkaukset.....	70
4.5.1	Kunniaa loukkaavaa vihapuhetta koskeva sääntely .....	70
4.5.2	Valtakunnansyyttäjän toimiston ratkaisuja.....	74

4.5.3 Soveltamiskäytäntö tutkimusaineistoon kuuluvissa tapauksissa .....	77
5 JOHTOPÄÄTÖKSET .....	82
LÄHTEET.....	85
OIKEUSTAPAUKSET.....	89
ABSTRACT.....	90



---

# Sattumaa vai yhtenäinen ja perusteltu päätöskäytäntö? – Esitutinnan rajoittaminen vähäisyys- ja kustannusperusteilla kunnianloukkausrikosepäilyissä

## 1 JOHDANTO

### 1.1 Tutkimuksen tausta ja konteksti

Erityisesti sosiaalisessa mediassa ja internetin keskustelupalstoilla käydyin kärjekkään keskustelun yleistymisen myötä myös kunnianloukkausrikokset ja niitä koskeva esitutkintakäytäntö ovat herättäneet keskustelua julkisuudessa. Useissa yhteyksissä on tullut esille, ettei käytäntöä ole koettu oikeudenmukaiseksi sen suhteen, milloin esitutkinta toimitetaan ja rikosprosessi etenee kunnianloukkausasiassa ja milloin ei. Toisaalta haasteena on ollut löytää keinoja puuttua vihapuheeseen<sup>1</sup> ja erilaiseen laajempaan maalittamistyyppiseen häirintään<sup>2</sup> yleisemminkin. Kunnianloukkaus (rikoslaki 19.12.1889/39, RL 24:9–10) puolestaan on yksi keskeisistä rikostunnusmerkistöistä, jotka voivat täytyä hankalammin määriteltävissä vihapuhe- ja maalittamistilanteissa. Edelleen, kun vain harva kunnianloukkauksesta tehty rikosilmoitus etenee esitutkintavaiheesta syyteharkintaan, on syytä tutkia, millainen esitutinnan toimittamista koskeva ratkaisukäytäntö on. Tutkimuksen lähtökohtana on selvittää, toimitetaanko esitutkinta vakavimmissa loukkauksissa ja otetaanko vihapuhemotiivi tai loukkauksen laajempi konteksti esimerkiksi osana jatkuvampaa häirintää huomioon ja onko päätöskäytäntö yleensäkin ennakoitava ja yhdenmukainen.<sup>3</sup> Tutkimuk-

---

<sup>1</sup> Ks. vihapuheesta käydystä keskustelusta esim. Pöyhtäri – Haara – Raittila 2013; Neuvonen 2015a; Hyttinen 2019; Mäkinen 2019.

<sup>2</sup> Esim. Illman 2020; Koivukari 2021.

<sup>3</sup> Käytämme käsitteitä esitutinnan loppuun toimittaminen ja syyttäjälle syyteharkintaan eteneminen tai tapauksen lähettäminen syyttäjälle samassa merkityksessä. Kun esitutkinta

semme osoittaa, että näin ei ainakaan säännönmukaisesti ole vaan esitutinnan rajoittamiskäytäntö kunnianloukkausepäilyissä on suurelta osin epäyhtenäistä ja sattumanvaraista.

Rikosilmoituksia ja -epäilyjä kunnianloukkauksista on tullut viranomaisten tietoon vuosina 2010–2020 noin 4000–5000 tapausta vuosittain,<sup>4</sup> mutta näistä keskimäärin vain noin 25 prosentissa esitutkinta on toimitettu loppuun ja tapaukset ovat edenneet syyttäjälle toimenpiteitä varten.<sup>5</sup> Kunnianloukkauksen törkeästä tekemuodosta sen sijaan voi seurata vankeusrangaistus, ja rikoksia tulee viranomaisten tietoon huomattavasti vähemmän, vain noin 30–100 tapausta vuosittain.<sup>6</sup> Törkeän tekemuodon osalta syyteharkintaan etenevien prosenttiosuuksissa on tapausten vähäisestä lukumäärästä johtuen suurempaa vaihtelua, mutta niissä esitutkinta toimitetaan loppuun kuitenkin selvästi todennäköisemmin kuin perusmuotoisissa kunnianloukkauksissa.<sup>7</sup> Vaikuttaa siltä, että perusmuotoista kunnianloukkausta pidetään lähtökohtaisesti vähäisenä mutta esitutkintaviranomaisia paljon työllistävänä rikoslajina.<sup>8</sup>

Perusmuotoisia kunnianloukkausepäilyjä tulee viranomaisten tietoon vuosittain enemmän kuin tiettyjä muita vähäisiä rikoksia, joiden tunnusmerkitöt voivat täytyä myös vihapuhe- ja nettihäirintätyyppisissä tilanteissa, mutta syyteharkintaan edenneiden tapausten prosenttiosuudet ovat samansuuntaisia. Esimerkiksi rikosilmoitusten ja rikosepäilyjen mää-

---

on toimitettu (loppuun), asia on edennyt syyteharkintaan. Muussa tapauksessa on tehty päätös esitutinnan toimittamatta jättämisestä, lopettamisesta tai keskeyttämisestä.

<sup>4</sup> Tapausmäärät ovat kasvaneet vuosina 2010–2020 suhteellisen tasaisesti 4078 tapauksesta 4986 tapaukseen. Artikkelissa esitetyt tilastotiedot on saatu Tilastokeskuksen ”Tietoon tulleet rikokset ja niiden selvittäminen rikosnimikkeittäin 2010–2020” -tilastosta.

<sup>5</sup> Käyttämässämme lukumäärissä on huomioitu kunakin vuonna tietoon tulleen rikollisuuden määrä ja toisaalta päätetyt esitutkinnot. On kuitenkin huomattava, että kaikkia tiettyinä vuonna ilmoitettuja rikoksia ei saada tutkittua samana vuonna, joten niitä koskevat päätökset eivät ole mukana kyseisen vuoden tilastoissa. Vastaavasti aiempina vuosina ilmoitettuja rikoksia koskevia esitutkintapäätöksiä on mukana kunkin vuoden päätetyissä esitutkinnoissa.

<sup>6</sup> Viranomaisten tietoon tulleiden rikosepäilyjen määristä puhuminen eri tekemuotojen kohdalla on tosin harhaanjohtavaa. Lukumäärät eivät kerro mitenkään objektiivisesti törkeiden ja perusmuotoisten kunnianloukkausten esiintymisestä ja ”tietoon tulemisesta”, vaan siitä, kuinka usein tai harvoin viranomaiset pitävät tekoja törkeinä ja kirjaavat ne järjestelmään törkeinä kunnianloukkauksina.

<sup>7</sup> Törkeitä kunnianloukkauksia on tullut viranomaisten tietoon vuosittain (2010–2020) 32–97. Syyteharkintaan edenneiden osuus on vaihdellut 11 %:n ja 100 %:n välillä, mutta on kuitenkin ollut useimpina vuosina yli 50 %.

<sup>8</sup> Vuonna 2020 tehtyyn kyselyyn vastanneet poliisit pitivät esitutinnan rajoittamista keskeisenä keinona hallita ruuhkautunutta työtilannetta, minkä lisäksi he ehdottivat myös kunnianloukkauksen dekriminalisointia ilmeisesti yhtenä keinona vaikuttaa työtilanteen ruuhkautumiseen. Tolvanen 2020, s. 26–31.

rät yksityiselämää loukkaavasta tiedon levittämisestä ovat kasvaneet vuoden 2010 vajaan sadasta tapauksesta vuoden 2019 noin neljänsataan tapaukseen.<sup>9</sup> Näistä esitutkinta on toimitettu loppuun 18–40 %:ssa tapauksista. Puolestaan rikosilmoitusten määrä viestintärauhan rikkomisesta on pysynyt vuodesta 2014 lähtien reilun tuhannen ja vajaan kahdentuhannen välillä, ja niistä syyttäjälle edenneitä on ollut vuosittain 16–36 %.<sup>10</sup> Sen sijaan hieman vakavammassa rikoksissa osuudet tapauksista, jotka ovat edenneet syyteharkintaan, ovat suurempia. Esimerkiksi laittomia uhkauksia koskevia rikosepäilyjä on tullut viranomaisten tietoon 8 000–9 000 tapausta vuosittain ja syyttäjälle edenneiden osuus on vaihdellut 36–47 %:n välillä. Puolestaan vainoamista koskevia rikosilmoituksia on tehty vuodesta 2014 lähtien 600–700, joista syyteharkintaan on edennyt 35–55 %.<sup>11</sup>

Prosessieconomisista syistä kaikkia rikosepäilyjä ei voida tutkia ja viedä tuomioistuimen arvioitavaksi, vaan rikosprosessissa keskitytään vakavimpien rikosepäilyjen selvittämiseen ja käsittelyyn. Koska suuressa osassa viranomaisten tietoon tulleista kunnianloukkausepäilyistä ei toimiteta esitutkintaa lainkaan tai se lopetetaan jo alkuvaiheessa, olisi kuitenkin erityisen tärkeätä, että vakavimmissa tapauksissa esitutkinta toimitettaisiin ja tapaukset etenisivät syyteharkintaan ja edelleen tuomioistuimen arvioitavaksi. Tässä artikkelissa tarkoituksemme ei ole kritisoida niinkään sitä, kuinka useassa tai harvassa tapauksessa esitutkinta toimitetaan, vaikka sitäkin voitaisiin ja olisi syytäkin tarkastella kriittisesti. Sen sijaan keskitymme tarkastelemaan sitä, ovatko esitutkinnan toimittamista koskevat ratkaisut perusteltuja ja yhdenmukaisia, ja sitä, onko käytäntö ennakoitava.<sup>12</sup>

Oikeuskirjallisuudessa esitutkintaa ja esitutkinnan rajoittamista on tarkasteltu yleisellä tasolla ja lainopin metodein ja puolestaan oikeudellisen ratkaisukäytännön tutkiminen on luonnollisesti painottunut tuomioistuinratkaisuihin.<sup>13</sup> Toisaalta esitutkinnan rajoittamiskäytäntöä on tarpeen tutkia

<sup>9</sup> Tältä osin tiedot ovat vuosilta 2010–2019. Vuosi 2020 poikkeaa selvästi muista vuosista, koska silloin viranomaisten tietoon tulleita rikoksia oli jopa 21 104, ja syyttäjälle samana vuonna eteni 194 tapausta eli vain 0,5 %. Tilastokeskuksen mukaan tämä huomattava ja poikkeuksellinen kasvu rikosilmoitusten määrässä johtui Vastaamon tietomurrosta vuonna 2020.

<sup>10</sup> Teko säädettiin rangaistavaksi joulukuussa 2013 (RL 24:1a, 13.12.2013/879), ja vuonna 2013 oli vain yksi viranomaisten tietoon tullut viestintärauhan rikkomista koskeva rikosepäily.

<sup>11</sup> Myös vainoaminen on ollut rangaistavaa vasta joulukuusta 2013 lähtien (RL 25:7a, 13.12.2013/879), ja samoin kuin viestintärauhan rikkomisia myös vainoamisepäilyjä tuli viranomaisten tietoon vain yksi vuonna 2013.

<sup>12</sup> Yhdenvertaisuuden merkityksestä rikosoikeudessa yleisesti ks. Melander 2011.

<sup>13</sup> Ks. kuitenkin Pylvänen 2015.

juuri siksi, että aihe ja sen merkitys ovat jääneet vähemmälle huomiolle,<sup>14</sup> kuten Matti Nissinen totesi jo vuonna 2007:

Esitutinnan rajoittaminen on tarpeellinen ja taiten käytettynä myös tehokas työkalu. On kuitenkin ilmeistä, että tiedämme siitä rikosprosessuaalisena ilmiönä liian vähän. Sen asiallinen soveltamisala, erot alueellisessa käytössä, suhde muihin rikosasioiden prosessuaalisiin päätösinstrumentteihin ja ylipäätään sen todellinen kriminaalipoliittinen merkitys kaipaavat sekä lainopillista että oikeuspoliittista lisätutkimusta osakseen. Esitutinnan rajoittaminen on aivan liian tärkeä asia jätettäväksi vain esitutkintaviranomaisille ja syyttäjille.<sup>15</sup>

Rikostyypeissä, joissa esitutkintaa rajoitetaan suurimmassa osassa viranomaisten tietoon tulleista rikosepäilyistä, esitutinnan rajoittamiskäytännöllä on huomattavan suuri merkitys siihen, mitkä ja minkä tyyppiset asiat päätyvät tuomioistuimien arvioitavaksi ja edelleen millaisista asioista saadaan oikeuskäytäntöä. Lisäksi rajoittamiskäytännöllä on tietenkin merkitystä asianosaisille itselleen, mutta kunnianloukkausten kohdalla myös laajemmin julkisessa keskustelussa. Esitutkintakäytäntö määrittää osaltaan sitä, millaista loukkaavaa puhetta siedetään ja millaista pidetään rangaistavana.

## **1.2 Tutkimuskysymykset, rajaukset, käytetyt käsitteet ja artikkelin rakenne**

Tämän artikkelin tarkoituksena on ensinnäkin selvittää esitutinnan rajoittamista koskevan sääntelyn sisältöä erityisesti vähäisyys- ja kustannusperusteiden osalta kunnianloukkausrikosepäilyissä. Toiseksi artikkelin tarkoituksena on arvioida vähäisyys- ja kustannusperusteilla tehtyjä esitutinnan rajoittamispäätöksiä kunnianloukkausasioissa tarkoitusta varten hankkimamme aineiston perusteella. Tutkimuskysymykset ovat:

*(1) Millaisia kriteereitä lainsäädännössä on asetettu kunnianloukkaus-epäilyjen vähäisyyttä (vähäisyysperuste) ja esitutkintakustannusten*

---

<sup>14</sup> Lisäksi, kuten Alvesalo-Kuusi ja Kumpula huomauttavat, ”tuomioistuimissa käsitellään lopultakin vain murto-osa oikeudellisista konflikteista”, kun taas muut viranomaiset ja toimijat tekevät suurimman osan oikeudellisista ratkaisuksista. Näillä päätöksillä ja soveltamisratkaisuilla on merkittävä rooli oikeuden tosiasiallisen sisällön muodostumisessa, jolloin ne ovat myös tärkeä tutkimuskohde. Alvesalo-Kuusi – Kumpula 2021, s. 40.

<sup>15</sup> Nissinen 2007, s. 69.

*epäsuhtaisuutta (kustannusperuste) koskevalle arvioinnille esitut-  
kinnan rajoittamispäätöksiä tehtäessä.*

(2) *Vastaako esitutkintaa koskeva päätöskäytäntö edellä mainituilta  
osin rikoslain ja esitutkintasäntelyn asettamia edellytyksiä.*

(3) *Onko mainittu käytäntö yhtenäistä ja ennakoitavaa.*

Ennen tutkimusaineiston ja -menetelmien tarkempaa esittelyä on syytä selvittää sitä, miksi olemme rajanneet aiheen käsittelyn toisaalta esitut-  
kinnan rajoittamiseen ja toisaalta mainittuihin kahteen rajoittamisperustee-  
seen. Lisäksi on tarkennettava muutaman tutkimuksen kannalta keskeisen  
mutta helposti epäselvyyttä aiheuttavan käsitteen käyttöä.

On useita syitä sille, miksi viranomaisten tietoon tulleissa rikosepäilyis-  
sä ei toimiteta esitutkintaa (loppuun), ja toisaalta syyt tai perusteet, joilla  
esitutkinta jätetään toimittamatta tai lopetetaan, vaihtelevat jonkin verran  
esimerkiksi rikostyypeittäin ja myös poliisilaitoksittain. Seuraavassa taulu-  
kossa on eritelty tutkimukseen valittujen poliisilaitosten osalta sitä, millai-  
sia esitutkintapäätöksiä niissä on tehty kunnianloukkausasioissa vuonna  
2019. Tiedot on saatu Poliisihallitukselta aineistopyynnön yhteydessä ja  
alkuperäisessä tilastossa käytettyjä eri luokkia on yhdistelty luettavuuden  
parantamiseksi.

**Taulukko 1.** Esitutkintaa koskevat päätökset poliisilaitoksittain.

	Itä-Uusimaa	Sisä-Suomi	Itä-Suomi
Edennyt syyttäjälle	27	166	109
Ei rikos <sup>16</sup>	79	48	87
Asianomistaja ei vaadi rangaistusta <sup>17</sup>	59	173	178
Esitutkinnan rajoittaminen	205	181	99
Muu <sup>18</sup>	41	53	46
Yhteensä	411	621	519

Tilaston perusteella selvästi yleisimmät syyt esitutkinnan toimittamatta  
jättämiselle on se, että esitutkintaviranomaisen näkemyksen mukaan kyse

<sup>16</sup> Tähän on laskettu yhteen poliisin tilastoimat tapaukset luokista ”ei rikosta” ja ”asiassa  
ei ole syytä epäillä rikosta, esitutkintaa ei toimiteta”.

<sup>17</sup> Lukumäärät sisältävät myös ne tapaukset, joissa asianomistaja on peruuttanut rangais-  
tusvaatimuksensa.

<sup>18</sup> Muita tapauksia ja muilla perusteilla tehtyjä päätöksiä ovat mm. kirjaukset siitä, että  
asiasta on jo ilmoitus, rikos on vanhentunut, rikollisesta teosta epäilty on alle 15-vuotias,  
rikoksesta epäilty on kuollut ja rikos on vähäinen (ETL 3:9.1).

ei ole rikoksesta tai ei ole syytä epäillä rikosta tapahtuneen eikä asianomistaja ole esittänyt vaatimuksia, ja se, että esitutkintaa on rajoitettu.<sup>19</sup> Kunnianloukkaus on asianomistajarikos, joten esitutkinnan toimittaminen edellyttää, että asianomistaja vaatii epäillylle rangaistusta. Jollei rangaistusvaatimuksia ole tai asianomistaja peruuttaa vaatimuksensa, esitutkintaa ei toimiteta tai se voidaan lopettaa (esitutkintalaki 22.7.2011/805, ETL 3:4.1 ja tietyissä tilanteissa myös ETL 3:9<sup>20</sup>).<sup>21</sup>

Koska perusteita jättää esitutkinta toimittamatta ja lopettaa on useita, esitutkinnan rajoittamista tutkimalla ei voida selittää kaikkia syitä sille, että keskimäärin vain noin 25 % kunnianloukkausepäilyistä etenee esitutkintavaiheesta syyttäjälle. Esitutkinnan rajoittaminen (ETL 3:10)<sup>22</sup> valikoitui tutkimuksen kohteeksi osittain siksi, että kunnianloukkausepäilyssä rajoittamispäätöksiä tehdään suhteellisen paljon. Lisäksi rajoittaminen on tutkimuksen kohteena siksi, että niissä tapauksissa, joissa tehdään rajoittamispäätös, esitutkintakynnys on ylittynyt. Tällöin on syytä epäillä rikoksen tapahtuneen ja tapauksissa asianomistaja vaatii rangaistusta, mutta esitut-

---

<sup>19</sup> Suhteellisen suuri vaihtelu eri poliisilaitosten välillä myös ei rikos -perusteessa ja asianomistajalla ei vaatimuksia -perusteessa viittaa siihen, ettei päätöskäytäntö ole yhdenmukainen. Lisäksi kumpaankin mainituista syistä jättää esitutkinta toimittamatta saattaa vaikuttaa käytäntö sen suhteen, millaisissa tilanteissa asianomistajan ilmoituksen perusteella kirjataan S-ilmoitus (ns. sekalaisilmoitus) R-ilmoituksen (rikosilmoitus) sijaan, ja toisaalta se, että poliisi jo rikosilmoitusvaiheessa ilmoittaa asianomistajalle, että esitutkintaa ei tulla toimittamaan, ja asianomistaja päätyy jättämään ilmoituksen tekemättä tai vaatimuksen esittämättä.

<sup>20</sup> ETL 3:9:n mukaan tutkinnanjohtaja saa tehdä päätöksen esitutkinnan toimittamatta jättämisestä ja lopettamisesta silloin, kun ilmoitettua rikosta on pidettävä ilmeisen vähäisenä eikä asianomistajalla ole asiassa vaatimuksia. Tämän perusteen käytännön merkitys vaikuttaa olevan varsin vähäinen. ETL 3:9.1:n perusteella vuonna 2019 esitutkinta oli tilastoitu lopetetuksi tai toimittamatta jätetyksi kunnianloukkausrikosepäilyissä Sisä-Suomen poliisilaitoksella vain yhdessä tapauksessa ja Itä-Suomen poliisilaitoksella kahdessa tapauksessa. Itä-Uudenmaan poliisilaitoksella ei ollut yhtään tämän lainkohdan perusteella tehtyä päätöstä. Nämä päätökset ovat tilastoja koskevassa taulukossa kohdassa ”Muu”. Säännöksen merkitys vaikuttaisi siis ainakin kunnianloukkaustapauksissa vähäiseltä, mutta on vaikea nähdä sille kovin laajaa soveltamisalaa muissakaan rikoksissa. Toisaalta säännöksen merkitys osana toimenpiteistä luopumisen sääntelyä esitutkintavaiheessa ylipäänsä ei ole aivan selvä. Nimittäin kriteerit odotettavissa olevasta sakkorangaistuksesta, ilmeisestä vähäisyydestä ja siitä, että asianomistajalla ei ole asiassa vaatimuksia, viittaavat siihen, että säännös soveltuu jo lähtökohtaisestikin vain vähäisiin asianomistajarikoksiin, jolloin pelkästään se, ettei asianomistajalla ole vaatimuksia tai hän peruuttaa ne, on yksinään peruste olla toimittamatta esitutkintaa tai lopettaa se myös ETL 3:4.1:n perusteella.

<sup>21</sup> RL 24:12.2:n mukaan valtakunnansyyttäjä voi kuitenkin antaa määräyksen syytteen nostamisesta, jos rikos on tapahtunut joukkotiedotusvälinettä käyttäen ja erittäin tärkeä yleinen etu vaatii syytteen nostamista.

<sup>22</sup> Myös ETL 3:10a koskee esitutkinnan rajoittamista. Pykälässä on säännelty esitutkinnan rajoittamista tunnustuksen perusteella. Tunnustukseen perustuva esitutkinnan rajoittaminen on rajattu tämän artikkelin ulkopuolelle. Aiheesta lähemmin esim. Vatjus-Anttila 2021.

kintaviranomainen on kuitenkin katsonut, ettei esitutkintaa ole syytä toimittaa ollenkaan tai loppuun asti. Näiden tapausten voidaan siis olettaa olevan vakavampia tai ainakin asianomistajille merkityksellisempiä kuin niiden, joissa on todettu, ettei ole syytä epäillä rikosta tapahtuneen tai asianomistaja ei vaadi rangaistusta.

Olemme rajanneet tutkimusaihetta vielä niin, että emme tarkastele kaikkia esitutkinnan rajoittamisperusteita, vaan keskitymme erityisesti esitutkinnan rajoittamiseen niin sanotuilla vähäisyys- ja kustannusperusteilla. Vähäisyysperuste on yksi harkinnanvaraisen syyttämättä jättämisen edellytyksiin sidotuista esitutkinnan rajoittamisperusteista, joista on säännelty ETL 3:10.1:ssä viitaten syyttämättä jättämisen perusteisiin laissa oikeudenkäynnistä rikosasioissa (11.7.1997/689, ROL). Tällaisia perusteita ovat vähäisyysperusteen ohella muun muassa nuoruus-, kohtuus- ja kilpailunperusteet.<sup>23</sup> Puolestaan ETL 3:10.2:n mukaisia esitutkinnan rajoittamisperusteita ovat kustannusperusteinen rajoittaminen sekä niin sanotut prosessuaaliset rajoittamisperusteet, jotka on sidottu prosessuaalisiin syyttämättäjättämisperusteisiin. Tällaisia ovat ei rikosta-, ei näyttöä-, ei syyte-oikeutta- ja rikos vanhentunut -perusteet. Tutkimuksen rajaaminen vähäisyys- ja kustannusperusteisiin johtuu siitä, että niitä on käytetty kunnianloukkaustapauksissa huomattavan paljon verrattuna muihin perusteisiin ja että niissä on kyse väitetyn loukkauksen luonteen arvioimisesta eikä esimerkiksi prosessuaalisten edellytysten puuttumisesta.

Vähäisyysperusteella esitutkintaa voidaan rajoittaa (ETL 3:10.1:n ja ROL 1:7.1:n 1 kohdan mukaan) silloin, kun rikoksesta ei olisi odotettavissa ankarampaa rangaistusta kuin sakko ja sitä on sen haitallisuus tai siitä ilmenevä rikoksesta epäillyn syyllisyys huomioon ottaen kokonaisuutena arvostellen pidettävä vähäisenä. Kustannusperusteella rajoittaminen on puolestaan mahdollista (ETL 3:10.2:n mukaan), jos tutkinnan jatkamisesta aiheutuvat kustannukset olisivat selvässä epäsuhteessa tutkittavana olevan asian laatuun ja siitä mahdollisesti odotettavaan seuraukseen.

Esitutkinnan toimittamatta jättämistä, lopettamista ja rajoittamista koskeva sääntely on monimutkaista, ja sekä sääntelyn systematiikka että käytetyt käsitteet ovat monin paikoin epäselviä. Tämä näkyy myös säännöksiä koskevissa ohjeissa ja oikeuskirjallisuudessa. Ensinnäkin esitutkintalain sään-

<sup>23</sup> Lisäksi säännöksessä oleva viittaus syyttämättä jättämisen perusteisiin kattaa myös syyttämättä jättämistä koskevan kustannusperusteen, tunnustamisperusteen sekä muussa lainsäädännössä olevat tiettyihin rikoslajeihin liittyvät syyttämättäjättämissäännökset.

nöksissä on käytetty esitutinnan toimittamatta jättämisen ja lopettamisen käsitteitä epäselvästi.<sup>24</sup> Toinen käsitteisiin liittyvä haaste koskee ”harkinnanvaraisen syyttämättä jättämisen edellytyksiin sidottua esitutinnan rajoittamista”. Kuten edellä mainittiin, ETL 3:10.1:n mukainen esitutinnan rajoittaminen on sidottu ROL 1:7–8:n tai muun lainkohdan mukaisiin syyttämättä jättämisen perusteisiin. Ennen vuoden 2015 alusta voimaan tullutta lakimuutosta (22.8.2014/670) ROL 1:7–8:n perusteella tehtävää syyttämättä jättämistä kutsuttiin seuraamusluonteiseksi syyttämättä jättämiseksi, mutta lakimuutoksella perusteista käytettävä termi haluttiin muuttaa *harkinnanvaraiseksi syyttämättä jättämiseksi*. Tämä perustui siihen, ettei syyttämättä jättäminen sisällä kannanottoa epäillyn syyllisyydestä.<sup>25</sup> Muutos on kuitenkin huomioitu vaihtelevasti esitutinnan rajoittamisesta käydyssä keskustelussa; ETL 3:10.1:ssä tarkoitetuista rajoittamisperusteista, joissa viitataan ROL 1:7–8:n mukaisiin syyttämättä jättämisen perusteisiin, puhutaan useilla eri termeillä.<sup>26</sup> Lisäksi eri yhteyksissä harkinnanvaraisena tai seuraamusluonteisena esitutinnan rajoittamisena on käsitelty osittain eri perusteita.<sup>27</sup>

Tässä artikkelissa ei ole sinänsä tarkoitus tutkia esitutkintalain systematiikkaa tai ottaa kantaa siihen, miten eri perusteet tulisi luokitella suhteessa toisiinsa. Systematiikkaan ja käsitteisiin liittyviä epäselvyyksiä on kuitenkin tarpeen käsitellä, koska ne vaikeuttavat säännösten soveltamista ja saattavat aiheuttaa vääriä käsityksiä. Toisaalta mainituista epäselvyyksistä johtuen ei ole mahdollista esittää kovin yksiselitteisesti sitä, minkä kaikkien säännösten perusteella esitutkinnassa voidaan missäkin tilanteessa päätyä siihen, ettei esitutkintaa toimiteta lainkaan tai loppuun asti. Käy-

<sup>24</sup> ETL 3:9:n otsikko on ”Esitutinnan toimittamatta jättäminen ja lopettaminen”, mutta säännös kattaa hyvin poikkeuksellisia tilanteita ja sitä käytetään ilmeisen harvoin. Otsikossa mainittuja käsitteitä käytetään kuitenkin muissa saman lain pykälissä yleisempinä käsitteinä kuvaamaan säännösten perusteella tehtyjä päätöksiä. ETL 3:10–10a koskevat otsikon mukaan esitutinnan rajoittamista, mutta niissä puhutaan kuitenkin siitä, että esitutkinta voidaan jättää toimittamatta tai lopettaa säännöksissä mainituilla perusteilla. Samoin asianomistajarikoksia koskevassa ETL 3:4:ssä puhutaan esitutinnan lopettamisesta.

<sup>25</sup> HE 58/2013 vp, s. 20. Ks. myös Jokela 2018, s. 275–276.

<sup>26</sup> Esim. ”harkinnanvarainen rajoittaminen” (VKS 2016:5, 1. Esitutinnan rajoittamisen merkityksestä ja tavoitteista); ”odotettavissa olevaan harkinnanvaraiseen syyttämättä jättämiseen perustuva rajoittaminen” (Jokela 2018, s. 180); ”esitutinnan rajoittaminen, joka on sidottu seuraamusluonteisen syyttämättä jättämisen edellytyksiin” (Fredman ym. 2020, s. 317–319); ”seuraamusluonteinen rajoittaminen” (Lönnroth – Rantaeskola 2014, s. 101). Viimeksi mainittu teos on tosin julkaistu vuonna 2014 ennen lakimuutosten voimaantuloa, mutta teoksessa on muissa yhteyksissä huomioitu tuleva lakimuutos ja sitä koskevat esityöt (HE 58/2013 vp). Myös poliisi tilastoi päätöksensä ”seuraamusluonteisena rajoittamisena”.

<sup>27</sup> Esim. Lönnroth – Rantaeskola 2014, s. 100–102; VKS 2016:5, kohta ’1. Esitutinnan rajoittamisen merkityksestä ja tavoitteista’; Fredman ym. 2020, s. 317–319.



tämme viimeksi mainittuja käsitteitä noudattaen uuden sääntelyn mukaista logiikkaa, joten ”seuraamusluonteisen rajoittamisen” sijaan käytämme käsitettä harkinnanvarainen rajoittaminen tai harkinnanvaraisiin syyttämättä jättämisen perusteisiin sidottu esitutkinnan rajoittaminen.

Mainitun käsitteiden käyttöön liittyvän valinnan lisäksi lienee syytä selvittää, että käytämme tutkimuksessa vähäisyyden käsitettä kolmessa eri merkityksessä. Ensinnäkin puhumme kunnianloukkauksesta vähäisenä rikoslajina. Kunnianloukkauksen tavallinen tekemuoto on rikoslajina suhteellisen vähäinen rikos, josta rangaistusseuraamus voi olla vain sakkoa. Tämä ei tietenkään tarkoita sitä, etteikö kunnianloukkaus voisi aiheuttaa kohteelleen vakaviakin seurauksia tai suurta vahinkoa. Kun puhumme kunnianloukkauksesta vähäisenä rikoksena tai rikoslajina, tarkoitamme tällä nimenomaan sen vähäisyyttä ja moitittavuutta rikoslain systematiikassa.<sup>28</sup>

Toinen vähäisyyden merkitys liittyy siihen, että esitutkintaa ei toimiteta tai se lopetetaan kunnianloukkasasioissa usein teon vähäisyyteen liittyvien seikkojen vuoksi. Teon vähäisyys on siis myös peruste rajoittaa esitutkintaa, ja tässä merkityksessä käsitteellä viitataan yksittäiseen tekoon, joka on rikoslajissaan (kunnianloukkauksena) vähäinen. Tutkimuksessa on siis kyse rikoslain systematiikassa moitittavuudeltaan vähäisen rikoslajin tekosen vähäisyyden ja vakavuuden arvioimisesta. Kysymys siitä, millainen teko on vähäisen rikoslajin sisällä vähäinen, on tärkeä, koska nimenomaan tällaisten rikos epäilyjen esitutkintaa rajoitetaan ja säännösten esitöiden mukaan tulisikin rajoittaa kaikkein useimmin.<sup>29</sup> Kolmanneksi vähäisyys liittyy myös kustannusperusteella tehtävään esitutkinnan rajoittamiseen. Kustannusperusteisessa rajoittamisessa on kyse sen arvioimisesta, olisivatko tutkinnan jatkamisesta aiheutuvat kustannukset selvässä epäsuhteessa tutkittavana olevan asian laatuun ja siitä mahdollisesti odotettavaan seuraamukseen. Asian laatu ja seuraamus viittaavat vähäisyyteen siinä mielessä, että mitä vähäisemmäksi katsotusta teosta on kyse, sitä useammin ja pienempien esitutkintakustannusten perusteella esitutkintaa on mahdollista rajoittaa kustannuksiin vedoten. Mitä vakavammasta rikoksesta on kyse, sitä harvemmin voidaan vedota siihen, että esitutkinnasta aiheutuvat kustannukset olisivat epäsuhteessa asian laatuun ja odotettavissa olevaan seuraamukseen.

<sup>28</sup> Rangaistusasteikon ja moitittavuuden yhteydestä esim. Matikkala 2021, s.10.

<sup>29</sup> HE 79/1989 vp, s. 13: ”Mitä lievemmästä rikoslajista on kyse, sitä helpommin lainkohdassa tarkoitetut rikoksen vähäisyyttä koskevat ehdot täyttyvät. Käytännössä vähäisyysperuste tulisi siten koskemaan etenkin yleiseltä luonteeltaan vähäisten rikosten lieviä tekemuotoja.”

Seuraavassa esittelemme ensin tutkimusaineiston ja käyttämämme metodit. Tämän jälkeen luvussa 2 käymme lyhyesti läpi kunnianloukkauksen tunnusmerkistön soveltamisalaa. Luvussa 3 tarkastellaan ensin esitutinnan rajoittamista laajemmassa rikosprosessin toimenpiteistä luopumisen kontekstissa, minkä jälkeen tarkastelemme ensinnäkin tiettyjä haasteita esitutkintaa ja esitutinnan rajoittamista koskevan sääntelyn systematiikassa ja toiseksi rajoittamista koskevista säännöksistä käytettyjä avoimia ja tulkinnanvaraisia käsitteitä.

Päätöskäytäntöä arvioidaan puolestaan luvussa 4. Tarkastelemme aineistoa ensin siitä näkökulmasta, onko saman tyyppisissä tapauksissa päädytty samanlaiseen esitutkintaa koskevaan ratkaisuun. Tämän jälkeen tarkastelemme törkeinä kunnianloukkauksina käsiteltyjä rikosepäilyjä sekä havaitsemiamme tunnusmerkistön valintaan liittyviä kysymyksiä ja haasteita. Näiden jälkeen tuleviin alalukuihin on valittu kaksi teemaa, laajalle levinneet loukkaukset ja rasistiset loukkaukset; luvuissa tarkastellaan aineistosta sitä, miten nämä kunnianloukkauksen vakavampaan luonteeseen viittaavat seikat on huomioitu esitutkintavaiheessa ja rajoittamispäätöksiä tehtäessä.

### **1.3 Tutkimusmenetelmät ja -aineisto**

Tutkimuksessa on tarkoitus luoda lainopillisen analyysin perusteella teoreettinen viitekehys, jonka avulla esitutinnan rajoittamispäätöksistä voidaan analysoida sitä, onko päätöskäytäntö linjassa sääntelyn ja sääntelyn tarkoituksen kanssa, ja toisaalta sitä, onko käytäntö yhtenäinen. Esitutinnan rajoittamista koskevat säännökset sisältävät huomattavan paljon harkinnanvaraa, ja niiden tulkintaohjeet ovat hyvin yleisiä. Niistä ei siten saada juuri tukea vähäisyyden ja kustannusten epäsuhdan arvioimiseen konkreettisesti soveltamistilanteessa eikä pelkästään niiden perusteella voida myöskään arvioida päätöskäytäntöä. Lisäksi vaikka esitutkintavaiheessa teon vähäisyyden arvioiminen on aivan olennainen kysymys ja vaikka kunnianloukkauksen tunnusmerkistö täyttyy suhteellisen helposti hyvin arkisissakin tilanteissa, kunnianloukkauksen vähäisyydelle ei ole löydettävissä kriteereitä rikoslaista tai lain esitöistä yhtä poikkeusta lukuun ottamatta. Nimittäin kunnianloukkaussäännöksen muuttamiseen liittyvässä hallituksen esityksessä on mainittu provosoiminen seikkana, joka voi tehdä kunnianloukkauksesta ”anteeksiannettavaan tekoon rinnastettavan”.<sup>30</sup>

---

<sup>30</sup> ”Kunnianloukkauksia esitetään usein kiihtyneessä mielentilassa. Harvinaista ei ole, että loukkaaviin lausumiin vastataan uusilla loukkauksilla. Tunteiden kuumeneminen tällai-

Koska provosoinnin lisäksi muita sääntelyssä tai esitöissä eksplisiittisesti ilmaistuja kriteereitä kunnianloukkauksen vähäisyydelle ei ole, hyödynnämme törkeän kunnianloukkauksen kvalifointiperusteita sekä kokonaistörkeysarvioon vaikuttavia seikkoja epäillyn teon vähäisyyden ja vakavuuden arvioimisessa. Törkeän kunnianloukkauksen kvalifointiperusteet ja kokonaistörkeyttä arvioitaessa vaikuttavat seikat on huomioitu niin, että ne viittaavat teon vakavuuteen tai siihen, ettei tekoa tulisi lähtökohtaisesti pitää vähäisenä. Tämä perustuu siihen, että lain esitöissä mainittujen teon törkeyteen viittaavien piirteiden perusteella kunnianloukkauksen on todettu voivan aiheuttaa lähtökohtaisesti suurempaa kärsimystä tai vahinkoa, jolloin ne tulisi huomioida vähäisyyttä vastaan puhuvina seikkoina, vaikka törkeän kunnianloukkauksen tunnusmerkistö ei täytyisikään. Näitä seikkoja ovat ilmaisun laatu ja sisältö, halventamisen syy ja tarkoitus, loukkauksen levittämistapa ja levinneisyys, kärsimyksen pitkäaikaisuus, teon kohdistuminen lapseen, loukkaukseen sisältyvä ilmaisu väkivallan käyttämisestä, vihapuhetta sisältävän loukkauksen kohdistuminen vähemmistöryhmän edustajaan, rasistinen tai muu vihapuheen kaltainen kielenkäyttö sekä loukkauksen aiheuttama uhka teon kohteen maineelle tai asemalle yhteisössä.<sup>31</sup>

Mainittujen kriteerien perusteella rakentuu väljä teoreettinen viitekehys, jonka avulla analysoimme päätöskäytäntöä sisällönanalyysin menetelmiä hyödyntäen.<sup>32</sup> Teorian joustavuuden<sup>33</sup> ja sen sisältämien avoimien käsitteiden vuoksi se voi tuottaa pelkästään suuntaa antavia vastauksia siihen, milloin kunnianloukkausta tulisi pitää vähäisenä ja milloin ei. Tämän lisäksi myös käytettävissä olevien tietojen puutteellisuudesta johtuen aineistosta ei voida riittävän luotettavasti arvioida sitä, kuinka monessa tapauk-

---

nessa tilanteessa on ymmärrettävää, ja saattaisi olla kohtuutonta tuomita rangaistukseen sitä, joka on alun perin ollut syytön loukkaustenvaihtoon ja lähtenyt siihen mukaan vain voimakkaasti provosoituna.” HE 19/2013 vp, s. 46/I. Provokaatiota on kuitenkin pidettävä rikosoikeuden systematiikassa nimenomaan lieventämisperusteena tai toimenpiteistä luopumisen perusteena eikä anteeksiantoperusteena, mihin hallituksen esityksen sanamuoto viittaa. Frände – Wahlberg 2018, s. 456, av 615.

<sup>31</sup> HE 19/2013 vp, s. 49–50.

<sup>32</sup> Analyysissä on piirteitä teoriaohjaavasta tai teoriasidonnaisesta ja aineistolähtöisestä sisällönanalyysistä: osittain aineistoa tarkastellaan lainopillisen analyysin perusteella hahmotetun väljän teoreettisen viitekehyyksen avulla ja osittain havainnot nousevat aineistosta. Sisällönanalyysistä ja lähestymistapojen eroista esim. Tuomi – Sarajärvi 2009, s. 95–124 ja analyysitapojen yhteenkietoutumisesta samassa tutkimuksessa Eskola – Suoranta 2014, erit. s. 162, 188–189.

<sup>33</sup> Samassa tapauksessa saattaa olla useita sekä teon vähäisyyteen että vakavuuteen viittaavia piirteitä. Lisäksi yksittäisille seikoille voidaan antaa erilainen painoarvo tapauksesta riippuen, ja ratkaisut teon vähäisyydestä tai vakavuudesta edellyttävät aina jossain määrin tapauskohtaista punnintaa.

sessä esimerkiksi provokaatio on ollut syynä tapauksen esitutinnan rajoittamiseen vähäisyysperusteella ja kuinka monessa tapauksessa provokaatiosta huolimatta esitutkinta on toimitettu loppuun. Kaikista tapauksista ei käy ilmi se, onko loukkauksen taustalla ollut esimerkiksi provosointia joko siksi, että asiaa ei ole esitutkinnassa selvitetty, tai siksi, että sitä ei ole kirjattu tietoihin tai päätöksen perusteluihin. Asia on myös useissa tapauksissa saamamme esitutkinta-aineiston perusteella tulkinnanvarainen. Näistä syistä tarkoituksemme ei ole niinkään ottaa kantaa siihen, olisiko jotain yksittäistä aineistoon kuuluvaa tapausta tullut pitää vähäisenä, vakavana tai jopa törkeänä kunnianloukkauksena, vaan tarkastelemme tapauksia ja niistä saatuja tietoja suhteessa edellä mainittuihin kriteereihin ja toisaalta suhteessa toisiinsa.

Mainittujen pääasiassa teon törkeysarvioon liittyvien seikkojen perusteella tehtävän analyysin lisäksi tarkastelemme käytännön yhdenmukaisuutta sen suhteen, onko samanlaisissa tapauksissa tehty samanlainen esitutkintaa koskeva päätös. Vertaillessamme tapausten samanlaisuutta pyrimme yleistämään kysymyksiä sekä tuomaan tapauksista esiin myös toisistaan erottavia tekijöitä sekä aineiston tulkintaan liittyviä ongelmia, jotta analyysimme olisi mahdollisimman läpinäkyvä.<sup>34</sup>

Aineiston analyysi kohdistuu luonnollisesti vain muutamaaan niistä kysymyksistä, joita toisaalta lainopillisen viitekehysten ja aineiston perusteella olisi voitu tarkastella. Kysymykset valikoituivat osittain aineiston ja osittain teorian pohjalta sen perusteella, mitkä teemat niissä nousivat keskeisiksi.<sup>35</sup>

Tutkimuksen aineisto koostuu perusmuotoisia kunnianloukkausepäilyjä koskevista esitutinnan rajoittamispäätöksistä, jotka poliisi on tilastoinut ”seuraamusluonteisiksi”<sup>36</sup> ja kustannusperusteella tehdyiksi, sekä tapauksista, joissa esitutkinta on toimitettu ja asia on siirretty syyttäjälle. Tapaukset on poimittu kolmelta eri poliisilaitokselta, ja niissä on tehty esitutkintaa koskeva päätös vuonna 2019. Lisäksi aineistoon sisältyy samoilta poliisilaitoksilta esitutkinta-aineisto kaikista törkeinä kunnianloukkauksina kirjatuista tapauksista, joissa esitutkinta on päätetty vuonna 2019.

Olemme valinneet tutkimuksessa mukana olevat poliisilaitokset Tilastokeskuksen tilastotietojen perusteella. Tarkastelimme viranomaisten tietoon tulleiden kunnianloukkausepäilyjen lukumääriä ja näistä syyteharkin-

<sup>34</sup> Vrt. esim. Kivivuori ym. 2018, s. 104.

<sup>35</sup> Analyysin rajauksista ja valinnoista laadullisessa tutkimuksessa esim. Pietikäinen – Mäntynen 2019, s. 282–289.

<sup>36</sup> Tämä vastaa siis käytännössä esitutinnan rajoittamista harkinnanvaraisen syyttämättä jättämisen edellytyksiin sidotuilla perusteilla.

taan edenneiden tapauksen osuutta. Koko maan keskiarvo syyttäjälle edenneistä kunnianloukkausepäilyistä oli vuonna 2019 noin 22 %. Poliisilaitoskohtaisesti prosenttiosuudet syyttäjälle edenneistä tapauksista vaihtelivat pääasiassa 20:n ja 30 %:n välillä poikkeuksena Ahvenanmaa, jossa osuus oli noin 34,5 %, ja Itä-Uusimaa 6,1 %:n osuudella. Koska halusimme vertailla mahdollisia eroja eri poliisilaitosten päätöskäytännöissä, valitsimme tutkimukseen mukaan Itä-Uudenmaan poliisilaitoksen, jossa poikkeuksellisen harva tapaus eteni syyttäjälle. Ahvenanmaata emme kuitenkaan ottaneet tutkimukseen mukaan, koska siellä viranomaisten tietoon tulleita kunnianloukkausepäilyjä oli vuonna 2019 yhteensä vain 29. Sen sijaan hieman keskivertoa korkeampaa prosenttiosuutta valitsimme edustamaan Sisä-Suomen poliisilaitoksen, jossa noin 26,7 % kunnianloukkausepäilyistä eteni syyteharkintaan, ja hieman keskivertoa alhaisempaa prosenttiosuutta edustavan Itä-Suomen poliisilaitoksen, jossa syyttäjälle edenneiden osuus oli noin 20,7 %.<sup>37</sup>

Poliisiasiaien tietojärjestelmään kirjattuja perusmuotoisia kunnianloukkausepäilyjä, joissa esitutkinta päätettiin vuonna 2019, oli Tilastokeskuksen tietojen mukaan Itä-Uudenmaan poliisilaitoksella yhteensä 442, Sisä-Suomen poliisilaitoksella 632 ja Itä-Suomen poliisilaitoksella 522. Tilastoissa on jonkin verran epävarmuutta, nimittäin Poliisihallitukselta saamiemme tietojen perusteella vastaavat luvut ovat hieman pienemmät: Itä-Uusimaa 411, Sisä-Suomi 621 ja Itä-Suomi 519. Tutkimuskysymyksen vastaamiseksi arvioimme riittäväksi aineiston kooksi 60 esitutkintapäätöstä (sisältäen sekä tapauksia, joissa esitutkinta on toimitettu, että tapauksia, joissa esitutkintaa on rajoitettu) kultakin kolmelta poliisilaitokselta.<sup>38</sup> Itä-Uudenmaan poliisilaitokselta pyysimme kuitenkin 60 esitutkinnan rajoittamispäätöksen lisäksi esitutkinta-aineistot kaikista syyttäjälle edenneistä tapauksista, koska niitä oli poikkeuksellisen vähän (yhteensä 27) ja koska vain pieni osuus näistä ei olisi ollut riittävä päätöskäytännön arvioimiseksi. Koska kustannusperusteella rajoitettuja esitutkintoja oli huomatt-

<sup>37</sup> Vuosi 2019 ei ollut mitenkään poikkeuksellinen, vaan osuudet ovat olleet suurin piirtein samaa luokkaa muinakin vuosina.

<sup>38</sup> Riittävän päätösmäärän arvioimisessa lähtökohtana olivat tutkimuskysymykset, minkä lisäksi arvioimisessa hyödynnettiin aiempaa tutkimustietoa ja oikeuskäytäntöä kunnianloukkausepäilyistä rikostyyppinä. Koska aivan vastaavaa esitutkintakäytäntöä koskevaa tutkimusta ei ole kuitenkaan aiemmin tehty emmekä tienneet varmuudella, minkä tyyppisistä tapauksista ja millä perusteilla tehdyistä päätöksistä aineisto tulisi koostumaan, varauduimme tarvittaessa laajentamaan aineiston kokoa tutkimuksen edetessä. Laadullisessa tutkimuksessa aineiston koon määrittäminen on aina jossain määrin tapauskohtaista. Esim. Tuomi – Sarajärvi 2009, s. 85–90; Eskola – Suoranta 2014, s. 60–68; Silverman 2014, s. 58–73; Nieminen – Lähteenmäki 2021, s. 19–20.

tavasti vähemmän kuin harkinnanvaraisilla perusteilla rajoitettuja, pyysimme kaikilta poliisilaitoksilta kaikki kustannusperusteiset esitutkinnan rajoittamispäätökset. Näitä oli Itä-Uudellamaalla 18, Sisä-Suomessa 11 ja Itä-Suomessa 5, yhteensä 34. Harkinnanvaraisia rajoittamisia oli tehty vuonna 2019 Itä-Uudellamaalla 163, Sisä-Suomessa 87 ja Itä-Suomessa 73, ja näistä aineistoon poimittiin satunnaisotannalla Itä-Uudenmaan poliisilaitokselta 38, Sisä-Suomen poliisilaitokselta 21 ja Itä-Suomen poliisilaitokselta 27, jolloin Sisä-Suomen ja Itä-Suomen osalta syyttäjälle edenneiden tapausten osuudeksi jäi 28 ja 27.<sup>39</sup>

Tässä tutkimuksessa kiinnostuksen kohteena ovat kustannus- ja vähäisyysperusteet. Poliisin tilastointitavan vuoksi vähäisyysperusteella tehtyjä päätöksiä ei kuitenkaan voinut erotella muista niin sanotuilla harkinnanvaraisilla perusteilla tehdyistä päätöksistä. Poliisin tilastoissa nämä on tilastoitu ”seuraamusluonteisina” rajoittamisina. Lopulta kuitenkin kaikista aineistoon sisältyneistä harkinnanvaraisista esitutkinnan rajoittamisista (86 päätöstä) vain viisi oli tehty muulla kuin vähäisyysperusteella. Mainituista viidestä päätöksestä kaksi oli tehty nuoruusperusteella ja kolme kohtuusperusteella. Näistäkin päätöksistä tehdään joitain huomioita aineistoa analysoitaessa, vaikka mainittuja perusteita ei käsitelläkään artikkelissa lähemmin.

Törkeinä kunnianloukkauksina kirjatusta rikosepäilyistä pyysimme kaikkien tapausten tiedot samoilta kolmelta poliisilaitokselta, joissa päätös oli tehty vuonna 2019. Näitä oli yhteensä 8.<sup>40</sup> Tapauksia oli Itä-Uudellamaalla kaksi, joista molemmissa esitutkinta on päätetty ei rikos-perusteella. Itä-Suomessa törkeinä kunnianloukkauksina kirjattuja rikosepäilyjä oli neljä, joista kaksi on edennyt syyttäjälle, yhdessä esitutkinta on keskeytetty<sup>41</sup> ja yhdessä esitutkinta on päätetty ETL 10:2.2:n perusteella, koska epäilty oli alle 15-vuotias. Sisä-Suomessa törkeänä kunnianloukkauksena kirjattuja tapauksia oli vuonna 2019 kaksi, joista toinen on edennyt syyttäjälle ja toinen määrätty salassa pidettäväksi, joten emme saaneet tapauksesta tietoja. Yhdessäkään törkeänä kunnianloukkauksena kirjatussa rikosepäilyssä ei ollut tehty esitutkinnan rajoittamispäätöstä vuonna 2019.

<sup>39</sup> Viimeksi mainituissa valintaa kohdennettiin niin, että syyttäjälle edenneitä tulee riittävä määrä (25–30 tapausta).

<sup>40</sup> Sen sijaan Tilastokeskuksen tietojen perusteella vuonna 2019 *viranomaisten tietoon tulleita* törkeitä kunnianloukkauksia oli tutkimukseen valituilla poliisilaitoksilla yhteensä 14.

<sup>41</sup> ETL 3:13:n mukaan esitutkinta saadaan sen aloittamisen jälkeen tutkinnanjohtajan päätöksellä keskeyttää, jos rikoksesta ei epäillä ketään ja jos asiaan vaikuttavaa selvitystä ei ole saatavissa. Esitutkinnan keskeyttämisestä päätettäessä on erityisesti otettava huomioon epäillyn rikoksen laatu. Esitutkintaa on jatkettava ilman aiheetonta viivytystä, kun edellytyksiä keskeyttämiselle ei enää ole.

Tutkimusaineistoon kuuluvat tapaukset on yksiköity aineiston keräämis-, luokittelu- ja analyysivaiheissa esitutkintaviranomaisten tekemien päätösten perusteella. Käytännössä tämä tarkoittaa, että osassa aineistomme ja siitä tehtyihin johtopäätöksiin sisältyvissä ”tapauksissa” tai ”päätöksissä” saattaa olla kyse useammasta yksittäisestä kunnianloukkausrikosepäilystä, jos niistä on tehty vain yksi kirjaus ja päätös samalla diaarinumerolla.<sup>42</sup> Toisaalta aineistossa on mukana myös joitain sellaisia kokonaisuuksia, joissa on tehty kaksi tai kolme erillistä päätöstä samalla diaarinumerolla, jos epäiltyinä on ollut useampia eri henkilöitä.

Poliisin informaatioteknologiakeskukselta ja poliisilaitoksilta saamaamme aineistoon kuuluu tapauksesta riippuen poliisiasiaan tietojärjestelmään (Patja) kirjatut tiedot rikosilmoituksesta ja mahdollisista poliisin toimenpiteistä, tutkinnanjohtajan päätösesitys ja syyttäjän päätös esitutkinnan rajoittamisesta sekä mahdollinen esitutkintapöytäkirja. Tapauksista saamamme tiedot sekä rikosilmoitusten esitutkinta-aineistot ovat vaihtelevia sisällöltään ja laajuudeltaan riippuen poliisilaitoksesta ja tapauksesta. Joissain tapauksissa kuvaus esimerkiksi loukkauksen tekotavasta ja sisällöstä on yksityiskohtainen ja toisissa hyvin niukka tai epäselvä. Niistä tapauksista, joissa esitutkintaa ei ole toimitettu, tietoja on usein vähän jo siitä syystä, että esitutkintapöytäkirjaa ei ole laadittu. Suurimmassa osassa tapauksista ei ole myöskään kirjauksia esikäsittelytoimenpiteistä, joten emme voi tietää aineistomme perusteella, onko joitain toimenpiteitä tehty. Samoin esitutkinnan rajoittamista koskevat päätökset on myös perusteltu hyvin eri tavoin: osassa perustelut ovat huomattavasti laajemmat ja yksityiskohtaisemmat kuin toisissa. Lisäksi emme saaneet osaa pyytämistämme tiedoista siksi, että tiedot olivat salattuja.<sup>43</sup>

Koodasimme ja keräsimme aineistosta SPSS-ohjelman avulla tiedot 20:stä eri muuttujasta, jotka ovat karkeasti jaettavissa kolmeen eri teemaan. Osa kerätyistä tiedoista liittyy tapausten kuvaileviin tai tyyppiteleviin ja sellaisiin niin sanottuihin ulkolegaalisiin ominaisuuksiin, joilla ei lähtökohtaisesti pitäisi olla merkitystä esitutkinnan toimittamisen tarpeellisuutta arvioitaessa (muun muassa poliisilaitos sekä osapuolten iät, sukupuoli ja syntymämaa tai kansalaisuus, tekotapa).<sup>44</sup> Toinen tarkasteltava

<sup>42</sup> Hallituksen esityksen mukaan ”[k]unnianloukkausrikokset yksiköityvät loukattujen henkilöiden mukaan. Jos menettelyllä syyllistytään useaan henkilöön nähden kunnianloukkaukseen, kyseessä on useita kunnianloukkausrikkoksia.” HE 19/2013 vp, s. 47. Ks. myös HE 84/1980 vp, s. 8/I ja esim. KKO 2010:88, kohta 66.

<sup>43</sup> Tutkimusluvassa on rajattu tiedonsaantioikeutemme ulkopuolelle tiedot poliisiasiaan tietojärjestelmän salatuista ilmoitustiedoista.

<sup>44</sup> On kuitenkin huomattava, että tietyissä tilanteissa näillä saattaa olla merkitystä tehtäessä

teema on puolestaan se, onko tekojen vakavuutta arvioitaessa huomioitu riittävällä tavalla legaalisia seikkoja eli niitä teon ominaisuuksia, joiden pitäisi vaikuttaa teon vähäisyyden tai vakavuuden arvioimiseen (muun muassa väitteen levinneisyys, rasistinen motiivi tai kohdistuminen vähemmistön edustajaan). Kolmanneksi keräsimme tietoa esitutkintaprosessin sujumiseen ja toimittamiseen sekä rikoskokonaisuuteen liittyvistä seikoista ja niiden mahdollisesta vaikutuksesta esitutkinnan toimittamiseen (muun muassa siitä, onko tekijä myöntänyt syyllisyytensä ja onko osana samaa rikoskokonaisuutta tutkittu muita, vakavampia rikoksia).

Tietojen keräämisen ja analyysin jälkeen selvisi, ettei levinneisyyden ja kustannusperusteisen rajoittamisen välillä olevaa yhteyttä lukuun ottamatta mikään yksittäinen muuttuja selitä vahvasti sitä, miksi on päädytty joko esitutkinnan toimittamiseen tai sen rajoittamiseen. Toisaalta aineisto on kooltaan myös suhteellisen pieni eikä se ole valikoitunut kaikilta osin satunnaisotannalla, vaan olemme poimineet tietyistä päätöstyypeistä kaikki tapaukset ja tietyistä vain osan.<sup>45</sup> Näiden syiden vuoksi aineistosta ei lähtökohtaisesti voida tehdä yleistettävissä olevia päätelmiä pelkästään kerättyjä tietoja koskevien lukumäärien ja prosenttiosuuksien perusteella.<sup>46</sup> Lisäksi luokitteluun sisältyy paljon tulkinnanvaraisuutta: kaikista tapauksista ei ollut kaikkia tarvitsemiamme tietoja saatavilla, ja toisaalta muun muassa vähemmistöön kohdistuvia loukkauksia saattaa olla vaikea tunnistaa poliisin kirjaamien tietojen perusteella. Erilaiset päätökseen vaikuttavat seikat myös risteävät samoissa tapauksissa: samassa tapauksessa saattaa olla esimerkiksi yksi tai useampi törkeään tekemuotoon viittaava piirre mutta toisaalta myös teon vähäisyyteen viittaavia seikkoja. Päätöskäytännön analyysi on siksi tehty lopulta pääasiassa aineistoa lähilukemalla ja vertailemalla tapauksia toisiinsa useiden eri seikkojen suhteen. SPSS-ohjelman avulla kerättyjä tietoja on hyödynnetty kiinnostavien tapausten sekä niiden yhtäläisyyksien ja erojen havaitsemiseksi ja paikantamiseksi. Aineistoa analysoidessa tietoja ja lukumääriä on käytetty havainnollistamaan tietyn tyyppisten tapausten määriä ja osuuksia aineistossamme.

Analyyssi- ja raportointitapaan on vaikuttanut osittain myös se, että tutkimuksen edetessä päätöskäytäntö osoittautui edellä mainittua väitteen levinneisyyden ja kustannusperusteisen rajoittamisen käytön välistä yhteyttä

---

päätöstä esitutkinnan toimittamisesta ja rajoittamisesta. Esim. iällä on merkitystä silloin, kun kunnianloukkaus on kohdistunut lapseen tai jos teosta epäilty on nuori henkilö.

<sup>45</sup> Aineistoon poimittiin kaikki Itä-Uudenmaan poliisilaitoksella kirjatut syyttäjälle edenneet sekä kultakin kolmelta poliisilaitokselta kaikki tapaukset, joissa oli tehty esitutkinnan rajoittamispäätös kustannusperusteella.

<sup>46</sup> Ks. tämän tyyppisestä analyysistä esim. Pylvänen 2015.



lukuun ottamatta sattumanvaraiseksi. Sattumanvaraisuuden osoittaminen ja raportoiminen edellyttää yksittäisten tapausten läpikäymistä ja vertailua keskenään aika yksityiskohtaisellakin tasolla sen sijaan, että voitaisiin esimerkiksi aineistoa kattavasti kvantifioimalla todeta tiettyjä selkeitä linjoja päätöskäytännössä.<sup>47</sup> Yksittäisten päätösten käsittelyn tarkoituksena ei ole niiden virheellisyyden tai oikeellisuuden tarkasteleminen ja osoittaminen, vaan nimenomaan päätöskäytännön epä johdonmukaisuuksien havainnointi ja raportoiminen.

Osapuolten tunnistamisen ehkäisemiseksi emme käytä tutkimusaineistoomme kuuluvista tapauksista niiden oikeita diaarinumeroita. Sen sijaan olemme käyttäneet lyhenteitä poliisilaitoksista (IU, SS, IS) ja numeroineet perusmuotoisissa kunnianloukkausepäilyissä tehdyt päätökset numeroilla 1–207. Itä-Uudenmaan poliisilaitoksen tapauksiin viitataan tunnisteilla I-U/1–I-U/87, Sisä-Suomen S-S/88–S-S/147 ja Itä-Suomen I-S/148–I-S/207.

## 2 MITÄ ON RANGAISTAVA TOISEN KUNNIAN LOUKKAAMINEN?

Erilaisilla kunnianloukkaussäännöksillä on pitkä historia, ja suhtautuminen kunniarikoksiin on vaihdellut.<sup>48</sup> Tällä hetkellä kunnianloukkaus on säädetty rangaistavaksi rikoslain 24 luvun 9 ja 10 §:ssä. Kunnianloukkauksen tunnusmerkistön täytyminen edellyttää RL 24:9 §:n 1 momentin 1 kohdan mukaan, että tekijä esittää toisesta valheellisen tiedon tai vihjauksen niin, että se on omiaan aiheuttamaan vahinkoa tai kärsimystä loukatulle taikka häneen kohdistuvaa halveksuntaa. Lisäksi momentin 2 kohdan mukaan tunnusmerkistö voi täytyä silloin, kun tekijä halventaa toista muulla tavalla. Ensimmäisen kohdan täyttymisen edellytyksenä on, että tieto tai vihjaus on valheellinen, kun taas toisen kohdan mukaisessa halventamisessa tällaista edellytystä ei ole eikä voikaan olla.<sup>49</sup>

Ilmaisurikoksia koskevaa sääntelyä muutettiin vuonna 2013. Kunnianloukkauksen tunnusmerkistöön lisättiin 4 momentin sananvapautta korostava vastuuvapauslauseke niitä tilanteita varten, kun keskustelussa on kyse yleiseltä kannalta merkittävän asian käsittelemiseksi esitetystä ilmaisusta, jos sen esittäminen, huomioon ottaen sen sisältö, toisten oikeudet ja muut

<sup>47</sup> Laadullisin menetelmin kerätyn ja analysoidun aineiston kvantifioimisesta ja siihen liittyvistä haasteista esim. Tuomi – Sarajärvi 2009, s. 120–122.

<sup>48</sup> Ks. esim. Frände – Wahlberg 2018, s. 443–449.

<sup>49</sup> Ero halventamisen ja valheellisen tiedon tai vihjauksen välillä ei ole kuitenkaan aina selvä, ks. esim. KKO 2021:45, erityisesti eri mieltä olleen jäsenen lausunto.

olosuhteet, ei selvästi ylitä sitä, mitä voidaan pitää hyväksyttävänä.<sup>50</sup> Vastaava julkisessa roolissa toimivan henkilön asianmukainen arvostelu oli 3 momentin mukaan rankaisematonta jo ennen muutosta. Vuoden 2014 alusta lähtien voimaan tulleilla muutoksilla myös poistettiin vankeusrangaistuksen uhka perusmuotoisesta kunnianloukkauksesta.<sup>51</sup> Sen sijaan törkeästä kunnianloukkauksesta vankeusrangaistus on edelleen mahdollinen. Kunnianloukkaus on törkeä RL 24:10 §:n mukaan silloin, kun sillä aiheutetaan suurta kärsimystä tai erityisen suurta vahinkoa ja kun rikos on myös kokonaisuutena arvostellen törkeä. Törkeän tekemuodon tunnusmerkistöstä poistettiin ankaroitamisperusteina joukkotiedotusvälineen käyttäminen ja loukkauksen toimittaminen lukuisten ihmisten saataville. Nämä seikat voidaan kuitenkin nykyisen lain esitöiden mukaan ottaa huomioon osana törkeyden kokonaisarviointia.<sup>52</sup>

Perustuslaissa, rikoslaissa tai niiden esitöissä ei ole määritelty kunnian käsitettä, vaan sen sisältö on jätetty avoimeksi,<sup>53</sup> ja hyvin monen tyyppiset teot ja ilmaisut voivat olla kunnianloukkauksen tunnusmerkistön täyttävää toisen kunnian loukkaamista. RL 24:9 §:n 1 momentin 1 kohdan mukaisena valheellisen tiedon tai vihjauksen esittämisenä rangaistavaa voisi esitöiden mukaan olla esimerkiksi sellainen paikkansa pitämätön väite, että toinen on syyllistynyt rikokseen tai muuhun moitittavaan tekoon. Vastaavasti valheellisen tiedon tai vihjauksen esittämisenä voidaan pitää loukkaavaa terveydentilaan liittyvää väitettä.<sup>54</sup> Väitteen totuudenmukaisuus on tarkis-

---

<sup>50</sup> HE 19/2013 vp, erit. s. 48–49. Muutokset liittyivät osittain EIT:n ratkaisukäytäntöön ja lukuihin Suomen saamiin langettaviin tuomioihin, ks. lähemmin esim. Matikkala 2012; Neuvonen 2015b.

<sup>51</sup> Myös tämän muutoksen taustalla olivat EIT:n ratkaisut sekä Euroopan neuvoston parlamentaarisen yleiskokouksen 25.7.2007 antama päätöslauselma 1577 (2007) Towards decriminalisation of defamation, jossa suositellaan mm. vankeusrangaistuksen poistamista kunnianloukkauksista.

<sup>52</sup> HE 19/2013 vp, s. 49–50.

<sup>53</sup> HE 309/1993 vp; KM 1992:3; HE 239/1997 vp; HE 184/1999 vp; HE 19/2013 vp. Oikeuskirjallisuudessa kunnian käsite on liitetty jokaiselle kuuluvaan arvonantoon ja arvostukseen. Säännöksellä pyritään suojaamaan yksityisiä henkilöitä häpäisemiseltä ja niiltä vahingoilta, joita kunnian loukkaamisesta aiheutuu. Nuutila – Majanen 2009. Ks. myös Frände – Wahlberg 2018, s. 443–462. Kunnianloukkausrikoksesta on myös paljon EIT:n ja korkeimman oikeuden ratkaisukäytäntöä, joka ainakin välillisesti ottaa kantaa kunnian käsitteen sisältöön.

<sup>54</sup> HE 19/2013 vp, s. 45. Ks. myös Frände – Wahlberg 2018, s. 443–449, 452–454. Rikosepäilyistä uutisoimista esitutkintavaiheessa ei kuitenkaan ole pidettävä kunniaa loukkaavana valheellisen tiedon tai vihjauksen esittämisenä silloin, kun uutisoiminnan yhteydessä on riittävällä tavalla tuotu esille, että esitutkinta on kesken eikä ole kyse jo selvitetystä rikoksesta. KKO 2013:70. Ks. myös KKO 2013:100 ja KKO 2010:88. Myös liioiteltujen väitteiden esittäminen voi olla hyväksyttävää, kun väite ei ole täysin perätön, erityisesti jos sitä ei ole esitetty loukkaamistarkoituksessa. KKO 2013:15. Ks. kuitenkin myös KKO 2021:45.

tettavissa jälkikäteen, ja sen esittäneen on esitettävä näyttöä väitteen todenmukaisuudesta. Rangaistavuus edellyttää tahallisuutta; tahallisuus puuttuu, jos syytetyllä on ollut vahvoja perusteita tai todennäköisiä syitä pitää tote-  
na sitä, mitä hän on esittänyt tai vihjannut.<sup>55</sup> Valheellisuuden lisäksi edellytetään, että teko *on omiaan aiheuttamaan* vahinkoa tai kärsimystä kohteelle tai joutumista halveksunnan kohteeksi. Rangaistavan teon tulee siis olla sellainen, että sen tyyppillisenä seurauksena aiheutuu kärsimystä tai halveksuntaa suurelle osalle sellaisista ihmisistä, joihin se kohdistuu.<sup>56</sup> Arvio on tässä mielessä objektiivista.

Puolestaan kunnianloukkaussäännöksen ensimmäisen momentin toisen kohdan tarkoittama halventaminen edellyttää halvennetuksi tulemisen subjektiivista kokemusta. Sanallisten loukkausten, esimerkiksi vanhan rikoksen perusteettoman esiintuomisen, lisäksi halventamista voivat olla myös vihjailevat ilmeet, eleet tai koskettaminen.<sup>57</sup> Arvioitaessa ilmaisun halventavaa luonnetta on merkitystä myös tyyli-ilajilla ja asiayhteydellä, jossa ilmaus on esitetty; esimerkiksi kepeätyylinen tai satiirinen ilmaisu ei ole säännöksessä tarkoitettua halventamista.<sup>58</sup> Halventamisloukkauksessa tahallisuus täytyy esitettäessä totuudenmukainenkin väite, eikä momentin toisen kohdan tarkoittamien tekojen totuudenmukaisuutta ole aina edes mielekästä ratkaista.<sup>59</sup> Usein halventamistarkoitus käy ilmi jo ilmaisusta tai teosta itsestään, vaikka varsinaista loukkaamistarkoitusta ei kuitenkaan voida edellyttää. Merkittävää on, että tekijä itse on tietoinen tekonsa loukkaavasta luonteesta.<sup>60</sup>

Kunnianloukkauksen tunnusmerkistön täyttymisessä on pohjimmiltaan kyse punninnasta kunnian ja sananvapauden välillä. Jokaisen kunnia on turvattu perustuslain (PL) 10 §:ssä, mutta toisaalta perustuslain ja muun muassa Euroopan ihmisoikeussopimuksen (EIS) 10 artiklan mukaan jokai-

<sup>55</sup> Tekijältä edellytettävä varmuus tietonsa totuudenmukaisuudesta määrittäyty tapauskohtaisesti. HE 19/2013 vp, s. 45/II. Ks. myös KKO 2021:45, jossa tekijä itse piti levittämänsä tietoa raiskauksesta totena, mutta korkeimman oikeuden mukaan teko täytti törkeän kunnianloukkauksen tunnusmerkistön. Väitteen totuudenmukaisuuden ongelmallisuudesta suhteessa selonottovelvollisuuteen ja tahallisuuteen ks. Matikkala 2005, s. 217.

<sup>56</sup> HE 19/2013 vp, s. 40.

<sup>57</sup> Ibid., s. 45/II; Frände – Wahlberg 2018, s. 454–455.

<sup>58</sup> Tiilikka 2007, s. 548–552; Nuutila – Majanen 2009; KKO 1991:116. Korkein oikeus on myös katsonut, että esimerkiksi ”limanuljaska”-sanana käyttäminen henkilöstä uutisotsikossa ei loukannut tämän kunniaa, vaan sanavalintaa oli kyseisessä asiayhteydessä pidettävä hyväksyttävänä (KKO 2013:70). Samoin ”rasisti” ja ”natsipelle” voivat asiayhteydestä riippuen olla sallittuja ilmaisuja (KKO 2022:1).

<sup>59</sup> HE 19/2013, s. 45/I. Väitteen totuudenmukaisuudesta ja halventamisesta ks. myös esim. KKO 2011:101.

<sup>60</sup> Frände – Wahlberg 2018, s. 459–460. Ks. myös KKO 2007:56, kohta 3.

sella on oikeus ilmaista ja julkaista tietoja, mielipiteitä ja viestejä sekä oikeus vastaanottaa niitä. Sananvapautta ei voida eikä tulisi rajoittaa kevein perustein, sillä sen perimmäisenä tarkoituksena on taata demokraattisen yhteiskunnan edellyttämä avoin julkinen keskustelu sekä vallankäytön kritiikki.<sup>61</sup> Käytännössä tämän tyyppinen punninta koskee useimmiten lähinnä tilanteita, joissa on kyse kunnianloukkaussäännöksen kolmannessa ja neljännessä momentissa tarkoitetusta henkilön julkiseen toimintaan kohdistuvasta arvostelusta tai yleiseltä kannalta merkittävän asian käsittelemiseksi esitetystä ilmaisusta ja siitä, ylittääkö tällainen ilmaisu selvästi sen, mitä voidaan pitää hyväksyttävänä.<sup>62</sup> Tällaisissa tilanteissa myös provosoiivat ja jopa loukkaavatkin ilmaiset saattavat kuulua sananvapauden piiriin.<sup>63</sup> Sen sijaan sananvapaus ei lähtökohtaisesti suojaa loukkaavien ilmaisujen esittämistä yleiseltä kannalta merkityksettömissä asioissa ja tilanteissa,<sup>64</sup> joskaan rajanveto siitä, onko asiassa kyse yleiseltä kannalta merkittävän asian käsittelemiseksi esitetystä ilmaisusta, ei ole välttämättä aina selvä.<sup>65</sup>

Tämän kaltaiset säännöksen tulkintaan liittyvät punninnat ja rajanvedot eivät kuitenkaan yleensä tule vielä esituskintavaiheessa pohdittavaksi, vaan vaikeammat ja hienosyisemmät säännöksen tulkintaan liittyvät kysymykset on syytä jättää syyttäjän ja tuomioistuimen harkittavaksi.<sup>66</sup> Tästä syystä kunnianloukkaussäännösten soveltamiskäytännön tarkasteleminen on jätettävä myös tässä tutkimuksessa yleisemmälle tasolle. Säännösten tulkinta ja soveltaminen ovat, ja niiden kuuluukin olla, esituskintavaiheessa tietyllä tavalla summittaisempaa kuin prosessin myöhemmissä vaiheissa. Esituskinnan toimittamiseen liittyvässä harkinnassa myös rajoittamissäännöksiä tulisi niiden tulkinnanvaraisuuden vuoksi soveltaa vain aivan ilmeisesti rajoitusten soveltamisalaan kuuluviin tapauksiin.

Kunnianloukkauksen törkeä tekemuoto (RL 24:10) täyttyy silloin, kun kunnianloukkauksessa aiheutetaan suurta kärsimystä tai erityisen suurta

<sup>61</sup> HE 309/1993 vp, s. 56.

<sup>62</sup> Ks. lähemmin HE 19/2013 vp, s. 47–49; LaVM 11/2013 vp, s. 8; Frände – Wahlberg 2018, s. 456–459.

<sup>63</sup> Esim. Oberschlick v. Itävalta n:o 2 (1.7.1997), Hertel v. Sveitsi (25.8.1998), Steel ja Morris v. Yhdistynyt kuningaskunta (15.12.2005) ja Mouvement raélien suisse v. Sveitsi (13.7.2012). Ks. myös KKO 2020:68 (kohta 30) ja Tiilikka 2007, s. 203–204. Ks. myös sananvapauden merkityksestä ja toisaalta myös tarpeesta ja mahdollisuuksista rajoittaa vihapuhetta esim. Nuotio 2019.

<sup>64</sup> Ks. esim. KKO 2005:137.

<sup>65</sup> Esim. KKO 2021:45, kohdat 25–27.

<sup>66</sup> Vrt. keskusteluun toimenpiteistä luopumisesta, jossa pääsääntönä on pidetty sitä, että esituskinta- ja syyteharkintavaiheessa ei pitäisi luopua toimenpiteistä, jos tuomioistuin tulisi tuomitsemaan asiassa rangaistuksen tai jos asia on epäselvä. Esim. Lahti 1974, s. 354–357; Lappi-Seppälä 1991a, s. 915.

vahinkoa ja kun rikos on myös kokonaisuutena arvostellen törkeä. Teon katsominen törkeäksi kunnianloukkaukseksi edellyttää siis ankaroittamisperusteen käsilläoloa sekä kokonaistörkeyttä. Kärsimyksen suuruuteen vaikuttavat ainakin tiedon laatu, levittämistapa, laajuus ja kärsimyksen pitkäaikaisuus. Säännöksen esitöiden mukaan suuri kärsimys voi realisoi-  
tua helpommin lapsen kuin aikuisen kohdalla, mutta toisaalta teon kohdistuminen lapseen vaikuttaa myös törkeyden kokonaisarvosteluun.<sup>67</sup> Kunnianloukkaukseen sisältyvä ilmaisu väkivallan käyttämisestä loukattua kohtaan saattaa myös täyttää säännöksessä tarkoitetun suurta kärsimystä koskevan kvalifointiperusteen. Lisäksi hallituksen esityksessä on todettu, että ”[v]ähemmistöryhmän edustajaan kohdistuvan vihapuheen voidaan katsoa lähtökohtaisesti aiheuttavan suurempaa kärsimystä kuin enemmistöryhmään kuuluvaan henkilöön kohdistuvan kunnianloukkauksen”.<sup>68</sup>

Erityisen suurella vahingolla kvalifointiperusteena tarkoitetaan taloudellisen vahingon lisäksi muutakin sellaista vahinkoa, jonka ei voida katsoa sisältyvän kärsimykseen. Tällaista saattaa olla esimerkiksi työuralla etenemisen olennainen vaikeutuminen tai estyminen tai esimerkiksi yhteiskunnallisen arvonannon menettäminen.<sup>69</sup>

Törkeyden kokonaisarvostelussa voi olla merkitystä sillä, että ”kunnianloukkaus sisältää rasistista tai muuta vihapuheen kaltaista kielenkäyttöä”.<sup>70</sup> Kokonaistörkeyttä arvioitaessa tulee ottaa huomioon myös ilmaisun laatu ja sisältö, miten laaja henkilöpiiri on voinut tunnistaa henkilön sekä halventamisen syy ja tarkoitus (ei esimerkiksi minkään merkityksellisen asian käsitteleminen, vaan puhdas vahingon aiheuttamistarkoitus loukkauksen kohteeksi joutuneelle). Lisäksi törkeän kunnianloukkauksen esitöissä on mainittu, että ”[j]oissakin tapauksissa selkeästi perättömät henkilöä tai tämän ammattitoimintaa koskevat tiedot voivat vakavasti uhata tämän mainetta tai asemaa yhteisössä.”<sup>71</sup>

Kvalifointiperusteet sinänsä sekä useat niiden ja kokonaistörkeyden täyttymiseen vaikuttavat seikat, joita lain esitöissä on tuotu esille, ovat tulkinnan- ja arvostuksenvaraisia. Tämän lisäksi epäselvyyttä saattaa aiheutua siitä, milloin törkeä tekemuoto *ei* kuitenkaan ole käsillä, vaikka tapauksessa olisikin törkeään kunnianloukkaukseen viittaavia, esitöissä mainittuja piirteitä. Esimerkiksi vähemmistöryhmän edustajaan kohdistuva rasistinen tai muuta vihapuhetta sisältävä loukkaus voi jo sinänsä täyttää

<sup>67</sup> HE 19/2013 vp, s. 44–45, 49.

<sup>68</sup> Ibid., s. 49/I.

<sup>69</sup> Ibid., s. 44/II.

<sup>70</sup> Ibid., s. 50/I.

<sup>71</sup> Ibid., s. 49–50.

sekä kvalifointiperusteen että kokonaistörkeyden edellytykset. Säännös ja esityöt eivät anna yksiselitteistä vastausta siihen, edellytetäänkö tunnusmerkistön täyttymiseltä kuitenkin näiden lisäksi joitain muitakin törkeään tekemuotoon viittaavia piirteitä. Arvio edellyttää siten aina jossain määrin tapauskohtaista punnintaa. Korkeimman oikeuden oikeuskäytännössä kvalifointiperusteina on huomioitu muun muassa opintojen viivästyminen, eristäytyminen yhteisöstä ja loukkauksen leviäminen laajan henkilöpiiriin tietoon, erityisesti kun on kyse asianomistajan kannalta merkityksellisestä henkilöpiiristä.<sup>72</sup> Kokonaistörkeysarviossa puolestaan on huomioitu muun muassa loukkauksen pitkäkestoisuus tai toistuvuus ja tekijän välinpitämättömän suhtautuminen valheellisen väitteen leviämiseen.<sup>73</sup>

### 3 ESITUTKINNAN RAJOITTAMINEN VÄHÄISYYS- JA KUSTANNUSPERUSTEILLA

#### 3.1 Esitutinnan rajoittaminen toimenpiteistä luopumisena

Rikosprosessi laajasti ymmärrettynä kattaa esitutinnan, syyteharkinnan, oikeudenkäynnin tuomioistuimessa sekä rangaistuksen täytäntöönpanon. Esitutinnan rajoittaminen puolestaan on osa rikosprosessin toimenpiteistä luopumista koskevaa sääntelyä, joka kattaa esitutinnan toimittamatta jättämisen ja lopettamisen (ETL 3:9–10a), syyttämättä jättämisen (ROL 1:6–8) ja rangaistuksen tuomitsematta jättämisen (RL 6:12). Näihin prosessin eri vaiheisiin soveltuvat toimenpiteistä luopumisen kriteerit vastaavat monilta osin toisiaan, ja siksi tarkastelemamme kustannus- ja vähäisyysperusteisiin liittyvät kysymykset eivät rajoitu pelkästään esitutinnan rajoittamiseen, vaan osittain päällekkäisiä ja vastaavia mahdollisuuksia toimenpiteistä luopumiseen on myös syyttämättä jättämistä ja rangaistuksen tuomitsematta jättämistä koskevissa säännöksissä.

Rikosprosessilla on useita eri funktioita, kuten rikosvastuun toteuttaminen, oikeusturva, konfliktinratkaiseminen, käyttäytymisen ohjaaminen ja aineellisen totuuden selvittäminen.<sup>74</sup> Kaikilla näillä prosessin tarkoitus-

<sup>72</sup> KKO 2020:30 ja KKO 2021:45. Ratkaisussa KKO 2020:30 korkein oikeus ei arvioinut törkeän kunnianloukkauksen tunnusmerkistön täyttymistä, vaan teon törkeyttä on arvioitu hovioikeusvaiheessa.

<sup>73</sup> KKO 2020:30 ja KKO 2021:45. Ennen lakimuutosten voimaantuloa vuonna 2014 annetuissa ratkaisussa teon törkeyttä on arvioitu vanhan lain perusteella niin, että merkitystä on annettu joukkotiedotusvälineen käyttämiselle, loukkauksen vakavalle luonteelle ja sen saamalle laajalle julkisuudelle. Ks. esim. KKO 2013:100, KKO 2010:88.

<sup>74</sup> Rikosprosessin funktioista esim. Ervo 2005, s. 103–111; Launiala 2010, s. 28–31; Lau-

perillä on merkitystä esitutkintavaiheessa jo sinänsä, mutta myös siksi, että prosessin myöhemmät vaiheet perustuvat esitutkintaan, viranomaisten toimiin esitutkinnassa ja siinä hankittuun selvitykseen epäilyistä rikoksesta. Puolestaan tarkasteltaessa esitutkintaa sen rajoittamisen näkökulmasta on esitutkinnan tarkoituksen osalta kysyttävä, milloin ja millaisissa tapauksissa *ei ole* tarpeen pyrkiä toteuttamaan prosessin ja esitutkinnan funktioita ainakaan täysimääräisesti.

Tarpeelle rajoittaa esitutkintaa tai luopua toimenpiteistä rikosprosessin myöhemmissä vaiheissa on useita syitä, mutta tässä artikkelissa tarkasteltava vähäisyyteen ja kustannuksiin perustuva esitutkinnan rajoittaminen pohjautuu ennen kaikkea prosessiekonomisiin näkökohtiin.<sup>75</sup> Erityisesti lievemmin rangaistavissa teoissa esitutkintaviranomaisilla on varsin huomattava valta päättää, mitkä asiat etenevät rikosprosessissa ja mitkä eivät, ja tähän vallankäyttöön liittyvässä harkinnassa prosessin kustannukset sekä taloudelliset näkökohdat ovat merkittävässä roolissa.<sup>76</sup>

Vähäisyys- ja kustannusperusteet esitutkinnan rajoittamisperusteina liittyvät toisiinsa sekä perusteiden tarkoituksen että osittain myös soveltamisalansa puolesta. Esimerkiksi Antti Jokela pitää vuoden 2006 rikosprosessiuudistusta merkittävänä: ”[u]judistus merkitsi aikaisemman legalistisen tutkintakulttuurimme muutosta, koska siinä ensi kerran luovuttiin rikosten yleisestä selvittämistavoitteesta taloudellisilla perusteilla”.<sup>77</sup> Hän viittaa tällä siihen, että tuolloin kustannusperuste lisättiin esitutkintalakiin yhdeksi nimenomaiseksi esitutkinnan rajoittamisperusteeksi. Kyse ei kuitenkaan ollut välttämättä kovin selkeästä muutoksesta legalistisesta tutkintakulttuurista harkinnanvaraiseen, koska esitutkinnan rajoittaminen oli mahdollista useilla eri perusteilla jo ennen muutosta.<sup>78</sup> Myöskään prosessiekonomia rajoittamisen perusteena ei ollut siinä mielessä uusi, että prosessitaloudelliset syyt ovat olleet osaltaan toimenpiteistä luopumisen taustalla jo pitkään ainakin vähäisyysperusteissa.<sup>79</sup>

---

niala 2015; Fredman ym. 2020, s. 84–83. Ks. kuitenkin kritiikkiä aineellisen totuuden selvittämisestä rikosprosessin funktiona esim. Tolvanen 2020, s. 14–16.

<sup>75</sup> Prosessiekonomia ja kustannustehokkuus voidaan tosin nähdä kaiken esitutkinnan rajoittamista koskevan sääntelyn taustalla. Nissinen 2007, s. 55, av 5.

<sup>76</sup> Ks. esim. Kangasniemi 2006, erit. s. 650–651. Vaikuttaa myös siltä, että viranomaiset itse pitävät esitutkinnan rajoittamista keskeisenä keinona hallita tapaus- ja työmääriä. Tolvanen 2020, erit. s. 30–31.

<sup>77</sup> Jokela 2018, s. 181. Ks. myös Heiskanen – Ohisalo 2005, s. 254.

<sup>78</sup> Aiemmasta keskustelusta esim. Nissinen 2007.

<sup>79</sup> Lahti 1974, s. 114–124; HE 79/1989 vp, s. 6–7. Ks. myös Vajus-Anttila 2021, s. 1016–1017.

Prosessiekonomia huomioiden rikosprosessissa tulee kiinnittää huomioita yhteiskunnan voimavarojen järkevään kohdentamiseen: prosessiekonomia perustelee näkemystä, jonka mukaan ei ole tarkoituksenmukaista viedä kaikkia rikosasioita rikosprosessin loppuun asti tai edes aloittaa tai toimittaa esitutkintaa kaikissa tapauksissa.<sup>80</sup> Yleisesti pidetään kuitenkin tärkeänä, ettei prosessiekonomia johtaisi oikeusvarmuudesta ja yhdenvertaisuudesta tinkimiseen tai siihen, että joitain lievemmin rangaistavia tekoja jätettäisiin systemaattisesti aina tutkimatta ja rankaisematta.<sup>81</sup>

Erityisesti syyttämättä jättämiseen ja syytepakeroon liittyvässä keskustelussa on jo 1800-luvun puolivälistä lähtien argumentoitu vastakkaisia näkemyksiä perustelevilla opportunitteettiperiaateella ja rikosprosessioikeudellisella legaliteettiperiaateella; opportunitteettiperiaatteen mukaan syyttäjällä tulee olla harkintavaltaa syytteen nostamisessa, kun taas legaliteettiperiaatteen mukaan syyte on nostettava aina, kun näyttö on riittävä ja teko täyttää rangaistavuuden edellytykset.<sup>82</sup> Legaliteettiperiaatteeseen<sup>83</sup> liittyvää syytepakkeriperiaatetta on puolustettu ”oikeusturvaan ja yhdenvertaisuuteen, järjestelmää kohtaan tunnetun luottamuksen säilyttämiseen, lainkäytön objektiivisuuteen ja yleisestäävyyteen” liittyvillä argumenteilla, ja puolestaan opportunitteettiperiaatteen mukaan muun muassa prosessiekonomialle, kohtuuden vaatimukselle ja joustamistarpeelle yksittäistilanteissa on annettava merkitystä syyttämättä jättämistä koskevassa sääntelyssä ja harkinnassa.<sup>84</sup> Keskustelu ja punninta näiden periaatteiden välillä soveltuu myös esitutkinnan rajoittamiseen ja siihen liittyviin ristiriitoihin lähinnä prosessiekonomian sekä oikeusturvan ja yhdenvertaisuuden välillä.<sup>85</sup> Jälkimmäiset tavoitteet puoltavat esitutkinnan toimittamista myös vähäisissä

<sup>80</sup> Esim. HE 222/2010 vp, s. 187–188. Aiemmasta keskustelusta esim. HE 130/1964 vp, s. 2; Lahti 1974, s. 118–121.

<sup>81</sup> Esim. Jokela esittää huolen kustannusperusteen lisäämisestä esitutkinnan rajoittamispe-  
rusteeksi: ”Uudistus oli nykyoloissa tarpeellinen, mutta edellyttää viranomaisilta huolellista harkintaa ja pyrkimystä yhtenäiseen käytäntöön koko maassa. Muutoin on vaarana, että lainkäytön yhtenäisyys ja sitä myötä kansalaisten yhdenvertaisuus ja ratkaisujen ennustettavuus sekä sanktiovarmuus ja rikoslain yleisestäävä vaikutus tulevat heikkenemään liiaksi.”  
Jokela 2018, s. 181.

<sup>82</sup> Lahti 1974, s. 77 ss. Ks. myös Jonkka 1991, s. 193–202.

<sup>83</sup> Rikosprosessuaalisella legaliteettiperiaateella on eri merkitys kuin rikosoikeudellisella legaliteettiperiaateella. Esim. Lahti 1974, s. 85–88; Heiskanen – Ohisalo 2005, s. 245–246. Tässä yhteydessä puhutaan nimenomaan rikosprosessuaalisesta legaliteettiperiaateesta.

<sup>84</sup> Lappi-Seppälä 1991a, s. 902–928, s. 909 ss.; Jonkka 1991, s. 193–202.

<sup>85</sup> Lahti 1974, s. 81–82. Ks. myös Lappi-Seppälä 1991a, s. 915: ”Prosessiekonomian ja voimavarojen järkevän kohdentamisen intressit on otettu huomioon ennen kaikkea vähäisyyssperusteen ja konkurrenssiperusteen kautta.” Lisäksi nykyinen kustannusperuste (ETL 3:10.2 ja ROL 1:8.1, 3 kohta) on tietenkin selvä prosessiekonomiseen harkintaan ohjaava säännös.



rikoksissa ja silloinkin, kun niiden tutkinta tulee kalliiksi. Tapio Lappi-Seppälä kuitenkin huomauttaa (syyttämättä jättämisestä keskustellessaan), ettei oikeusvarmuus tai yhdenvertaisuus välttämättä kärsi syyttäjän harkintavallan lisäämisestä, koska harkintaa kuitenkin ohjataan periaatetyyppisin normein. Lisäksi hänen mukaansa laajempi harkintavalta saattaa jopa parantaa yhdenvertaisuutta mahdollistamalla tapausten relevanttien erojen huomioimisen ja näistä eroista johtuvan tarpeen toimia tapauksissa eri tavoilla.<sup>86</sup>

Rikosprosessissa toimenpiteistä luopumista koskevan sääntelyn ideana on ajateltu olevan se, että rajatuin harkintavalta on poliisilla ja laajin tuomioistuimilla.<sup>87</sup> Esimerkiksi teon vähäisyys on peruste luopua toimenpiteistä läpi koko prosessin; sen perusteella voidaan jättää esitutkinta toimittamatta tai lopettaa esitutkinta (ETL 3:9), rajoittaa esitutkintaa (ETL 3:10.1), jättää syyte nostamatta (ROL 1:7.1, 1 kohta) tai rangaistus tuomitsematta (RL 6:12.1, 1 kohta). Koska toimenpiteistä voidaan luopua kaikissa mainituissa prosessin vaiheissa, toimenpiteistä ei pitäisi luopua prosessissa alemmalla tasolla silloin, jos ylempi viranomainen ryhtyisi asiassa toimenpiteisiin. Tämä tarkoittaa käytännössä sitä, ettei esitutkintaa tulisi rajoittaa tapauksissa, joissa syyttäjä nostaisi syytteen tai tuomioistuin tuomitsi rangaistuksen.<sup>88</sup> Epäselvissä tapauksissa poliisin tai syyttäjän ei pitäisi luopua toimenpiteistä, vaan asia tulisi saattaa ylempään viranomaisen ratkaistavaksi.<sup>89</sup> Näin koherentti ja portaittain laajeneva harkintavalta ei kuitenkaan käytännössä liene edes mahdollista osittain eri tasoilla toteutettavien erilaisten toimenpiteistä luopumiseen liittyvien tavoitteiden vuoksi ainakaan silloin, kun on kyse prosessiekonomisiin syihin perustuvasta toimenpiteistä luopumisesta. Arvioitaessa teon vähäisyyttä ja toimenpiteistä luopumista vähäisyyden perusteella tällaista logiikkaa on kuitenkin edellytetty.<sup>90</sup>

Ristiriita opportunitteettiperiaatteen ja legaliteettiperiaatteen ilmaisemien ideaalien välillä ei siis ole millään tavalla uusi, mutta se on edelleen ajankohtainen.

<sup>86</sup> Lappi-Seppälä 1991a, s. 902–928, s. 909 ja av 19. Harkinnanvaraisuutta ja perusteita poiketa ”normaalin” rikosprosessin oikeusturva- ja yhdenvertaisuustakeista on kuitenkin lisätty jatkuvasti. Tähän liittyvästä erityisesti syyteneuvottelujärjestelmää koskevasta kriitikistä ks. Linna 2019.

<sup>87</sup> Esim. Lahti 1974, s. 354–357; HE 79/1989 vp, s. 19/I.

<sup>88</sup> Esim. Lahti 1974, s. 354–357; Lappi-Seppälä 1991a, s. 915.

<sup>89</sup> Lahti 1974, s. 354–357.

<sup>90</sup> Jääskeläinen 1997, s. 456–461. Ks. myös HE 79/1989 vp, s. 19/I.

### 3.2 Esitutinnan rajoittaminen osana esitutkintaa koskevaa sääntelyä

Esitutkintalain mukaan esitutkintaviranomaisen on viipymättä kirjattava sille ilmoitettava rikos tai tapahtuma, jota ilmoittaja epäilee rikokseksi (ETL 3:1.1), ja esitutkinta on toimitettava aina, kun on syytä epäillä, että on tehty rikos (ETL 3:3.1). Tämä viittaa periaatteessa esitutkintapakkoon, mutta käytännössä esitutkintaviranomaisilla on harkintavaltaa olla toimittamatta esitutkinta useilla eri perusteilla. Perusteet esitutkintalain eri pykälissä ovat myös osittain samoja ja päällekkäisiäkin.<sup>91</sup> Lisäksi esitutkintalain säännökset esitutkinnan toimittamatta jättämisestä ja lopettamisesta sisältävät useita tulkinnan- ja arvostuksenvaraisia käsitteitä.<sup>92</sup> Erityisesti vähäisemmissä rikoslajeissa esitutkintaviranomaisilla on hyvin laaja harkintavalta päättäessään asian käsittelyn lopettamisesta jo kirjaamis- ja esitutkintavaiheessa.

Myös esitutkinnan rajoittamis säännökset tarkoittavat käytännössä sitä, että esitutkintaa ei toimiteta kaikista esitutkintakynnyksen ylittävistä rikos-epäilyistä, jolloin suuressa ja lievemmin rangaistavissa rikoksissa jopa suurimmassa osassa rikosepäilyistä esitutkinta jää toimittamatta eikä esitutkintapakkoa siinä mielessä käytännössä ole.<sup>93</sup> Esitutkinnan rajoittamista koskevat säännökset ovat ETL 3:10–10a:ssa, joista tässä artikkelissa käsitellään vain ETL 3:10.1:n mukaisia harkinnanvaraisiin rajoittamisperuste-

---

<sup>91</sup> Esitutkintaa koskevan sääntelyn systematiikkaa hämärtää kuitenkin se, että esitutkinta voidaan myös jättää kokonaan toimittamatta jo ennen esitutkinnan aloittamista samojen ETL 3 luvun säännösten perusteella kuin se voidaan lopettaa (ja siis päättää). Samoin se, ettei ole syytä epäillä rikosta, on peruste jo esitutkinnan aikaisemmassa vaiheessa jättää esitutkinta toimittamatta tai lopettaa se. Asianomistajarikoksissa myös se, ettei asianomistajalla ole vaatimuksia, on peruste jättää esitutkinta toimittamatta tai lopettaa esitutkinta, mutta perustetta ei kuitenkaan ole mainittu yhtenä esitutkinnan päättämistapana ETL 10:2:ssa; säännöksessä ei ole viittausta ETL 3:4:ään, jonka mukaan esitutkinta on lopetettava, jos asianomistaja peruuttaa rangaistusvaatimuksensa. Ks. myös Vatjus-Anttila 2021, s. 1018, erit. av 9.

<sup>92</sup> Ks. myös Nissinen 2007, erit. s. 54.

<sup>93</sup> Ks. myös VKS:2016:5: ”Esitutkinnan rajoittaminen on *poikkeus* esitutkinnan toimittamisvelvollisuudesta eli esitutkintapakosta.” (Kursivointi lisätty.) Ei ole välttämättä mielekästä ajatella esitutkinnan toimittamatta jättämistä, lopettamista ja rajoittamista pelkinä poikkeuksina pääsääntöiseen esitutkintapakkoon huomioiden niiden hyvin laaja soveltaminen käytännössä. Vrt. myös keskusteluun syytepakkoperiaatteesta Lappi-Seppälä 1991a, s. 908, av 17; Jääskeläinen 1997, s. 50. Myös poliisit toivat vuonna 2020 toteutetussa kyselyssä esiin sitä, että esitutkintapakosta voitaisiin siirtyä harkinnanvaraiseen esitutkinnan rajoittamiseen. Tolvanen 2020, s. 31. Raportista (tai vastauksista) ei selviä, mitä tällä harkinnanvaraiseen esitutkintaan siirtymisellä käytännössä tarkoitettiin huomioiden varsin laaja harkintavalta jo nykyisen sääntelyn ja vain periaatteen tasolle jääneen esitutkintapakon perusteella.

siin kuuluvaa vähäisyysperustetta sekä ETL 3:10.2:ssa säänneltyä kustannusperusteista esitutkinnan rajoittamista.

Esitutkintaa voidaan rajoittaa jättämällä se toimittamatta tai lopettamalla esitutkinta ETL 3:10.1:n mukaan, jos syyttäjä oikeudenkäynnistä rikosasioissa annetun lain 1 luvun 7 tai 8 §:n taikka muun vastaavan lainkohdan nojalla tulisi jättämään syytteen nostamatta eikä tärkeä yleinen tai yksityinen etu vaadi syytteen nostamista. Esitutkinnan rajoittaminen on siis sidottu harkinnanvaraisen syyttämättä jättämisen edellytyksiin ja sisältää tietynlaista syyttäjän ennakkointia siitä, tulisiko hän nostamaan rikoksesta syytteen. Sääntelyn taustalla on ajatus, että olisi turhaa toimittaa esitutkinta sellaisissa rikoksissa, joista syyttäjä ei tulisi kuitenkaan nostamaan syytettä.<sup>94</sup> Yksi näistä harkinnanvaraisen syyttämättä jättämisen ja esitutkinnan rajoittamisen perusteista on ROL 1 luvun 7 §:n 1 kohdan mukainen vähäisyysperuste. Puolestaan ETL 3 luvun 10 §:n 2 momentin mukaan esitutkinta voidaan lopettaa, jos tutkinnan jatkamisesta aiheutuvat kustannukset olisivat selvässä epäsuhteessa tutkittavana olevan asian laatuun ja siitä mahdollisesti odotettavissa olevaan seuraamukseen (kustannusperusteinen rajoittaminen). Tämänkin perusteen soveltaminen edellyttää lisäksi, ettei tärkeä yleinen tai yksityinen etu vaadi esitutkinnan jatkamista.

Kustannusperusteen osalta sääntelyssä on kuitenkin epä johdonmukaisuuksia. Nimittäin esitutkinnan rajoittamista koskevassa ETL 3 luvun 10 §:n 1 momentissa on viitattu syyttämättä jättämisperusteita koskeviin säännöksiin ROL 1 luvun 7 ja 8 §:ssä. Edelleen ROL 1:8.1:n 3 kohdan mukaan syyttämättä jättäminen voi perustua kustannusten epäsuhtaan, jolloin myös yksi ETL 3:10.1:n mukaisista harkinnanvaraisista esitutkinnan rajoittamisperusteista on säännösviittauksen johdosta kustannusperuste. Kustannusperusteinen esitutkinnan rajoittaminen on kuitenkin mahdollista edellä kerrotulla tavalla myös ETL 3:10.2:n perusteella omana esitutkinnan rajoittamisperusteenaan. Kustannusperusteinen esitutkinnan rajoittaminen on siten mahdollista ETL 3 luvun 10 §:n sekä 1 että 2 momentin perusteella.<sup>95</sup>

<sup>94</sup> HE 82/1995 vp, s. 155/II; OJL 1993, s. 333; Jokela 2018, s. 180. Ajatus viittaa siihen, että esitutkinnalla ei olisi itsenäistä merkitystä tai muuta funktiota kuin palvelua myöhempiä rikosprosessin vaiheita. Tämä voidaan kuitenkin kyseenalaistaa, koska pelkät esitutkintatoimenpiteetkin saattavat ainakin osittain toteuttaa prosessin funktioita, vaikka syytettä ei koskaan nostettaisikaan. Poliisin puuttuminen asiaan saattaa toimia esimerkiksi konfliktinratkaisukeinona, ohjata käyttäytymistä ja myös antaa oikeussuojaa osapuolille.

<sup>95</sup> Säännös, jonka mukaan esitutkintaa voidaan rajoittaa kustannusperusteella (ETL 3:10.1) tuli voimaan vuonna 2006 (lailla 245/2006). Ks. muutoksesta Nissinen 2007. Tuolloin syyttäjällä ei ollut ROL:n mukaan mahdollisuutta jättää syytettä nostamalla vastaavalla perusteella. Kustannusperusteista syyttämättä jättämistä koskeva säännös tuli voimaan vasta vuoden 2015 alusta (lailla 670/2014), ja säännöksen tarpeellisuutta perusteltiin nimenomaan sillä, että syyttäjällä on oltava vastaava toimivalta syyteharkintavaiheessa kuin esitutkinnan

1 momentin perusteella voidaan päättää, ettei esitutkintaa toimiteta lainkaan tai että se lopetetaan, ja puolestaan 2 momentin perusteella esitutkintaa voidaan lopettaa (mutta ei jättää kokonaan toimittamatta).<sup>96</sup> Säännösten systematiikka on tältä osin jäänyt hieman epäselväksi sekä lain esitöissä että oikeuskirjallisuudessa.<sup>97</sup>

Säännöksen valinnalla on merkitystä sen suhteen, voidaanko esitutkinta paitsi lopettaa myös jättää kokonaan toimittamatta kustannusperusteella. Apulaisvaltakunnansyyttäjä on todennut tapauksessa 461/12/15, että esitutkinnan rajoittamispäätöstä ei voi tehdä ETL 3:10.2:n perusteella silloin, kun esitutkintaa ei ole aloitettu ja esitutkinnassa ei ole vielä suoritettu toimenpiteitä, joiden perusteella syyttämättä jättämisen todennäköisyyttä voidaan riittävästi arvioida. Asian käytännön merkitys lienee kuitenkin vähäinen, koska ETL 3:10.1:n perusteella esitutkinta on joka tapauksessa mahdollista jättää toimittamatta kokonaan kustannusperusteella, jos esitutkinnan rajoittamisedellytykset ovat olemassa jo ennen esitutkinnan aloittamista. Tällöin pitäisi kuitenkin olla selvää, että esitutkintatoimenpiteitä ei tarvita (ETL 3:3.2).<sup>98</sup>

---

rajoittamisesta päätettäessä. HE 58/2013 vp, s. 20–21. Ilmeisesti tarkoituksena on, että ETL 3:10.2:n säännöstä sovellettaisiin esitutkinnan rajoittamiseen kustannusperusteella ja ROL 1:8.1.3:a syyttämättä jättämiseen, mutta jälkimmäistä voitaisiin soveltaa myös esitutkinnan rajoittamiseen ETL 3:10.1:n perusteella, koska säännöksessä viitataan ROL:n syyteharkintaa koskeviin säännöksiin ROL 1:7–8:ssa ja koska ETL 3:10.1:n soveltamisala on hieman laajempi kuin 2 momentin. Säännösten suhteesta ei ole kuitenkaan tähän kysymykseen liittyviä mainintoja laissa tai esitöissä (HE 58/2013 vp, LaVM 5/2014 vp, PeVL 7/2014 vp) muuten kuin esimerkein ilmaistuna se, millaisissa tilanteissa kustannusperusteinen syyttämättä jättäminen voisi olla tarpeen tai mahdollista. Ks. myös esim. Fredman ym. 2020, s. 319 ja Lönnroth – Rantaeskola 2014, s. 102, 103–104, joissa ETL 3:10:n 1 ja 2 momentin suhde kustannusperusteeseen osalta jää epäselväksi.

<sup>96</sup> Vrt. kuitenkin Jokela 2018, s. 183, jonka mukaan kustannusperusteella ei voida määrätä, ettei esitutkintaa lainkaan toimiteta, vaan kustannusperusteella voitaisiin pelkästään lopettaa jo aloitettu esitutkinta. Tältä osin tekstissä on viitattu vuoden 2004 ja 2007 lähteisiin, joten siinä ei oletettavasti ole huomioitu vuonna 2015 ROL:iin tehtyjä muutoksia. Asiaa on kuvattu epäselvästi myös valtakunnansyyttäjän esitutkinnan rajoittamista käsittelevässä ohjeessa (VKS:2016:5), jossa on lueteltu esitutkinnan rajoittamisperusteet. Kohdan III otsikko on ”Kustannusperusteinen rajoittaminen”, ja otsikossa viitataan ETL 3:10.2:een, kun taas otsikon alla on mainittu kohta ”1. Epäsuhtaiset kustannukset ROL 1 luku 8 § 1 mom. 3-kohta”. Viittaus ROL:n pykälään on kuitenkin ETL 3 luvun 10 §:n 1 momentissa, ja säännösten välinen suhde jää epäselväksi myös ohjeessa myöhemmin käsiteltäessä kustannusperusteista rajoittamista (3.2 Kustannusperusteisesta rajoittamisesta).

<sup>97</sup> Ks. kaksi edellistä alaviitettä ja niissä mainitut lähteet.

<sup>98</sup> HE 222/2010 vp, s. 185. Tulkintaongelmista ja selvittelyistä jo ennen esitutkinnan aloittamista harkittaessa syytä epäillä -kynnyksen ylittymistä ks. Helesvirta 2020. Jo tässä vaiheessa prosessia tulee punnittavaksi hyvin erilaisia intressejä ilman, että on varmaa tietoa tutkinnan etenemisestä ja esitutkinnalla saatavista tiedoista.

Sääntelyn monimutkaisuus ja monitulkintaisuus eivät ainakaan ole omiaan helpottamaan ja yhdenmukaistamaan tulkintaa, mutta tämän lisäksi säännökset ovat sisällöllisesti avoimia ja niissä käytetyt käsitteet, kuten vähäisyys, ovat arvostuksenvaraisia. Säädetäessä kustannusperusteisesta esitutkinnan rajoittamisesta eduskunnan lakivaliokunta edellytti yhtenäisen soveltamiskäytännön turvaamiseksi syyttäjille annettavaa ohjeistusta rajoitusperusteen käyttämisestä. Rajoittamisperusteiden sisällöllisen tulkinvaraisuuden ja käytännön epäyhtenäisyyden vuoksi valtakunnan-syyttäjä onkin antanut ohjeen esitutkinnan rajoittamisesta<sup>99</sup>, mutta ohje on aika suppea eikä ainakaan merkittävästi selvennä sääntelyyn liittyviä tulkinvaraisuuksia ja ongelmakohtia. Toisaalta esitutkinnan rajoittamisperusteiden soveltamisesta on hyvin vaikea antaa sisällöllisiä soveltamisohjeita yleisellä tasolla ilman rikoslajikohtaista kontekstia.

### 3.3 Kriteerit vähäisyydelle ja kustannusten epäsuhtaisuudelle?

Syyttäjä saa ROL 1:7:n 1 kohdan mukaan jättää syytteen nostamatta vähäisyysperusteella, kun rikoksesta ei ole odotettavissa ankarampaa rangaistusta kuin sakko ja sitä on sen haitallisuus tai siitä ilmenevä tekijän syyllisyys huomioon ottaen kokonaisuutena arvostellen pidettävä vähäisenä. Vähäisyysperusteen sisältöä tai konkreettista merkitystä ei ole juuri pohdittu lain esitöissä, oikeuskirjallisuudessa tai esitutkinnan rajoittamista koskevissa viranomaisten ohjeissa.<sup>100</sup> Samoin vaikuttaa siltä, että syyttäjän roolia ja harkintavaltaa esitutkinnan rajoittamista koskevassa päätöksenteossa pidetään aika ongelmattomana ja itsensä selittävänä: jos syyttäjä jättäisi syytteen nostamatta, on pelkästään järkevää, että esitutkinta jätetään toimittamatta (loppuun).<sup>101</sup> Tämä argumentti kuitenkin peittää tai jättää

<sup>99</sup> Viimeisin ohje VKS:2016:5, ks. myös HE 222/2010 vp, s. 186–187.

<sup>100</sup> Vaikuttaa siltä, että vähäisyysperusteen soveltamista on pidetty jotenkin selvänä tai ongelmattomana, koska esitutkintalain esitöissä ei ole perusteltu tai ohjattu vähäisyysperusteen käyttöä millään tavalla sen jälkeen, kun vanhan poliisilain (84/66) 14 §:ää muutettiin (23.3.1990 300/1990). Esitutkinnan rajoittamista koskevissa säännöksissä (ETL 3:10.1) viitataan lakiin oikeudenkäynnistä rikosasioissa, mutta senkin esityölausumat ovat niukat. ROL 1:7:ää koskevassa hallituksen esityksessä (HE 82/1995 vp, s. 38–39) on kommentoitu vähäisyysperustetta lyhyesti viitaten edellisen hallituksen esityksen perusteluihin (HE 79/1989 vp, s. 13). Ks. myös tuomitsematta jättämisestä vähäisyysperusteella HE 44/2002 vp, s. 210. On myös kuvaavaa, että esim. VKS 2016:5:ssä Vähäisyysperuste-otsikon alla on todettu vain, että ”[v]ähäisyysperusteen soveltamismahdollisuus on usein ilmeinen jo tutkinnan alussa, jos kyse on yleiseltä luonteeltaan vähäisen rikoslajin lievästä teosta”.

<sup>101</sup> HE 82/1995 vp, s. 155/II; OLJ 1993, s. 333; Heiskanen – Ohisalo 2005, s. 253, 255; Jokela 2018, s. 180.

huomiotta sen hyvin laajan harkintavallan, joka syyttäjällä on esimerkiksi juuri rikoksen vähäisyyden arvioimisessa. Harkintavalta on erityisen laaja ennakkolisessa ”tulisin jättämään syyttämättä” -arvioinnissa, kun tapahtumista on ennen esitutkinnan toimittamista hyvin vähän tietoa. Arvio syyttämättä jättämisestä ei ole kovin objektiivinen tai pysyvä kriteeri, vaan pikemminkin subjektiivinen ja muuttuva, ja siksi epäillyn rikoksen peilaaminen sitä vasten ei tuota välttämättä mitenkään objektiivisesti arvioiden ”oikeaa” ratkaisua, saati yhtenäistä ratkaisukäytäntöä.

Vähäisyydedelitykseen sisältyvä vaatimus odotettavissa olevasta sakkorangaistuksesta soveltuu tietenkin perusmuotoisiin kunnianloukkauksiin aina, mutta oletettavasti useimmiten myös törkeisiin kunnianloukkauksiin, koska niistäkin tuomitaan pääsääntöisesti sakkorangaistus.<sup>102</sup> Vähäisyyesarvion on kuitenkin aina perustuttava kokonaisarviointiin huomioiden mainitut teon haitallisuus ja tekijän syyllisyys, mutta vähäisyydellä tarkoitetaan myös sitä, että tekoa voidaan pitää vähäisempänä kuin kyseisen rikoslajin tyypillistä tekoa. Ja toisaalta vähäisyyden ehdot täyttyvät helpommin silloin, kun on kyse myös vähäisestä rikoslajista. Tarkoitus ei kuitenkaan ole, että kaikki vähäiset rikokset jätettäisiin säännönmukaisesti tutkimatta ja niistä epäillyt syyttämättä.<sup>103</sup> Syyttämättä jättämistä koskevan säännöksen esitöissä on lisäksi mainittu, että yleensä harkinta tekijän syyllisyyteen ja rangaistukseen (mukaan lukien lieventämis- ja koventamisperusteiden vaikutus) liittyvistä kysymyksistä on jätettävä tuomioistuimen tehtäväksi, ”mutta täysin ilmeisissä tapauksissa voi myös syyttämättä jättäminen olla mahdollista”.<sup>104</sup> Teon vahingollisuuden arvioinnissa ei tule myöskään kiinnittää huomiota pelkästään toteutuneisiin vahingoseurauksiin, vaan syyttäjän on otettava huomioon myös se vahinko, joka teosta olisi ennalta arvioitaessa todennäköisesti syntynyt.<sup>105</sup>

Teon vähäisyys, vahingollisuus ja vaarallisuus ovat kaikki suhteellisia ja tulkinnan- ja arvostuksenvaraisia käsitteitä, joiden yhdenmukainen ja yhdenvertainen arvioiminen edellyttäisi konkreettisempia ja yksityiskohtaisempia rikoslajikohtaisia mittareita. Kaarle Lönnrothin ja Satu Rantaeskolan mukaan *kaikkien* vähäisten rikosepäilyjen (joista he mainitsevat esi-

<sup>102</sup> Tilastokeskuksen tietojen perusteella viime vuosina on tuomittu vain muutamia vankeusrangaistuksia törkeistä kunnianloukkauksista.

<sup>103</sup> HE 79/1989 vp, s. 13/II; HE 82/1995 vp, s. 38–39. Ks. myös Lappi-Seppälä 1991a, s. 918–920; Lappi-Seppälä 1991b, s. 1213; Fredman ym. 2020, s. 318 sekä vähäisen tai ”vähäpätöisen” rikoksen käsitteestä Lahti 1974, s. 357–388. Vastaavalla tavalla tuomitsematta jättämisestä vähäisyyden perusteella ks. HE 44/2002 vp, s. 210.

<sup>104</sup> HE 82/1995 vp, s. 38/II.

<sup>105</sup> HE 79/1989 vp, s. 13/I; HE 82/1995 vp, s. 38–39.

merkkeinä ”lievät petokset” ja ”näpistyksen lievät tapaukset”<sup>106</sup>) esitutkin-  
taa ei kuitenkaan tulisi rajoittaa vähäisyysperusteella, koska mainitunlaisia  
tapauksia on paljon ja ne edustavat jopa kyseisten rikosten tyyppitapauk-  
sia. He perustelevat tätä yhdenvertaisuudella ja sillä, että kun näpistys jo  
itsessään on vähäinen, tulisi vähäisen teon näpistysrikoslajissa ”olla todella  
vähäinen, että esittäminen rajoitettavaksi olisi mahdollista”. Lisäksi heidän  
näkemyksensä mukaan ”[r]ajoittamisesityksen tekeminen näissä tilanteis-  
sa ei ole mahdollista senkään vuoksi, että säännönmukainen rajoittaminen  
johtaisi siihen, että tällainen toiminta, eli tässä tapauksessa vähäinen näpis-  
tely, katsottaisiin ’sallituksi’”.<sup>107</sup>

Lönnrothin ja Rantaeskolan perusteluissa jää epäselväksi ensinnäkin se,  
millaisissa tapauksissa vähäisyysperusteen käyttäminen olisi perusteltua,  
jollei lähtökohtaisesti rikoslajin sisällä kaikkein vähäisimmissä teoissa, ja  
toiseksi se, millä tavalla tämä olisi yhdenvertaisuuden vastaista.<sup>108</sup> Emme  
näe ainakaan kunnianloukkauksissa mitenkään ongelmallisena sitä, että  
esitutkintaa rajoitettaisiin nimenomaan vähäisimmissä teoissa. Päinvastoin  
yhdenvertaisuusperiaate edellyttää, että samanlaisia tapauksia kohdellaan  
samalla tavalla ja erilaisia eri tavalla, ja vähäisyysperusteessa vähäisyyden  
ollessa kriteeri säännöksen soveltamiselle olisi yhdenvertaisuusperiaatteen  
vastaista rajoittaa esitutkintaa osassa vähäisistä tapauksista ja toimittaa se  
toisissa ilman vahvoja perusteita tähän. Perusteet puolestaan olisi käytän-  
nössä sidottava vähäisyyteen (mahdollisesti tärkeän yleisen tai yksityisen  
edun lisäksi) ja siis siihen, että tutkittavassa tapauksessa on syytä pitää sitä

<sup>106</sup> Sekä lievä petos (RL 36:3) että näpistys (RL 28:3) ovat rikoslajeina vähäisiä rikoksia, mutta vain jälkimmäisen osalta on täsmennetty, että tässä yhteydessä puhutaan vähäisen rikoslajin vähäisestä teosta. Asia yhteyden perusteella vaikuttaa kuitenkin siltä, että tarkoitus on viitata kummankin rikoslajin sisällä kaikkein vähäisimpiin tekemuotoihin. Lönnroth – Rantaeskola 2014, s. 101.

<sup>107</sup> Lönnroth – Rantaeskola 2014, s. 101. Myös Risto Tuori argumentoi vastaavalla taval-  
la tuomitsematta jättämisestä: ”Laillisuus- ja yhdenvertaisuusperiaatteet merkitsevät, ettei  
rangaistuksen tuomitseminen tai tuomitsematta jättäminen voi olla mielivaltaista. Myös  
rangaistuksen yleis- ja erityispreveniivisyyden vaatimukset rajoittavat vähäisyysarvioin-  
tia. Ei voida ajatella, että säännönmukaisesti tietyn tyyppiset, varsinkaan tahalliset oikeu-  
denloukkaukset jäisivät vähäisyyden perusteella kokonaan sanktioimatta, koska sellainen  
ennakoitava menettely piankin vähentäisi ko. teon yleistä moitittavuutta ja sitä myöten te-  
kisi siitä yleisesti sallitun.” Tuori 2005, s. 329. Argumentti on ristiriitainen, koska toisaalta  
edellytetään rangaistuskäytännön yhdenmukaisuutta ja ennakoitavuutta, mutta toisaalta en-  
nakoitavaa rankaisemattomuutta tietynlaisissa vähäisissä teoissa pidetään ongelmallisena.

<sup>108</sup> Lisäksi tekstistä saa sen käsityksen, että kaikkein vähäisimpien rikoslajien sisällä vä-  
häisyysperustetta ei voisi soveltaa koskaan, mikä puolestaan on säännöksen tarkoituksen  
vastaista. Vrt. esim. HE 79/1989 vp, s. 13/II: ”Mitä lievemmästä rikoslajista on kyse, sitä  
helpommin lainkohdassa tarkoitettujen rikoksen vähäisyyttä koskevat ehdot täyttyvät. Käy-  
tännössä vähäisyysperuste tulisi siten koskemaan etenkin yleiseltä luonteeltaan vähäisten  
rikosten lieviä tekemuotoja.”

vakavampana kuin muita suhteellisen vähäisenä pidettäviä tekoja. Kysymys on siten pikemminkin siitä, mitä vähäisyyden kriteerit kunkin rikoslajin sisällä käytännössä ovat ja miten niitä arvetetaan, sekä siitä, mihin esitutinnan toimittamisen ja rajoittamisen välinen raja vedetään.

Epäillyn teon vähäisyys vaikuttaa myös kustannusperusteista esitutinnan rajoittamista arvioitaessa. ETL 3:10.2:n mukaan syyttäjät voi tutkinnanjohtajan esityksestä päättää, että esitutkinta lopetetaan, jos tutkinnan jatkamisesta aiheutuvat kustannukset olisivat selvässä epäsuhteessa tutkittavana olevan asian laatuun ja siitä mahdollisesti odotettavaan seuraamukseen.<sup>109</sup> Hallituksen esityksen mukaan ETL 3:10.2:n keskeistä soveltamisalaa ovat nimenomaan vähäisimmät rikokset, joista oletettavasti seuraisi pelkkä sakkorangaistus, vaikka säännöksen ei pitäisi (tältäkkään osin) johdattaa siihen, että kaikki vähäisimmät rikokset voitaisiin jättää tutkimatta. Kustannusten ja asian laadun ja odotettavissa olevan seuraamuksen välistä suhdetta arvioitaessa on huomioitava myös rikoslaji sekä se, onko juuri kyseinen rikos poikkeuksellisen työläs selvittää muihin vastaaviin rikoksiin verrattuna. Arviointi tehdään siis kokonaisarviointina, kun on määritetty asian laatu, odotettavissa oleva seuraamus sekä tutkintakustannukset.<sup>110</sup> Näiden lisäksi säännöksen edellyttämän epäsuhtaan ”selvyys” on tulkinnanvarainen.<sup>111</sup>

Kustannusperusteinen esitutinnan rajoittamismahdollisuus ohjaa siihen suuntaan, että ainakaan suuritöisiä tai muusta syystä kalliiksi tulevia esitutkintoja vähäisissä tapauksissa voidaan ja tulisi rajoittaa, mutta tämäkään kriteeri ei ole lainkaan ongelmaton. Esitutkintakustannuksissa on osittain kyse myös siitä, millainen tapa tutkia valitaan, ja toisaalta tapauksen laadun tai sen vähäisyyden ja kustannusten välinen punninta ei ole aina selvää.

Esimerkiksi tapauksessa 93/21/19 apulaisvaltakunnansyyttäjä on määrännyt esitutkintaa jatkettavaksi, kun lapselle oli lähetetty Snapchat-sovelluksessa uhkaavia viestejä. Tapauksessa oli keskusteltu henkilön kanssa, jonka lähettämiksi viestejä oli epäilty, mutta vaikutti siltä, ettei tämä kuitenkaan ollut viestien lähettäjä. Tutkinnan jatkaminen olisi edellyttänyt oikeusapupyynnön tekemistä, joten tutkintaa oli rajoitettu kustannusperus-

---

<sup>109</sup> Säännös siis koskee tilanteita, joissa esitutkinta on jo ehditty aloittaa, kun taas ETL 3:10.1:ssä oleva viittaus lakiin oikeudenkäynnistä rikosasioissa mahdollistaa esitutkinnan rajoittamisen kustannusperusteella myös niissä tapauksissa, joissa esitutkintaa ei ole vielä aloitettu. ROL 1:8.1:n 3 kohdassa on em. ETL:n säännöstä vastaava säännös mahdollisuudesta jättää syyte nostamatta kustannusperusteella.

<sup>110</sup> HE 271/2004 vp, s. 66; HE 222/2010 vp, s. 187–188. Ks. myös Nissinen 2007, s. 63.

<sup>111</sup> Nissinen 2007, s. 63–64.



teella. Apulaisvaltakunnansyyttäjän ratkaisussa todettiin kuitenkin, että selvitys tutkinnan aiheuttamista kustannuksista ei ollut riittävän yksilöity ja että oikeusapupyynnöiden tekeminen on osa normaalia esitutkintaa eikä voi automaattisesti johtaa esitutkinnan rajoittamiseen.<sup>112</sup> Lisäksi päätöksessä on todettu, että lähtökohtaisesti lapseen kohdistuvissa laittomissa uhkauksissa tärkeä yksityinen etu edellyttää esitutkinnan toimittamista, eikä mittarina yksityisen edun pohtimisessa voi olla pelkkä mahdollinen vahingonkorvaus ja sen vähäisyys.

Ei ole ollenkaan selvää, minkä suhteen tapausten vähäisyyttä, kustannuksia ja tutkinnan työmäärää peilataan: kunnianloukkausten yleensä vai joidenkin tiettyntyyppisten kunnianloukkausten suhteen, ja jos valitaan jälkimmäinen, millä perusteella ratkaiseva ominaisuus tai kunnianloukkaustyyppi valitaan? Esimerkiksi apulaisvaltakunnansyyttäjän ratkaisussa 184/21/14 on todettu seuraavasti (kursivointi lisätty):

Esitutkinnan rajoittamisesta annetun ohjeen (VKSV:2007:2) mukaan kustannusperusteisen rajoittamisen soveltaminen edellyttää, että tutkittavana oleva tapaus on kustannusten ja seuraamuksen epäsuhtaa ajatellen lajissaan tavanomaista suuritöisempi. [Asianomistajan] ilmoittamaan kunnianloukkausepäilyyn liittyvien seikkojen perusteella katson, että tapauksen selvittäminen ei eroa kustannuksiltaan olennaisesti *muista internetin välityksellä tehdyistä* kunnialoukkausta koskevista asioista.

Tapauksessa oli siis kyse internetissä tapahtuneen kunnianloukkauksen esitutkinnan rajoittamisesta. Apulaisvaltakunnansyyttäjä on ratkaisussaan verrannut tapauksen esitutkinnasta aiheutuvia kustannuksia muiden internetissä tapahtuvien kunnianloukkausten esitutkinnasta aiheutuviin kustannuksiin, ei kunnianloukkausrikosten esitutkintakustannuksiin yleensä, ja todennut, ettei esitutkinnan toimittaminen eroa kustannuksiltaan muista internetissä tehdyistä kunnianloukkausrikoksista. Päätöksessä ei ole kuitenkaan perusteltu todennäköisten esitutkintakustannusten vertaamista nimenomaan muiden internetissä tapahtuvien kunnianloukkausten tutkimisen kustannuksiin.

Lisäksi ratkaisun mukaan esitutkintaa oli perusteltua rajoittaa, mutta rajoittamispäätös olisi tullut tehdä vähäisyysperusteella. Vastaavalla tavalla apulaisvaltakunnansyyttäjä on todennut ratkaisussa 270/21/20, että kustannusperusteen sijaan esitutkinnan rajoittamisen olisi tullut perustua tekojen vähäisyyteen. Rajanveto perusteiden välillä näyttää siis myös häilyvältä, ja

<sup>112</sup> Ks. myös ratkaisu apulaisvaltakunnansyyttäjän ratkaisu 420/21/18, jossa on arvioitu kustannusperustetta vastaavalla tavalla.

ratkaisuihin todetaankin usein, että harkintavallan rajoissa on voitu käyttää kumpaa vain perustetta, vaikka toista olisi pidetty perustellumpana.<sup>113</sup>

### **3.4 Tärkeä yleinen ja yksityinen etu**

Esitutinnan rajoittaminen (ETL 3:10–10a) edellyttää, että tärkeä yleinen tai yksityinen etu ei vaadi esitutinnan jatkamista. Asiaa tulisi arvioida aina harkittaessa esitutinnan rajoittamista, mutta sekä tärkeän yleisen että yksityisen edun sisältö näyttäytyy epämääräisenä konkreettisesti lainsoveltamistilanteessa.

Tärkeä yleinen etu liitetään ennen kaikkea rikosoikeudellisella järjestelmällä tavoiteltavaan yleisestäävyyteen, minkä vuoksi ”[j]ärjestelmän on toimittava yleisen oikeustajun mukaisesti ja luottamusta herättävällä tai ylläpitävällä tavalla”.<sup>114</sup> Hallituksen esityksen mukaan keskeinen ongelma yleisestäävyyden kannalta esitutinnan rajoittamispäätöksissä on se, että epäiltyyn tekoon ei voida liittää minkäänlaista paheksunnan ilmausta silloin, kun esitutkintaa ei toimiteta (loppuun). Erityisen tärkeää esitutinnan toimittaminen on siten silloin, kun rikosepäily on ollut julkisuudessa esillä, epäillyllä on merkittävä asema yhteiskunnassa tai kun on ilmeinen vaara siitä, että rikollista toimintaa jatketaan. Lisäksi hallituksen esityksessä on mainittu mahdollisina tärkeää yleistä etua puoltavina seikkoina esimerkiksi tarve tuomita menettämisseuraamus sekä oikeuskysymyksen epäselvyys.<sup>115</sup>

Maininnat tärkeästä yksityisestä edusta lain esitöissä ovat vielä suppeammat, ja niissä korostuvat taloudelliset seikat, lähinnä asianomistajan korvausvaatimuksen suuruus, mahdollisuus saada korvausta muualta sekä osapuolten taloudelliset olosuhteet.<sup>116</sup> Kuten edellä on mainittu, apulais-

---

<sup>113</sup> Kantelumenettely ei ole varsinainen muutoksenhakekeino, vaan kantelu viranomaisen toiminnasta. Koska harkintavalta eri perusteiden suhteen ja niiden välillä on hyvin laaja, kanteluratkaisussa voidaan todeta, että esitutkintaviranomainen on toiminut harkintavaltansa rajoissa, vaikka ratkaisija olisi toiminut toisin.

<sup>114</sup> HE 222/2010 vp, s. 187/I.

<sup>115</sup> HE 222/2010 vp, s. 187/I. Hallituksen esityksessä on myös todettu, että nuorten rikoksentehtäjäiden kohdalla tulisi pidättäytyä esitutinnan rajoittamisesta, jotta voidaan huomioida mahdollisen ROL 1:9.2:n mukaisen huomautuksen antamisen tarkoituksenmukaisuutta. Kyseinen momentti on kuitenkin kumottu vuonna 2014 (22.8.2014/670). Kumoaamisen syynä oli huomautuksen vähäinen käyttö sekä se, että syylliseksi epäilty ei voida todeta syyllistyneen mihinkään rikokseen eikä epäillystä teosta siksi antaa myöskään seuraamukseksi tarkoitettua huomautusta. HE 58/2013 vp, s. 22/I.

<sup>116</sup> HE 222/2010 vp, s. 187. Vastaavalla tavalla myös aiemmissa, vanhoja säännöksiä koskeissa esitöissä ja oikeuskirjallisuudessa: esim. HE 79/1989 vp, s. 9/II; Lappi-Seppälä

valtakunnansyyttäjän ratkaisussa 93/21/19 on kuitenkin huomautettu, että tärkeän yksityisen edun arvioimiseen vaikuttavat myös muut seikat kuin todennäköisen vahingonkorvauksen suuruus, kyseisessä tapauksessa se, että teon kohteena oli lapsi. Myös epäillyn etu saattaa puoltaa esitutkinnan toimittamista, jotta häneen kohdistuneet aiheettomat epäilyt tulevat selvitettyä.<sup>117</sup>

Usein perustelut ovat tärkeän yleisen ja yksityisen edun osalta myös apulaisvaltakunnansyyttäjän ratkaisuihin suppeat tai asiaa ei ole perusteltu lainkaan, joten kanteluratkaisuistakaan ei juuri saa tulkinta-apua.<sup>118</sup>

Yleisen ja yksityisen edun käsitteet ovat siis vähintään yhtä tulkinnan- ja arvostuksenvaraisia kuin vähäisyys ja kustannusten epäsuhtakin, eikä ole täysin selvää, millaisissa tilanteissa yleiselle tai yksityiselle edulle tulisi antaa painoarvoa. Perustelut vanhan poliisilain (84/66) 14 §:n muuttamiseksi ovat yleisen edun kannalta kiinnostavat. Poliisilain 14 § koski toimenpiteistä luopumista esitutkintavaiheessa ja vastasi pääosin nykyistä ETL 3:9:n säännöstä esitutkinnan lopettamisesta ja toimittamatta jättämisestä. Muutoksella pykälästä poistettiin yleisen edun arvioimisen edellytys nimenomaan siksi, että ”[y]leinen etu on soveltamisohjeena tulkinnanvarainen ja monessa suhteessa epämääräinen”.<sup>119</sup> Yleinen etu heijastaa myös rikosprosessioikeudellisista opportuniteteetti- ja legaliteettiperiaatteista käytä keskustelua<sup>120</sup>, ja yleisellä edulla voi perustella täysin vastakkaisia näkemyksiä, kuten Lappi-Seppälä tiivistää:

Yleinen etu vaatii, että rikoksenteikijät saatetaan vastuuseen teoistaan; mutta se vaatii myös, ettei järjestelmää aiheettomasti kuormiteta pienillä rikkeillä, jolloin vakavammat rikokset jäävät vaille niiden edellyttämää huomiota. Yleinen etu vaatii, että rangaistukset ovat yhdenvertaiset ja, ettei yleisön mielestä rangaistuksen ansaitsevia tekoja päästetä seuraamuksitta; samalla se kuitenkin edellyttää, ettei lakia sovelleta oikeustajuntaa loukkaavan jäykällä ja kohtuuttomalla tavalla. Eräässä merkityksessä koko toimenpiteistä luopumissäännöstö on yleisen edun vaatima,

---

1991b, 1214–1215 sekä VKS:2016:5 (5. Tärkeä yleinen ja yksityinen etu esitutkinnan rajoittamisen harkinnassa).

<sup>117</sup> Jokela 2018, s. 184.

<sup>118</sup> Esim. apulaisvaltakunnansyyttäjän ratkaisussa 420/21/18, jossa oli kyse laittomasta uhkauksesta, on todettu ilman nimenomaisia perusteluja, että ”myös tärkeä yksityinen etu vaatii esitutkinnan suorittamista”.

<sup>119</sup> HE 79/1989 vp, s. 8/I.

<sup>120</sup> Yleinen etu edellyttää mm. sitä, että toimenpiteistä luovutaan vähäisissä rikoksissa, jotta resurssit riittävät vakavien tekojen tutkimiseen ja käsittelemiseen. Samoin yleinen etu liittyy yhdenvertaisuuteen ja oikeudenmukaisuuteen sekä rangaistusten yleisestäävään vaikutukseen. Lappi-Seppälä 1991b, s. 1211–1214.

mutta samalla on selvä, ettei säännöstöä saa käyttää yleisen edun vastaisesti.<sup>121</sup>

Ainakaan tärkeän yleisen edun edellytys ei siten käytännössä selvänä esitutinnan rajoittamissäännösten soveltamista, vaan pikemminkin jopa lisää harkinnan- ja tulkinnanvaraa. Mahdollisuus esitutinnan rajoittamiseen eri perusteilla jo sinänsä perustuu ajatukseen yleisestä edusta ja yleisprevention vahvistamisesta, mutta säännösten laaja soveltamisala ja tulkinnanvaraisuus johtavat helposti epäyhtenäiseen päätöskäytäntöön. Puolestaan yhdenmukainen, läpinäkyvä ja ennakoitava soveltamiskäytäntö edistäisi myös yleisen edun tai yleisprevention tavoitteita samoin kuin yksityisen edun toteutumista.

## 4 ESITUTKINNAN RAJOITTAMISTA KOSKEVAN PÄÄTÖSKÄYTÄNNÖN ARVIOINTI

### 4.1 Yleisiä havaintoja aineistosta ja päätöskäytännöstä

Aineistomme koostuu yhteensä 207 perusmuotoisesta ja 8 törkeästä kunnianloukkaustapauksesta. Kunnianloukkaus vähäisenä sakkorikoksena on kuitenkin usein osana rikoskokonaisuutta, jossa päärikos on vakavampi teko. Ne tapaukset, joissa päärikoksena on tutkittu muuta kuin kunnianloukkausepäilyä (näitä aineistossa olivat muun muassa pahoinpitely RL 21:5, laiton uhkaus RL 25:7, vainoaminen RL 25:7a, salakatselu RL 24:6, tietomurto RL 38:8 ja väärä ilmianto RL 15:6), eivät yleensä kerro juuri mitään nimenomaan siitä, miten kunnianloukkausepäilyihin suhtaudutaan esitutkintavaiheessa, vaan esitutkintatoimenpiteet tai päätös rajoittaa esitutkintaa on tehty lähtökohtaisesti vakavamman päärikoksen tai rikoskokonaisuuden perusteella. Tästä syystä päätöskäytännön arvioimisessa olennaisimpia ovat ne tapaukset, joissa on ollut kyse pelkästä kunnianloukausrikosepäilystä tai sen lisäksi muista vähäisistä sakolla rangaistavista rikoksista (muun muassa lievä pahoinpitely RL 21:7, identiteettivarkaus RL 38:9a ja yksityiselämää loukkaava tiedon levittäminen RL 24:8). Tällaisia tapauksia aineistossa oli yhteensä 143, joista 105 tapauksessa on tehty esitutinnan rajoittamispäätös ja 38 tapauksista on edennyt syyttäjälle.

Aineistopyyntöemme koski kustannusperusteisia ja harkinnanvaraisella perusteella tehtyjä esitutinnan rajoittamispäätöksiä. Aineistoon kuuluvissa

---

<sup>121</sup> Lappi-Seppälä 1991b, s. 1210.

harkinnanvaraisilla perusteilla tehdyissä rajoittamispäätöksissä on mukana yhteensä kolme kohtuusperusteella ja kaksi nuoruusperusteella tehtyä rajoittamispäätöstä, loput päätöksistä on tehty vähäisyysperusteella. Tämä tietenkin jo sinänsä kertoo vähäisyysperusteen käyttämisen yleisyydestä verrattuna muihin harkinnanvaraiseen syyttämättä jättämiseen sidottuihin perusteisiin. Toisaalta näitä muutamaa kohtuus- ja nuoruusperusteella tehtyä rajoittamispäätöstä ei ole karsittu aineiston ja analyysin ulkopuolelle, vaikka tämän tutkimuksen kiinnostuksen kohteena ovat nimenomaan vähäisyys- ja kustannusperusteet, koska myös mainituilla muilla perusteilla tehtyihin ratkaisuihin liittyi joitain tarkastelemiemme aiheiden kannalta kiinnostavia kysymyksiä.

Keräsimme aineistosta tietoja myös sellaisista seikoista, joiden ei pitäisi lähtökohtaisesti vaikuttaa teon vähäisyyden arvioimiseen ja jotka eivät ole yhtä tulkinnanvaraisia kuin lain tulkintaan ja soveltamiseen liittyvät asiat. Näitä olivat muun muassa osapuolten ikä ja sukupuoli.<sup>122</sup> Kerättyjen tietojen perusteella päätöksissä on vaihtelua siinä, kuinka usein esitutkinta on toimitettu ja kuinka usein sitä on rajoitettu silloin, kun osapuolena on mies tai nainen tai tietyn ikäinen henkilö. Vaihtelu on kuitenkin suhteellisen pientä eikä viittaa siihen, että päätöskäytäntö *yleisesti* olisi sukupuolen tai iän suhteen syrjivää tai suosivaa. Tämän arvioimiseksi aineiston koon olisi pitänyt olla huomattavasti suurempi. Joissain tapauksissa oli kuitenkin epäjohtomukaisuutta myös suhtautumisessa sukupuolen ja iän (loukkauksen kohde alaikäinen) merkitykseen arvioitaessa teon luonnetta ja sen vähäisyyttä.

Vähäisyys- ja kustannusperusteinen esitutkinnan rajoittamiskäytäntö vaikuttaa olevan kunnianloukkausepäilyissä yleisesti ottaen aika epäyhtenäistä. Aineistoa pyytäessämme oletimme, että tutkimukseen valikoitujen kolmen eri poliisilaitoksen päätöskäytännöissä olisi joitain sisällöllisiä eroja, koska syyttäjälle edenneiden tapausten prosenttiosuuksissa on selviä eroja. Aineiston ja siitä tehtyjen analyysien perusteella näin ei kuitenkaan käytännössä ole: kaikilla tarkastelluilla poliisilaitoksilla käytäntö on sattumanvaraista ja epäjohtomukaista siinä, millaisissa tapauksissa esitutkinta toimitetaan loppuun ja millaisissa ei. Jopa suhteellisen pienessä aineistossa on jokaiselta poliisilaitokselta saman tyyppisiä tapauksia, joista toinen tai osa oli edennyt syyttäjälle ja toisessa tai osassa oli tehty esitutkinnan rajoittamispäätös. Toisaalta jokaisella tutkitulla poliisilaitoksella oli toimitettu esitutkinta tapauksista, jotka olivat selvästi vähäisempiä kuin osa niistä, joissa esitutkintaa oli rajoitettu teon vähäisyyden perusteella.

<sup>122</sup> Sukupuoli on päätelty henkilön nimen ja osittain tapahtumakuvausten perusteella, joten on hyvin mahdollista, että sukupuolen tilastoinnissa on virheitä.

Niissä tapauksissa, joissa esitutkinta on toimitettu ja asia on edennyt syyteharkintaan, ratkaisun perustelujen arvioiminen on kuitenkin mahdollista, koska ”pääöstä” toimittaa esitutkinta ei yksittäistapauksissa perustella. Toisaalta esitutkinnan rajoittamispäätöksen tekee syyttäjä tutkinnanjohtajan esityksestä, jolloin ei ole varsinaisesti kyse poliisilaitosten vaan syyttäjän päätöskäytännöstä. Suurimmassa osassa päätöksistä käy kuitenkin ilmi, että syyttäjä on hyväksynyt tutkinnanjohtajan esityksen sellaisenaan. Vain muutamassa päätöksessä on maininta, että syyttäjä oli perustellut asiaa hieman eri tavoin kuin tutkinnanjohtaja oli esittänyt.

Ainoa havaitsemamme poliisilaitoskohtainen sisällöllinen poikkeama päätöskäytännössä liittyy sellaisiin Itä-Uudenmaan poliisilaitoksella tutkittuihin tapauksiin, joissa samassa yhteydessä tai rikoskokonaisuudessa ei ollut tutkittu kunnianloukkauksen lisäksi mitään muita rikoksia. Tällaisia syyttäjälle edenneitä tapauksia oli poliisilaitoksella viisi<sup>123</sup>, ja näistä jopa neljässä oli ensin tehty päätös esitutkinnan rajoittamisesta, mutta asianomistajan kanneltua valtakunnansyyttäjälle, oltua yhteydessä päätöksen tehneeseen syyttäjään tai toimitettua lisätietoa asiasta poliisille esitutkinta oli kuitenkin päädytty toimittamaan. Tämä viittaa siihen, että rikosten esikäsittelyvaiheessa tai joka tapauksessa ennen rajoittamispäätöksen tekemistä rikosepäilyistä ei ole saatu tai hankittu riittävästi tietoa päätöksen tekemistä varten. Näyttää myös siltä, että kunnianloukkausepäilyissä esitutkinta toimitetaan Itä-Uudenmaan poliisilaitoksella lähinnä vain asianomistajan oman aktiivisuuden perusteella.

## **4.2 Sama ratkaisu samanlaisissa tapauksissa?**

### *4.2.1 Analysoitaviksi valitut tapaustyytit*

Valtaosa tutkimusaineistoon kuuluvista tapauksista on sellaisia, joissa kunnianloukkausepäilyyn osapuolet tunsivat toisensa jo entuudestaan.<sup>124</sup> Vähäisten ja yksittäisten loukkausten ohella tuttujen<sup>125</sup> välisissä kunnianloukkaus-

---

<sup>123</sup> Lisäksi Itä-Uudenmaan poliisilaitoksella tutkittiin kunnianloukkaussasia neljässä sellaisessa tapauksessa, jossa kunnianloukkauksen lisäksi oli muita lieviä sakkorikoksia. Muissa sellaisissa tapauksissa, joissa esitutkinta toimitettiin, päärikos oli vakavampi rikos, josta voidaan tuomita myös vankeusrangaistus.

<sup>124</sup> Keräsimme aineiston tapauksista tiedot siitä, tunsivatko osapuolet toisensa entuudestaan. Yhteensä 207:stä perusmuotoista kunnianloukkausta koskevasta tapauksesta 144 tapauksessa osapuolet tunsivat toisensa ja vain 22 tapauksessa eivät tunteneet. Asia jäi aineiston perusteella epäselväksi 41 tapauksessa eli lähes 20 prosentissa.

<sup>125</sup> Osapuolet olivat keskenään esim. perheenjäseniä, sukulaisia, entisiä puolisoita tai naa-

epäilyissä on usein kyse myös tilanteista, joissa on mukana jonkinlaista uhkaavaa käytöstä tai jopa väkivaltaa ja joko pyrkimystä maalittamistyyppiseen häirintään tai vainoamisen tapaista pidempään jatkunutta häirintää. Kaikki tapaukset, joissa osapuolet tunsivat toisensa entuudestaan, eivät siten ole keskenään kovin samanlaisia, ja toisaalta vakavammissa asiakokonaisuuksissa esitutkinta on luonnollisesti toimitettu pääasiassa muiden, kunnianloukkausta vakavampien rikosnimikkeiden perusteella.

Valitsimme saman tyyppisiä tapauksia koskevan tarkastelun kohteeksi toisilleen tuttujen henkilöiden välisissä kiistatilanteissa väitetysti esitettyjä kunnianloukkauksia, joissa ei ollut mukana muita, selvästi vakavampia rikoksia. Näitä tarkastellaan siksi, että tämän tyyppiset kunnianloukkaukset ovat aineiston perusteella yleisiä. Lisäksi toisin kuin niissä tapauksissa, joissa tekokokonaisuudessa on mukana muita, selvästi vakavampia rikoksia, vähäisemmissä rikoskokonaisuuksissa esitutkintaa koskevat ratkaisut on tehty ainakin osittain kunnianloukkausrikoksen perusteella.

Toinen samanlaisuutta koskevaan analyysiin valittu teema on työhön, virkaan ja ammattiin liittyvät loukkaukset. Nämä osoittautuivat aineistoa läpikäydessä kiinnostaviksi, koska niitäkin on aineiston koko huomioiden kohtalaisen paljon ja koska vaikuttaa siltä, että niissä esitutkinta on toimitettu poikkeuksellisen usein. Lisäksi aiheeseen liittyy lain tulkintaan liittyviä jännitteitä. Ensinnäkin kunnianloukkaustunnusmerkistön soveltamisalaa rajoittavat vastuuvapauslausekkeet (säännöksen 3 ja 4 momentti) tulevat usein arvioitaviksi nimenomaan työhön, virkaan ja ammattiin liittyvissä loukkauksissa. Toisaalta työhön, virkaan tai ammattiin liittyvät loukkaukset ovat myös omiaan aiheuttamaan mainehaittaa ja taloudellista vahinkoa, jotka puolestaan voivat viitata teon aiheuttamaan suurempaan kärsimykseen tai vahinkoon.

Useimpia tässä luvussa käsiteltäviä tapauksia voidaan pitää suhteellisen vähäisinä ja aika tyyppillisinä kunnianloukkauksina: tarkoitus on vertailla saman kaltaisissa tapauksissa ilmeneviä teon vähäisyyteen ja vakavuuteen viittaavia piirteitä suhteessa tapauksissa tehtyihin esitutkintapäätöksiin. Kun huomioidaan, että vain murto-osa kunnianloukkausepäilyistä ylipäänsä tutkitaan, on yllättävää, kuinka useassa selvästi vähäiseltä vaikuttavassa tapauksessa esitutkinta on kuitenkin toimitettu.

---

pureita, tai he tunsivat toisensa erilaisten palveluiden asiakassuhteiden tai järjestöissä toimimisen kautta.

#### *4.2.2 Tuttujen ja naapureiden väliset konfliktit*

Aineistossa on kaksi Itä-Suomen poliisilaitoksella kirjattua hyvin saman tyyppistä kunnianloukkausepäilyä (tapaukset I-S/166 ja I-S/177), joista toisessa on toimitettu esitutkinta ja toisessa esitutkintaa on rajoitettu vähäisyyserusteella. Kummassakin tapauksessa väitteet tai loukkaukset on esitetty paikallisten yhdistysten tilaisuuksissa, joissa on ollut alle kymmenen henkilöä paikalla. Tilanteet ovat olleet riittäviä, ja kiistan yhteydessä toisen tapauksen asianomistajaa on hänen mukaansa nimitelty ”rosvoksi” ja toisessa on otettu esiin asianomistajaan liitetty vanha rikos. Ensiksi mainituksa tapauksessa paikalla olleita on kuulusteltu, esitutkinta on toimitettu loppuun ja asia on edennyt syyteharkintaan. Jälkimmäisessä tapauksessa on tehty esikäsittelytoimenpiteitä olemalla puhelimitse yhteydessä asianosaisiin, minkä jälkeen on tehty päätös esitutkinnan lopettamisesta vähäisyyserusteella. Näissä hyvin saman tyyppisissä tapauksissa on päädytty esitutkinnassa eri lopputulokseen, mutta jälkimmäisessäkin tapauksessa on poikkeuksellista, että asiaa on selvitetty ja selvityksen tulokset kirjattu tietojärjestelmään. Useimmissa tapauksissa, joissa esitutkintaa on rajoitettu, ei ole tietoa minkäänlaisista esiselvitys- tai esitutkintatoimenpiteistä. Ratkaisut ovat siis kiinnostavia myös siitä näkökulmasta, että niihin on suhtauduttu vakavasti, vaikka niissä ei ole esimerkiksi mitään törkeän kunnianloukkauksen piirteitä. Toisaalta kummassakin tapauksessa väitetyt kunnianloukkaukset on esitetty osana yhdistysten toimintaan ja osapuolten rooliin liittyvää keskustelua ja kritiikkiä eikä loukkauksia voida välttämättä tulkita pelkästään tai ensisijaisesti loukkaamistarkoituksessa esitettyinä.

Aineistoomme kuuluu myös tapaus (I-S/153), jossa on esitetty aivan vastaavanlaisia ”rosvo”-väitteitä internetin keskustelupalstalla. Asia on jätetty tutkimatta vähäisyyden perusteella, vaikka väitteet eivät ole millään tavalla vähäisempiä kuin edellä mainituissa tapauksissa. Pikemminkin tekoja voitaisiin pitää vakavampina, koska loukkaukset levisivät laajemman joukon tietoon eivätkä ne liittyneet edellä mainittujen tavoin mihinkään osapuolten väliseen ja heille merkitykselliseen keskusteluun tai provosoivaan tilanteeseen. Tapaus olisi mahdollisesti voitu jättää tutkimatta myös kustannuserusteella, kuten keskustelupalstoilla esitettyjen loukkausten kohdalla yleensä tehdään.<sup>126</sup> Erilaiseen ratkaisuun päätyminen kertoo myös osaltaan päätöskäytännön sattumanvaraisuudesta ja toisaalta siitä, että saman tyyppisissä tapauksissa saatetaan päätyä (joskus toki sääntelyn kanalta perustellustikin) erilaisiin lopputuloksiin.

---

<sup>126</sup> Tätä tarkastellaan lähemmin jäljempänä luvussa 4.4.3.



Myös Sisä-Suomen poliisilaitokselta saatuun aineistoon kuuluu kaksi hyvin samankaltaista tapausta, joista toisessa esitutkinta on toimitettu ja toisessa esitutkintaa on rajoitettu vähäisyysperusteella. Tapauksissa oli kyse suusanallisista loukkauksista ja (lievistä) pahoinpitelyistä. Ensimmäisessä rikosilmoituksessa (S-S/120) oli kyse siitä, että asianomistajan naapuri oli nimitellyt tätä loukkaavalla tavalla, seurannut, käyttäytynyt uhkaavasti, tunkeutunut asianomistajan kiellosta huolimatta tämän kodin taloyhtiön pihalle ja iskenyt pihaportin auki niin, että se oli osunut asianomistajan käteen ja aiheuttanut kipua. Sama mies oli seurannut asianomistajaa aiemminkin ja käyttäytynyt uhkaavasti. Asianomistaja kertoi olleensa järkyttynyt ja peloissaan tilanteen jälkeen, ja hän oli pyrkinyt välttämään epäiltyä rajoittamalla liikkumistaan kotinsa lähistöllä. Ilmoituksesta kirjattiin tiedot kunnianloukkauksena ja lievänä pahoinpitelynä, ja esitutkintaa rajoitettiin vähäisyysperusteella perustellen vähäisyyttä sillä, että kyse oli yksittäisestä tilanteesta ja että molempia tekoja voidaan pitää rikoslajissaan vähäisinä. Lisäksi teoista aiheutunutta kärsimystä pidettiin ”yleisen elämäkokemuksen mukaan vähäisenä”.

Toisessa tapauksessa (SS-119) oli kyse kiistatilanteesta ennestään toisilleen tuttujen henkilöiden välillä ruokakaupassa. Kunnianloukkaustapa oli poikkeuksellinen, kun epäilty oli sylkenyt asianomistajaa kohti. Lisäksi asianomistajan mukaan epäilty oli potkaissut häntä kaksi kertaa jalkaan, mistä oli aiheutunut kipua, mutta ei mustelmia. Tilanteesta kirjattiin kunnianloukkaus ja pahoinpitely, ja osapuolten kuulusteluiden jälkeen asia eteni syyteharkintaan.

Tapaukset ovat samanlaisia sen suhteen, että kunnianloukkauksen lisäksi toissa on ollut kyse suhteellisen lievistä väkivallasta ja aggressiivisesta käytöksestä. Ensimmäisessä tapauksessa, jossa esitutkintaa on rajoitettu vähäisyysperusteella, epäilty oli mies ja teon kohde nainen, ja jälkimmäisessä tapauksessa epäilty oli nainen ja kohde mies. Käytetty väkivalta vaikuttaa tapauksista saatujen tietojen perusteella hyvin samanlaiselta: teot ovat aiheuttaneet kipua mutta eivät ole vaatineet lääkärin hoitoa, ja jälkimmäisessä on erikseen mainittu, että potkuista ei aiheutunut edes mustelmia. Tästä näkökulmasta on epä johdonmukaista, että jälkimmäisestä tapauksesta on kirjattu perusmuotoinen pahoinpitely ja ensimmäisestä lievä pahoinpitely, ja ensimmäisen tapauksen vähäisyyttä on perusteltu yleisellä elämäkokemuksella, jonka mukaan teko on aiheuttanut vain vähäistä kärsimystä. Asioista kirjatuissa tiedoissa ei ole otettu kantaa henkilöiden fyysisiin voimiin tai ominaisuuksiin eikä tilanteen uhkaavuuteen (jälkimmäisessä tapauksessa on hieman erikoinen maininta siitä, että epäillyllä oli korkokengät jalassaan), mutta nimenomaan päätöksessä viitatus ”yleisen

elämänkokemuksen” näkökulmasta voitaisiin pitää miehen naiseen kohdistama väkivaltaa ja aggressiivista käytöstä lähtökohtaisesti vakavampana ja uhkaavampana kuin päinvastaista tilannetta. Myös tekopaikat voisivat perustella (yleisen elämänkokemuksen mukaan) päinvastaista ratkaisua: ruokakaupassa saattaa olla uhkaavassa tilanteessa helpommin ja nopeammin saatavissa apua kuin oman kotipihan portilla. Tekopaikka vaikuttaa teon aiheuttamaan kärsimykseen myös siinä mielessä, että oman kodin lähetyvillä tapahtuva loukkaus ja väkivalta saattaa olla pelottavampaa ja häiritsevämpää erityisesti silloin, kun häiritseminen on ollut toistuvaa tai jatkuvaa. Nämä tekotapojen arvioimiseen vaikuttavat seikat ja niille esimerkiksi ”yleisen elämänkokemuksen” perusteella annettavat merkitykset ovat kuitenkin joka tapauksessa hyvin tulkinnan- ja arvostuksenvaraisia, ja ne ilmentävät osaltaan vähäisyyden arvioimisen ja päätöskäytännön yhtenäisyyden ylläpitämisen haasteita sääntelyn asettamisessa hyvin väljissä raameissa.

Ensimmäisen tapauksen tiedoista kävi myös ilmi, että sama henkilö oli häirinnyt ilmoittajaa aiemminkin ja tapahtuman jälkeen tämä pelkäsi ja rajoitti liikkumistaan kotinsa lähetyvillä pyrkien välttämään epäillyn kohtaamista, mutta tästä huolimatta päätöksen mukaan loukkausta pidettiin yksittäistapauksena ja osittain myös sen vuoksi vähäisenä.

Tutkimusaineistossa on useita naapureiden välisiin riitoihin liittyviä kunnianloukkauksia, joista osassa on ollut edellisiä tapauksia vastaavalla tavalla kyse kunnianloukkausten lisäksi lievästä pahoinpitelyistä.<sup>127</sup> Yhdessä tapauksessa (S-S/133) naapurissa vierailulla ollut nainen oli haukkunut asianomistajaa (mies) varkaaksi sekä uhkaillut ja tönäissyt tätä. Tämäkään tilanne ei eronnut merkittävästi edellisistä, mutta tapaus tutkittiin ja se eteni syyteharkintaan. Tässä asiassa tosin oli mukana myös epäily laittomasta uhkauksesta, mikä on saattanut vaikuttaa siihen, ettei tekoa ole pidetty kokonaisuutena arvioiden vähäisenä. Toisaalta aineistossa on myös tapaus (S-S/129), jossa vanhaan naapuririitaan liittyvä yksittäinen haukkumasanan huutaminen pihalla tutkittiin kunnianloukkauksena ja asia eteni syyteharkintaan, vaikka tapauksessa on viitteitä siitä, että taustalla oli myös asianomistajan puolelta provosoimista, ja tapausta olisi voinut pitää jo tälläkin perusteella vähäisenä. Huutelulla ei ollut myöskään useita kuulijoita. Samoin syyttäjälle on edennyt tapaus (S-S/112), jossa epäilty on puhunut asianomistajasta loukkaavasti muutamalla tutulle taloyhtiössä, jossa asianomistaja ja epäilty kumpikin asuivat. Loukkaukset itsessään eivät olleet

---

<sup>127</sup> Tässä käsiteltyjen lisäksi vastaavanlainen tapaus on I-U/47, jota käsitellään myöhemmin rasismia ja vähemmistöihin kohdistuneita loukkauksia käsittelevässä luvussa 4.5.3.

erityisen vakavia (haukkunut asianomistajaa ”narsistiksi” ja väittänyt, että tämä on saanut potkut työstään, vaikka on irtisanoutunut), ja tapauksessa on myös viitteitä molemminpuolisesta provosoimisesta.

Sen sijaan pitkittynyttä naapuririitaa (I-U/12), jossa tietoja ja loukkauksia on esitetty myös internetissä ja väitteet ovat levinneet laajalle, on pidetty ”rikoslajinsa sisällä varsin lievänä” ja ”yksittäisenä loukkauksena”. Esitutkintaa on rajoitettu vähäisyysperusteella. Tapauksen tiedot viittaavat molemminpuoliseen provosointiin, mikä sinänsä perustelee loukkauksen pitämistä vähäisenä. Asia on kuitenkin selvästi vakavampi kuin edellä mainitut sen vuoksi, että loukkauksia on esitetty internetissä niin, että asiat ovat löytyneet myös tehtäessä Google-haku asianomistajan nimellä ja ne ovat siksi olleet myös kiistan ulkopuolisten nähtävillä, ja erilainen häirintä oli jatkunut jo pidempään. Päätöksen perusteluissa ei oteta kantaa tähän eikä siihen, että asianomistaja oli jo aiemminkin tehnyt epäillystä rikosilmoituksen. Sen sijaan päätöksen perustelut ovat ristiriitaiset: perusteluissa on todettu, että riitoja on ollut useita, mutta loukkaamisen on kuitenkin todettu olleen yksittäinen ja siksi vähäinen.

#### *4.2.3 Työhön, virkaan ja ammattiin liittyvät loukkaukset*

Tunnistimme koko aineistosta yhteensä 21 sellaista loukkausta, jotka liittyvät jollain tavalla asianomistajan virkaan, ammattiin tai työhön.<sup>128</sup> Vaikuttaa siltä, että tämän tyyppiin kunnianloukkauksiin suhtaudutaan vakavammin kuin muihin, koska näistä jopa 57 % (12 tapausta) on tutkittu ja edennyt syyteharkintaan. Tämä on kiinnostavaa, koska muilta osin teot poikkeavat toisistaan muun muassa siinä, kuinka laajalle loukkaukset ovat levinneet ja onko loukkauksia esitetty suullisesti vai kirjallisesti ja internetin sovellusta tai palvelua hyödyntäen vai ei. Rajoitetuista esitutkinnoista neljässä esitutkintaa on rajoitettu kustannusperusteella. Näistä kolmessa tapauksessa on kyse anonyymeistä internetissä esitetyistä loukkauksista, jotka eivät vaikuta poikkeuksellisen vakavilta, ja osassa tapauksista loukkaavaksi koetut ilmaisut oli poistettu jo ennen esitutkinnan rajoittamispäätöksen tekemistä. Neljäs tapaus (I-U/77) on itsenäiseen ammatinharjoitta-

---

<sup>128</sup> Tähän on otettu mukaan vain ne tapaukset, joissa loukkaus selvästi liittyy toimintaan virassa, ammatissa tai työssä. Osassa aineistoon kuuluneista tapauksista loukkauksen yhteydessä on mainittu esimerkiksi asianomistajan ammatti, mutta tapausten tiedoissa ei ole muita viitteitä siitä, että työ tai ammatti olisi ollut loukkauksen syynä tai kohteena tai että loukkaus muuten liittyisi asianomistajan työhön, joten näitä ei ole laskettu mukaan. Virkaan, työhön tai ammattiin liittyviä loukkauksia saattaa siten olla enemmänkin, mutta aineiston tietojen puutteellisuudesta johtuen näitä ei ole pystytty tunnistamaan varmuudella.

jaan kohdistunut häirintä- ja loukkaamisviestittely, jossa yksityisen ammatinharjoittajan yhteistyökumppaneille ja asiakkaille oli lähetetty tietystä sähköpostiosoitteesta viestejä, joissa oli tapauksen tietojen mukaan kyseenalaistettu hänen ammattitaitonsa ja haukuttu häntä asiakkaitaan hyväksikäyttäväksi narsistiksi. Aiempien kokemustensa perusteella asianomistaja uskoi tietävänsä, kuka häiritseviä viestejä oli lähettänyt, mutta poliisi ei saamiemme tietojen perusteella ollut edes yhteydessä oletettuun tekijään, vaan esitutkintaa rajoitettiin sillä perusteella, että asian tutkiminen pidemmälle olisi edellyttänyt kansainvälisen oikeusapupyynnön tekemistä. Perustelu on epä johdonmukainen, koska asiaa olisi voitu lähteä selvittämään ilman oikeusapupyyntöäkin. Kun tapausta tarkastellaan virkaan, työhön ja ammattiin liittyvien loukkausten kontekstissa, ratkaisu vaikuttaa poikkeavalta, koska tämän tyyppisistä rikosepäilyistä jopa suurin osa etenee syyteharkintaan. Lisäksi epäillyn kerrotunlainen toiminta voi olla hyvin vahingollista yksittäiselle ammatinharjoittajalle, jolle luottamussuhde asiakkaaseen on aivan olennainen liiketoiminnan ehto.

Työhön tai ammattiin liittyvistä loukkauksista vähäisyysperusteella rajoitetuissa viidessä esitutkinnassa on kyse loukkauksista, joista suurin osa on aineistomme tietojen perusteella selvästi vähäisiä, ja esitutkinnan rajoittamista voidaan pitää perusteltuna. Yhdessä tapauksessa, joka ei aivan ilmeisesti ollut vähäinen, oli kyse perättömistä väitteistä ja loukkauksista, jotka kohdistuivat yritykseen ja yrittäjään itseensä ja joita julkaistiin yrittäjälle ja tämän yritykselle tärkeissä yhteisöissä. Esitutkinnan rajoittamis päätöksessä on todettu, että ”[k]unnianloukkauksena ei lähtökohtaisesti pidetä arvostelua, joka kohdistuu toisen menettelyyn elinkeinoelämässä. Osa viesteistä on kuitenkin [asianomistajan] mukaan koskenut häntä myös henkilökohtaisesti.” Perustelu viitanee kunnianloukkaussäännöksen (RL 24:9) 3 momentin rajoitussäännökseen, mutta sen tulkinta ei ole tämän tyyppisissä tapauksissa aivan yksiselitteinen, ja joka tapauksessa loukkaus ei saa selvästi ylittää ”sitä, mitä voidaan pitää hyväksyttävänä”.<sup>129</sup> Säännöksen esitöissä on mainittu, että ”[v]astaavasti elinkeinonharjoittajan on siedettävä tarjoamiinsa tuotteisiin ja palveluksiin kohdistuvaa kärjekästä-

<sup>129</sup> Vrt. KKO 2007:70, jossa pienimuotoista yritystoimintaa pidettiin rajoitussäännöksen kannalta relevanttina elinkeinotoimintana, mutta tapauksessa huomioitiin myös elinkeinotoiminnan luonne sekä toisaalta loukkausten esittämistapa. Tuomion (kohta 7) mukaan ”[a] siakirjoista saatavan selvityksen mukaan B:n elinkeinotoiminta on pienimuotoista. Toiminta on kuitenkin luonteeltaan sellaista, että B:n voidaan edellä mainitun lainkohdan tarkoitamisissa rajoissa edellyttää sietävän sen arvostelua. A on lähettänyt nyt kysymyksessä olevat sähköpostiviestinsä vain B:lle. Tapa, jolla A on B:n toimintaa arvostellut, ei ole lähtökohteisesti ollut toiminnan laajuuteen nähden suhteetonta tai paisuteltua.” Ks. myös Tiilikka 2007, 560–567.

kin julkista arvostelua, kunhan arvostelu perustuu paikkansa pitäviin asiantietoihin”.<sup>130</sup> Tällaisesta arvostelusta ei kuitenkaan tapauksessa tai aiemmin mainitussa sähköpostihäirintätapauksessa ollut ainakaan pelkätään kyse.

Rajanveto sen suhteen, millaista virkaa tai tehtävää pidetään lainkohdassa tarkoitettuna julkisena virkana tai tehtävänä ja milloin loukkaus liittyy pikemminkin henkilöön itseensä kuin tämän toimintaan julkisessa virassa tai tehtävässä, on tulkinnanvarainen. Lisäksi loukkaava ilmaisu saattaa liittyä yleiseltä kannalta merkittävän asian käsittelemiseen, jolloin se myös saattaa olla sallittu RL 24:9.4:n perusteella.<sup>131</sup> Tämän tyyppisissä työhön tai ammattiin liittyvissä loukkauksissa on kuitenkin jännitteitä, jotka koskevat mainittuja rajoitussäännöksiä ja sitä, millaista arvostelua esimerkiksi julkisessa virassa on siedettävä<sup>132</sup>, ja toisaalta sitä, että tuotteita tai palveluita saa arvostella, mutta hyväksyttävyyden ylittävän loukkaamisen aiheuttama taloudellinen vahinko tai esimerkiksi mainehaitta huomioidaan säännöksessä tarkoitettuna vahinkona.<sup>133</sup> Loukkauksen liittyminen henkilön toimintaan virassaan, työssään tai ammatissaan saattaa siis merkitä sitä, ettei tekoa pidettäisi säännöksessä tarkoitettuna kunnianloukkauksena, ja toisaalta jos tekoa pidetään kunnianloukkauksena, tämän tyyppinen loukkaus voi nimenomaan johtaa mainehaitan ja vahingon aiheutumiseen helpommin kuin jossain muussa yhteydessä esitetty vastaava loukkaus (esimerkiksi väite, että henkilö on ”huijari” tai ”rosvo”). Teon vähäisyyttä arvioitaessa näillä kummallakin näkökulmalla on merkitystä.

Aineistomme perusteella vaikuttaa siltä, että viranomaisiin ja jossain määrin vastaavissa isoissa organisaatioissa (työterveyslääkäri ja työeläkevakuutusyhtiö) työskenteleviin kohdistuvat ja tavalla tai toisella työtehtäviin liittyvät mutta henkilöön menevät loukkaukset tutkitaan useammin kuin pienyrittäjiin ja yksittäisiin ammatinharjoittajiin kohdistuvat vastaavat loukkaukset. Kuten edellä on mainittu, aineistossamme on yhteensä 12 sellaista työhön tai ammattiin liittyvää kunnianloukkausepäilyä, joissa esitutkinta toimitettiin ja jotka etenivät syyteharkintaan. Näistä yhdeksässä asianomistaja toimi virassa (6) tai viranomaista vastaavassa suuressa organisaatiossa (3) ja vain kolmessa oli kyse pienempiin toimijoihin tai yksittäisiin ammatinharjoittajiin kohdistuneista loukkauksista. Puolestaan niistä

<sup>130</sup> HE 19/2013 vp, s. 48/I.

<sup>131</sup> Esim. KKO 2011:71: ”Työntekijöitä koskevaa haastattelulausuman osaa pidettiin heitä halventavana. Se oli kuitenkin kohdistettu vastaanottokeskuksen työntekijöihin yleisesti ja esitetty julkisessa keskustelussa vastaanottokeskuksen tulevasta sijaintipaikkakunnasta.”

<sup>132</sup> Esim. valtakunnansyyttäjän ratkaisu 315/21/18.

<sup>133</sup> HE 19/2013, s. 40–50.

yhdeksästä tapauksesta, joissa loukkaus liittyi asianomistajan työhön tai ammattiin ja joissa esitutkintaa rajoitettiin, vain kolmessa tapauksessa asianomistaja oli virkasuhteessa tai työskenteli edellä mainitussa vastavassa suuremmissa organisaatioissa ja kuudessa tapauksessa asianomistajana oli pienempi toimija. Tapauksia on vähän, mutta näyttää kuitenkin siltä, että julkisessa virassa toimivaan henkilöön kohdistuvaan kritiikkiin ja loukkauksiin suhtaudutaan vakavammin kuin pienempiin toimijoihin ja yksittäisiin ammatinharjoittajiin kohdistuviin loukkauksiin. Viimeksi mainittujen kohdalla loukkaavat ja halventavat väitteet saattavat aiheuttaa karsimyksen lisäksi muuta haittaa ja taloudellista vahinkoa elinkeinolle ja maineelle, ja näihin kunnianloukkaussäännöksen rajoitussäännökset eivät sovellu ainakaan yhtä selvästi ja usein kuin julkisessa virassa toimiviin.

Toisaalta päätöskäytäntö on epäjohdonmukainen myös siltä osin, *millaiset* tapaukset viranomaisiin ja toisaalta pienempiin ja yksityisiin toimijoihin kohdistuneista loukkauksista tutkitaan. Aineistossa on kaksi hyvin saman tyyppistä epäiltyä tekoa (I-S/173 ja S-S/99), joista toinen kohdistui lastensuojelun työntekijöihin ja toinen sosiaalityöntekijään. Kummassakin tapauksessa epäilty oli kirjoittanut omalle Facebook-sivulleen kritiikkiä, joka kohdistui kyseisiin viranomaisiin ja virassa oleviin henkilöihin. Kritiikki oli osittain epäasiallista, mutta ei erityisen loukkaavaa tai yksittäiseen henkilöön kohdistuvaa. Kummassakin tapauksessa kritiikin kohteen kuva oli lisätty viestiin. Toisessa tapauksessa esitutkintaa on rajoitettu viitaten RL 24:9.3:n rajoitussäännökseen ja siihen, että loukkaus olisi joka tapauksessa vähäinen, ja toisessa tapauksessa esitutkinta on toimitettu ja tapaus on edennyt syyteharkintaan.

Esitutkinta on toimitettu myös itsenäiseen elinkeinonharjoittajaan kohdistuneessa kunnianloukkausepäilyssä (S-S/117), jossa epäilty oli kommentoinut omalla nimellään Facebookissa asianomistajan ilmoitukseen, jossa tämä kyselee tarvetta tarjoamalleen palvelulle. Epäilty oli kommentoinut ilmoitukseen ”ei missään nimessä” ja lisännyt, että asianomistajalla ”on sellainen periaate, että yhteiskunta maksaa”. Asianomistaja oli puolestaan vastannut tähän asiallisesti, ja keskustelu ei ollut jatkunut tämän jälkeen eikä muita loukkauksia ollut esitetty. Tätä voidaan pitää selvästi vähäisempänä kuin useita tutkimatta jätettyjä tapauksia.

Lisäksi niistä tapauksista, joita emme ole luokitelleet ammattiperusteiseksi, on katsottu vähäisiksi useita sellaisia loukkauksia, joilla voi olla merkittävää vaikutusta asianomistajien mahdollisuuksiin ja kykyyn toimia ammatissaan tai ne voivat vakavasti uhata asianomistajan mainetta ja asemaa

yhteisössä.<sup>134</sup> Näin on esimerkiksi silloin, kun asianomistajan työ edellyttää julkisuutta; myös näennäisesti työhön tai ammattiin liittymättömän loukkauksen ja häirinnän tarkoituksena tai seurauksena saattaa kuitenkin olla asianomistajan työntekoedellytysten tai aseman horjuttaminen. Esimerkiksi (I-U/76) sosiaalisessa mediassa aktiivinen toimittaja oli tehnyt rikosilmoituksen saamastaan Facebook-viestistä, jossa häntä loukattiin sukupuolta halventavalla tavalla ja niin, ettei viestillä ollut mitään muuta sisältöä tai tarkoitusta kuin asianomistajan loukkaaminen. Tapauksen tiedoista käy ilmi, että sama henkilö oli häirinnyt asianomistajaa aiemminkin. Tästä huolimatta esitutkinta on rajoitettu sillä perusteella, että teko on ollut yksittäinen ja jäänyt vähäiseksi. Tapauksen tiedoista ei käy ilmi sitä, että asiaa olisi selvitetty tai kysytty asianomistajalta lisätietoja tapauksesta ja kontekstista, jossa loukkaus esitettiin, tai sitä, millaista aiempi häirintä on ollut ja miten häirintä mahdollisesti vaikuttaa asianomistajan työntekomahdollisuuksiin.<sup>135</sup> On kuvaavaa, että viranomaiseen kohdistuvaa huomattavasti vähäisempää ja nimenomaan heidän virkatoimintaansa liittyvää kommentointia ei ole katsottu vähäiseksi kunnianloukkaukseksi tai edes rajoitussäännösten perusteella sallituksi kritiikiksi, vaan esitutkinta on toimitettu. Aineistossa on myös tapauksia (I-S/194 ja I-S/129), joissa vastaavan tyyppistä sukupuoleen liittyvää halventavaa kieltä oli käytetty kolmannelta henkilöstä kahdenvälisessä keskustelussa ja joissa esitutkinta on toimitettu.

Toisessa tapauksessa (I-U/16) tekoa pidettiin vähäisenä eikä esitutkinta toimitettu, vaikka asianomistaja itse koki ja ilmoitti loukkauksen vaikuttavan hänen työhönsä ja asemaansa kunnanvaltuutettuna. Tapauksessa asianomistajan nimi oli liitetty useisiin seksisivustoihin. Saamistamme tiedoista ei käy ilmi, mitä nimen liittäminen sivuille käytännössä tarkoittaa. Esitutkinnan rajoittamisesityksen mukaan ”[p]elkällä asianomistajan nimellä ei löydy Google-haulla linkkejä ilmoituksessa mainituille seksisivustoille. Asiassa ei voida katsoa, että teko olisi ollut omiaan aiheuttamaan asianomistajalle vähäistä suurempaa vahinkoa taikka häneen kohdistuvaa halveksuntaa.” Nimen liittäminen minkäänlaiselle seksisivustolle vastoin henkilön omaa tahtoa on loukkaavaa ja voi vahingoittaa erityisesti julkisessa tehtävässä toimivan henkilön mainetta ja työskentelymahdollisuuksia, ja seksuaalissävyytteisiä loukkauksia on useissa tapauksissa pidetty muun tyyppisiä loukkauksia vakavampina. Tämän lisäksi esitutkinnan toimitta-

<sup>134</sup> Vrt. HE 19/2013 vp, s. 50/II, jossa on todettu näiden seikkojen voivan tarkoittaa törkeän kunnianloukkauksen kokonaistörkeyden täyttymistä.

<sup>135</sup> Tätä tapausta emme ole luokitelleet työhön tai ammattiin liittyväksi loukkaukseksi, koska itse loukkaus ei millään tavalla viittaa asianomistajan työssään esittämiin asioihin tai näkemyksiin.

matta jättämistä tapauksessa voidaan pitää poikkeuksellisenä siitäkin syystä, että poliisi oli kuitenkin selvittänyt mahdollisen epäillyn henkilöllisyyden mutta ei toisaalta asian kontekstia ja vaikutuksia asianomistajalle.

### **4.3 Törkeää kunnianloukkausta koskeva päätöskäytäntö**

Kunnianloukkaus voi olla RL 24:10:n mukaan törkeä silloin, kun kunnianloukkauksessa aiheutetaan suurta kärsimystä tai erityisen suurta vahinkoa ja rikos on myös kokonaisuutena arvostellen törkeä. Kriteerit ovat tulkinvaraisia ja suhteellisia sekä osittain näyttökysymyksiä, eikä esitutkintavaiheessa voida tehdä varmoja päätelmiä kärsimyksen tai vahingon suuruudesta. Kuten edellä on esitetty, säännöksen esitöissä on kuitenkin otettu esille tilanteita, joissa kärsimystä tai vahinkoa voidaan pitää lähtökohtaisesti tavanomaista suurempana, ja toisaalta seikkoja, jotka tulee huomioida kokonaistörkeyttä arvioitaessa.

Koska törkeitä kunnianloukkauksia koskevia esitutkintapäätöksiä oli vuonna 2019 valituissa poliisilaitoksissa tehty niin vähän (8) ja näistä päätöksistä yhdessäkään ei ollut tehty esitutkinnan rajoittamispäätöstä, tapauksia ei ollut mielekästä tarkastella samojen muuttujien avulla kuin perusmuotoisina kunnianloukkauksina kirjattuja epäilyjä. Keskityimme arvioimaan törkeinä kunnianloukkauksina kirjatuista tapauksista pelkästään sitä, millä perusteella tai miksi ne on katsottu törkeiksi, ja sitä, onko tämä esitutkintavaiheen törkeysarviointi linjassa sen kanssa, millaiset tapaukset on kirjattu perusmuotoisina huolimatta niissä mahdollisesti olevista törkeän tekemuodon piirteistä. Tämän tyyppinen rikosprosessin alkuvaiheessa tehty arvio teon törkeydestä ei sinänsä ole sitova prosessin myöhemmissä vaiheissa, ja syyttäjät ja tuomioistuimet voivat tietenkin päätyä rikosprosessin edetessä toiseen ratkaisuun.

Esitutkintavaiheen arviolla on kuitenkin merkitystä erityisesti silloin, kun rikosepäily päädytään kirjaamaan tavallisena tekemuotona, vaikka siinä olisi törkeän kunnianloukkauksen piirteitä. Ensinnäkin törkeä tekemuoto vakavampana rikoksena tulee todennäköisemmin tutkituksi, ja toiseksi, jollei tekoa tarkastella ja tutkita törkeänä esitutkintavaiheessa, törkeysarvion kannalta olennaiset seikat ja teon vakavuus saattavat jäädä huomiomatta eikä niistä myöskään hankita näyttöä mahdollista myöhempää prosessia varten. Lisäksi päätösten laatu toimii osaltaan oikeusturvatakeena, ja vaikuttaa siltä, että esitutkinnan päättämistä koskevat päätökset perustellaan huolellisemmin törkeissä kunnianloukkauksissa. Erityisesti kahdessa myöhemmin käsiteltävässä Itä-Uudenmaan poliisilaitoksella kirjatussa



törkeässä kunnianloukkausepäilyssä esitutinnan toimittamatta jättämistä koskevat päätökset ovat huomattavasti paremmin ja perusteellisemmin perusteltuja kuin esitutinnan rajoittamispäätökset perusmuotoisissa kunnianloukkausepäilyissä.

Niissä tapauksissa, joissa on törkeän kunnianloukkauksen piirteitä mutta joiden ei kuitenkaan katsota täyttävän törkeän kunnianloukkauksen tunnusmerkistöä, kvalifiointiperusteet ja kokonaistörkeysarvioon vaikuttavat tekijät pitäisi huomioida esitutkintavaiheessa teon vähäisyysarvioinnissa. Vähäisyyttä tulee arvioida nimenomaan teon haitallisuuden ja sen osoittaman syyllisyyden näkökulmasta,<sup>136</sup> ja kvalifiointiperusteet liittyvät näihin. Jollei törkeysarvioon kiinnitetä lainkaan huomiota, nämä seikat jäävät helposti huomiotta myös teon vähäisyyttä arvioitaessa.

Saamistamme poliisiasian tietojärjestelmään kirjatusta tiedoista tai esitutinnan rajoittamispäätöksistä ei yleensä käy ilmi, onko jossain vaiheessa rikosten kirjaamista, esikäsittelyä, esitutkintaa tai päätöksentekoa pohdittu sitä, pitäisikö kunnianloukkausepäilynä ilmoitettu tai kunnianloukkaukseksi tunnistettu teko kirjata törkeänä vai perusmuotoisena.<sup>137</sup> Yhdenkään perusmuotoisena kunnianloukkauksena kirjatun aineistoon kuuluvan tapauksen tiedoissa ei ole viitteitä siitä, että asiaa olisi harkittu, mikä ei tietenkään välttämättä tarkoita, etteikö harkintaa olisi tehty. Puolestaan törkeinä kunnianloukkauksina kirjatusta tapauksista vain kolmessa on aineiston tietojen perusteella viitteitä siitä, että rikosepäily on kirjattu törkeänä viranomaisen aloitteesta tai että asiaan on ylipäänsä kiinnitetty huomiota. Lopuissa neljässä asianomistaja on itse todennut, että kyse on törkeästä tekemuodosta.

Törkeinä kirjattuja kunnianloukkausepäilyjä on vuosittain äärimmäisen vähän verrattuna perusmuotoisina kirjattuihin. Vaikuttaa siis siltä, että kirjaus tehdään asianomistajan ilmoituksen perusteella lähtökohtaisesti perusmuotoisena ja vain poikkeuksellisesti törkeänä, mutta käytäntö ei kuitenkaan näyttäydy yhdenmukaisena sen suhteen, mitkä tapaukset ”valikoituvat” törkeiksi. Tunnuksmerkistön valintaa ei tarvitse kirjaamisvaiheessa perustella, joten emme voi tietää varmuudella, mitkä seikat ovat vaikuttaneet ratkaisuun kirjata tapaus törkeänä tai toisaalta kirjata se perusmuotoisena siitä huolimatta, että asianomistaja on nimenomaisesti ilmoittanut rikoksen olevan törkeä kunnianloukkaus tai että tapauksessa on törkeän tekemuodon piirteitä. Tästä syystä ja erityisesti törkeitä kunnianloukkauksia

<sup>136</sup> HE 79/1989 vp, s. 13/II; HE 82/1995 vp, s. 38–39. Ks. myös Lappi-Seppälä 1991a, s. 918–920; Lappi-Seppälä 1991b, s. 1213; Fredman ym. 2020, s. 318.

<sup>137</sup> Tutkinnanjohtajan tekemästä tunnusmerkistöjen täyttymistä koskevasta harkinnasta ja sen merkityksestä ks. Helesvirta 2020, s. 12–15.

koskevan aineiston hyvin pienen koon vuoksi johtopäätöksiin tulee suhtautua varauksella. Aineistossamme on tiedot vain seitsemästä törkeästä kunnianloukkauksesta, joten johtopäätökset eivät ole välttämättä yleistettävissä ja tietyt yhtäläisyydet saattavat olla pelkästään sattumaa.

Itä-Uudenmaan poliisilaitoksella törkeitä kunnianloukkauksia koskevia esitutkintapäätöksiä on tehty vuonna 2019 kaksi. Näistä kumpikin on sellaisia, joissa asianomistaja itse oli esittänyt teon olevan nimenomaan törkeä kunnianloukkaus<sup>138</sup> ja väitetty loukkaus oli esitetty joukkotiedotusvälineitä käyttäen. Nämä tapaukset on kirjattu törkeinä mahdollisesti siksi, että yhtenä nimenomaisena ankaroitamisperusteena törkeässä kunnianloukkauksessa oli ennen vuonna 2014 voimaan tulleita säännösmuutoksia kunnianloukkauksen tekeminen joukkotiedotusvälineitä käyttäen.<sup>139</sup> Joukkotiedotusvälineen käyttämisen ei pitäisi enää sellaisenaan merkitä kvalifointiperusteen täyttymistä.<sup>140</sup> Loukkauksen leviäminen laajalle tulee kuitenkin edelleen huomioida teon aiheuttaman kärsimyksen ja vahingon suuruutta arvioitaessa.<sup>141</sup> Kummassakin tapauksessa on päätetty jättää esitutkinta toimittamatta sillä perusteella, että esitutkintakynnys ei ylity, koska rikosta ei ole tapahtunut (ETL 3:3). On kiinnostavaa, että juuri nämä tapaukset on päädytty kirjaamaan törkeinä kunnianloukkauksina, kun lakimuutoksista on kuitenkin jo useita vuosia, ja muutoksella nimenomaan haluttiin puuttua siihen, ettei hyvin vähäisiä joukkotiedotusvälineessä esitettyjä loukkauksia pidettäisi aina lähtökohtaisesti törkeinä.<sup>142</sup> Aiempi sääntely vaikuttanee vielä esitutkintavaiheessa tehdyn teon törkeysarvion taustalla: riippumatta siitä, että väitetyt loukkaukset olivat niin vähäisiä, ettei niiden katsottu edes täyttäneen kunnianloukkauksen tunnusmerkistöä, ne oli kirjattu törkeinä tekoina.

Sisä-Suomen ja Itä-Suomen poliisilaitosten törkeinä kunnianloukkauksina kirjatut tapaukset puolestaan liittyvät väitteisiin seksin myymisestä tai tarjoamisesta (2 tapausta), raiskausväitteisiin (2 tapausta, joista toinen esitetty joukkotiedotusvälineitä käyttäen) ja väitteeseen lapsen seksuaalisesta

---

<sup>138</sup> Itä-Uudenmaan poliisilaitokselta saadussa aineistossa on ainakin kaksi muuta sellaista tapausta, joissa asianomistaja oli ilmoittanut, että teoissa on kyse törkeästä kunnianloukkauksesta, mutta nämä oli kirjattu perusmuotoisina. Tapauksia saattaa olla enemmänkin, mutta alkuperäiset rikosilmoitukset eivät olleet osana aineistoamme, joten olemme sen tiedon varassa, mitä viranomainen on kirjannut ilmoituksesta.

<sup>139</sup> HE 184/1999 vp, s. 36–37; HE 19/2013 vp, s. 49/II.

<sup>140</sup> Törkeän kunnianloukkauksen tunnusmerkistön täytyminen edellytti toki aiemminkin voimassa olleen säännöksen mukaan kvalifointiperusteen täyttymisen lisäksi teon kokonaistörkeyttä.

<sup>141</sup> HE 19/2013 vp, s. 49/II.

<sup>142</sup> HE 19/2013 vp, s. 49/II.

hyväksikäytöstä (1 tapaus). Seksin tarjoamiseen liittyvistä loukkauksista toisessa on kyse siitä, että asianomistajan nimellä, kuvalla ja kotiosoitteella oli tehty valeprofiili Facebookiin, jossa ilmoitettiin asianomistajan tarjoavan seksiä. Profiili kuitenkin poistettiin pian asianomistajan pyynnöstä. Poliisi on poikkeuksellisesti pyytänyt profiilin tekijän tietoja palveluntarjoajalta, mutta niitä ei ollut pystytty antamaan, koska profiili oli jo poistettu. Asian esitutkinta keskeytettiin niin, että jos tietoja vielä ilmaantuu, sitä voidaan jatkaa. Toisessa seksin myyntiin liittyviä väitteitä sisältäneessä loukkauksessa epäilty oli vuosien ajan lähettänyt asianomistajan puolisolle, sukulaisille ja tutuille tätä herjaavia viestejä ja alastonkuvia. Asiaa tutkittiin myös törkeänä yksityiselämää loukkaavana tiedon levittämisenä ja vainoamisena. Jälkimmäisessä esitutkinta toimitettiin loppuun ja asia eteni syyteharkintaan.

Näistä ensiksi mainittu on poikkeuksellinen, koska aineistossa oli muita aivan vastaavia tekoja (I-U/18, I-U/87, S-S/97), joissa oli luotu sosiaalisen median palveluun valeprofiili ja esitetty seksuaalissävyytteisiä ja seksin myymiseen liittyviä väitteitä ja loukkauksia, mutta ilmoitukset oli kirjattu perusmuotoisina kunnianloukkauksina ja niissä on rajoitettu esitutkintaa kustannusperusteella siitä huolimatta, että kahdessa asianomistaja oli alaikäinen. Lisäksi aineistossa on myös muulla tavoin kuin valeprofiilin välityksellä esitettyjä seksuaalissävyytteisiä vakaviakin loukkauksia, jotka on kuitenkin kirjattu perusmuotoisina kunnianloukkauksina ja joista osassa esitutkinta on toimitettu ja osassa tutkintaa on rajoitettu.

Raiskausväitteen sisältäneet tapaukset ovat puolestaan kiinnostavia siitä näkökulmasta, että raiskausväitteisiin suhtaudutaan aineiston perusteella erityisen vakavasti.<sup>143</sup> Kahdesta törkeänä kunnianloukkauksena tutkitusta raiskausväitteestä toisella on ollut poikkeuksellisen vakavia seurauksia asianomistajalle, kun tämä on menettänyt joukkotiedotusvälineessä esitettyjen väitteiden ja niistä aiheutuneen ”luottamuspuolan” vuoksi työpaikkansa eikä ole samasta syystä onnistunut saamaan uutta työtä. Toisessa törkeänä kunnianloukkauksena kirjatussa ja tutkitussa tapauksessa epäilty oli levittänyt kaveripiirissä väitteitä siitä, että asianomistaja olisi raiskannut hänet. Epäilty oli kiistänyt teon, mutta asiassa ei ollut esimerkiksi kuultu todistajia vaan esitutkinta oli lopetettu, koska epäilty oli alle 15-vuotias eikä

<sup>143</sup> Korkeimman oikeuden ratkaisu KKO 45:2021 vahvistanee tätä käytäntöä entisestään. Tekijä tuomittiin törkeästä kunnianloukkauksesta rangaistukseen hänen levitettyään tietoa siitä, että asianomistaja oli raiskannut hänet. Tekijän oman käsityksen mukaan väite oli totuudenmukainen. Hän oli tehnyt raiskauksesta rikosilmoituksenkin, mutta poliisi oli katsonut, ettei hänen kuvailemansa teko täyttänyt raiskauksen tunnusmerkistöä, eikä raiskauksesta siksi aloitettu esitutkintaa.

häntä siksi olisi voitu asettaa rikosoikeudelliseen vastuuseen teostaan (ETL 10:2.2).

Aineistoomme kuuluu lisäksi kaksi perusmuotoisena kunnianloukkauksena tutkittua raiskausväitettä, joista kummassakin on toimitettu esitutkinta, vaikka toinen vaikuttaa rikosilmoituksen perusteella suhteellisen vähäiseltä ja toisessa olisi ollut perusteita rajoittaa esitutkintaa sekä vähäisyys- että kohtuusperusteella. Ensimmäisessä (S-S/136) epäilty oli julkaissut Facebookissa hyvin sekavan viestin, jossa muiden henkilöiden halventamisen lisäksi vihjataan asianomistajan raiskanneen vaimonsa. Teko vaikuttaa rikosilmoituksen perusteella vähäiseltä väitteen kontekstin vuoksi,<sup>144</sup> ja vastaavia mutta muita kuin raiskausväitteitä on jätetty tutkimatta sekä vähäisyys- että kustannusperusteella. Ilmeisesti vasta esitutkinnassa on käynyt ilmi epäillyn kirjoitelleen usealle eri sivustolle eri nimimerkeillä sekavia ja halventavia kommentteja asianomistajasta ja muistakin henkilöistä. Tapauksessa on kiinnostavaa ensinnäkin se, että tällainen tutkinta on aloitettu ja toimitettu, koska yleensä yksittäistä ja vähäistä loukkausta koskevan rikosilmoituksen perusteella tällaiseen ei ryhdytä etenäkään silloin, kun on kyse internetissä häiriköimisestä vieläpä hieman eri nimillä tai nimimerkeillä. Päinvastoin useassa tapauksessa on virheellisesti todettu olevan kyse yksittäistapauksesta, vaikka asianomistaja on selvästi tuonut esille toiminnan olevan jatkuvaa. Toiseksi on kiinnostavaa, että huolimatta paljastuneesta laajemmasta toiminnasta ja muista halventavista kommentteista asianomistaja mainitsee vielä kuulustelussakin pelkän raiskausväitteen loukanneen häntä.

Toisessa raiskausväitteen sisältäneessä perusmuotoisessa kunnianloukkaustapauksessa (I-S/154) epäilty oli vihjannut asianomistajan jollain tavalla painostaneen häntä seksiin. Väite raiskauksesta oli epäsuora ja se oli esitetty vain neljälle asianomistajan läheiselle, joista osa kertoi kuulusteltaessa arvanneensa jo alun perinkin, etteivät väitteet pitäneet paikkaansa. Väitteitä ei ollut esitetty loukkaamistarkoituksessa vaan epäilty kertoi uskottavan motiivin teolleen, ja lisäksi epäilty oli myöhemmin korjannut tiedot kaikille, joille oli väitteen esittänyt. Tekoa voidaan siis jo itsessään pitää vähäisenä, mutta esitutkintaa olisi voitu rajoittaa myös kohtuusperusteella siksi, että asianomistaja oli ROL 1:8.1:n 1 kohdassa tarkoitettulla tavalla pyrkinyt poistamaan tekonsa vaikutukset, mutta kohtuusperusteella

---

<sup>144</sup> Toisessa vastaavanlaista sekavaa ilmaisua koskevassa päätöksessä (I-U/2) valheellisten väitteiden vähäisyyttä on perusteltu niin, että ”[k]aikilla kirjoituksen lukijoilla on itsellään lisäksi mahdollisuus tehdä tämän kaltaisista väitteistä omat kriittiset arvionsa sen suhteen pitävätkö ne paikkaansa”. Tapauksessa väitteet eivät kuitenkaan olleet yhtä ilmeisellä tavalla paikkansapitämättömiä kuin raiskausväitteessä.

rajoittaminen olisi ollut saman säännöksen perusteella mahdollista myös hänen henkilökohtaisten olojensa sekä mahdollisesti terveydenhuollon toimien vuoksi. Tämä olisi linjassa sen kanssa, että kaikissa kolmessa aineistoomme kuuluvassa kohtuusperusteella rajoitetussa epäilyssä esitutkintaa oli rajoitettu epäillyn terveysongelmien vuoksi ja perusteltu päätöstä muun muassa niin, että ”on mahdollista”, että epäilty on ollut ”terveydellisten syiden vuoksi kyvytön toimimaan asianmukaisesti eikä ole kyennyt arvioimaan tekonsa seurauksia”.

Vaikuttaisi siis siltä, että perätön väite raiskaukseen syyllistymisestä arvioidaan poikkeuksellisen vakavaksi loukkaamistavaksi tai -tyypiksi. Yhdessäkään aineistoomme kuuluneessa raiskausväite-tapauksessa esitutkintaa ei ole rajoitettu, ja toisaalta vaikuttaa siltä, että raiskausväitteet arvioidaan helpommin törkeäksi kunnianloukkaukseksi. Toinen törkeyden peruste vaikuttaisi olevan seksuaalisävytteiset loukkaukset ja väitteet seksin myymisestä, joskin vastaavanlaisia on myös kirjattu perusmuotoisina ja katsottu jopa vähäisiksi, joten käytäntö on hyvin vaihtelevaa. Kolmas törkeän teon kriteeri on käytännössä ollut edelleen lakimuutoksista huolimatta loukkauksen esittäminen joukkotiedotusvälinettä käyttäen.

## 4.4 Laajan henkilöpiirin tietoon saatetut loukkaukset

### 4.4.1 Loukkauksen levinneisyyden merkitys ja laajalle levinneet loukkaukset koko aineistossa

Ennen vuoden 2014 muutoksia kunnianloukkaussäännöksiin törkeän kunnianloukkauksen yhtenä ankaroitamisperusteena oli se, että kunnianloukkaus on tehty joukkotiedotusvälinettä käyttäen tai muuten toimittamalla tieto lukuisten ihmisten saataville.<sup>145</sup> Tästä luovuttiin säännöksiä muutettaessa, jotta mediassa esitetyt hyvin vähäpätöiset kunnianloukkaukset eivät tulisi aina lähtökohtaisesti arvioiduiksi törkeinä kunnianloukkauksina.<sup>146</sup> Kunnianloukkauksen saattaminen lukuisten ihmisten saataville voi kuitenkin esitöiden mukaan edelleen merkitä teon suurta vahingollisuutta, jolloin se tulee huomioida teon aiheuttamaa kärsimystä ja vahingon suuruutta arvioitaessa.<sup>147</sup>

<sup>145</sup> HE 184/1999 vp, s. 36–37.

<sup>146</sup> Laajalle levinnyt loukkaus ei tietenkään välttämättä tarkoita, että loukkaus olisi luonteeltaan erityisen loukkaava, Ollila 2011, s. 381–383. Ja toki jo ennen lakimuutostakin joukkotiedotusvälineen käyttämisen lisäksi edellytettiin teon kokonaistörkeyttä, jotta törkeän kunnianloukkauksen tunnusmerkistö täyttyi.

<sup>147</sup> HE 19/2013 vp, s. 49. Ks. myös käytännöstä ennen lakimuutosta, Ollila 2011.

Loukkauksen leviäminen laajalle saattaa siis tarkoittaa, että se aiheuttaa törkeää kunnianloukkausta koskevassa säännöksessä (RL 24:10) tarkoitettua suurta kärsimystä tai erityisen suurta vahinkoa, mutta esitöissä viitataan siihen, että tällainen loukkaus saattaa olla myös ”vähäpätöinen”. Luokusten ihmisten saataville saatettu eli laajalle levinnyt loukkaus voi siis olla vähäinen, mutta arvioitaessa vähäisyyttä esitutkinnan rajoittamisperusteena on huomioitava myös loukkauksen laajalle leviämisestä aiheutuva mahdollinen suurempi kärsimys tai vahinko. Esitöiden lausumassa on kyse siitä, etteivät mediassa esitetyt tai muuten laajalle levinneet loukkaukset aina sellaisenaan tarkoita kvalifointiperusteen täyttymistä. Toisaalta esitöiden perusteella on selvää, että silloin kun loukkaus itsessään ei ole vähäinen ja se on levinnyt laajan henkilöpiirin tietoon tai saataville, loukkaus voi pelkästään sillä perusteella aiheuttaa suurempaa kärsimystä tai vahinkoa kuin pienemmän joukon saatavilla oleva loukkaus. Siksi on perusteita pitää tällaista laajalle levinnyttä loukkausta toimenpiteistä luopumissääntösten näkökulmasta lähtökohtaisesti muuna kuin vähäisenä silloinkin, kun törkeän kunnianloukkauksen tunnusmerkistö ei täyty.

Emme siis väitä, että kaikki ne teot, jotka ovat levinneet laajalle tai joissa on muita yksittäisiä kvalifointiperusteiden tai kokonaistörkeyden täyttymiseen vaikuttavia piirteitä, täyttäsivät välttämättä törkeän kunnianloukkauksen tunnusmerkistön. Tällaiset seikat tulisi kuitenkin esitutkintavaiheessa huomioida ja harkita ensinnäkin sitä, olisiko teko syytä kirjata törkeänä kunnianloukkausepäilynä. Toiseksi esitutkinnan toimittamista harkittaessa tulisi kiinnittää huomiota siihen, että tekoa ei välttämättä voida pitää perusmuotoisen kunnianloukkauksen vähäisenä tekemuotona ainakaan silloin, kun siinä on useita esitöissä mainittuja suurempaan kärsimykseen tai vahinkoon viittaavia piirteitä.

Loukkauksen levinneisyydelle esitöissä annetun merkityksen kannalta on kiinnostavaa ensinnäkin se, että tutkimusaineistossamme on eniten juuri niitä tapauksia, joissa loukkaukset ovat levinneet laajan henkilöpiirin tietoon. Levinneisyyden arvioimiseksi olemme luokitelleet tapaukset kolmiportaisesti Henkilövahinkoasiain neuvottelukunnan seuraavassa lainattua luokittelua noudattaen:

Esitetty valheellinen tieto tai vihjaus tai halvennettu toista muulla tavoin

- 1) kahdenkeskisessä kanssakäymisessä tai siten, että teko tulee vain vähäisen henkilöpiirin tietoon;
- 2) siten, että se tulee tai on omiaan tulemaan rajoitetun, mutta ei aivan vähäisen henkilöpiirin tietoon;

3) siten, että se tulee tai on omiaan tulemaan laajan henkilöpiiriin tietoon.<sup>148</sup>

Aineistossamme on yhteensä 95 perusmuotoista kunnianloukkaustapausta, joissa loukkaus on levinnyt laajan henkilöpiiriin tietoon. Puolestaan pelkkiin kunnianloukkauksiin ja niiden ohella muihin sakkorikoksiin rajatun aineiston 143 tapauksesta laajalle levinneitä loukkauksia on 74. Aineistoon kuuluvista laajalle levinneistä loukkauksista vain kaksi tapausta on sellaisia, joissa ei ollut hyödynnetty internetiä loukkauksen esittämisessä ja välittämässä muiden tietoon.<sup>149</sup>

**Taulukko 2.** Esitutkintaa koskevat päätökset suhteessa loukkauksen levinneisyyteen.

	Ei tietoa levinneisyydestä	Kahdenkeskises- sässä kanssa- käymisessä tai tullut vähäisen henkilöpiiriin tietoon	Tullut rajoitetun, mutta ei aivan vähäisen henkilöpiiriin tietoon	Tulee tai on omiaan tulemaan laajan henkilöpiiriin tietoon	Yhteensä
Lähetetty syyttäjälle	0	10	13	14	37
Esitutkinta lopetetaan kustannusperusteella	1	2	1	25	29
Esitutkinta lopetetaan harkinnanvaraisella perusteella	1	24	12	31	68
Esitutkintaa ei toimiteta harkinnanvaraisella perusteella	0	5	0	4	9
Yhteensä	2	41	26	74	143

<sup>148</sup> Henkilövahinkoasiain neuvottelukunnan suosituksia 2020, s. 37. Näiden vaihtoehtojen lisäksi omassa luokittelussamme oli mukana vaihtoehto ”ei tietoa levinneisyydestä tai levinneisyys epäselvä”. Tapauksia, joissa väitteen levinneisyys jäi epäselväksi, on koko aineistossa yhteensä neljä.

<sup>149</sup> Toisessa tapauksessa asianomistajan mainetta loukkaavia tekstejä oli jaettu usean paikka-

Toiseksi on kiinnostavaa, että huolimatta laajalle levinneiden loukkausten suuresta määrästä ja lähtökohtaisesta luonteesta enemmän kärsimystä tai vahinkoa aiheuttavana tekona syyteharkintaan edenneissä tapauksissa on lähes sama määrä tapauksia kustakin kolmesta levinneisyysluokasta. Tapaukset, joissa on kunnianloukkausten lisäksi mukana myös muita, vankeudenuhkaisia rikoksia, liittyvät usein fyysiseen kontaktiin riitatilanteessa. Muiden, vakavampien rikosten vuoksi näissä tapauksissa syyttäjälle edeneitä on suhteessa suurempi osa kuin muissa tapauksissa, ja fyysisen kontaktin vuoksi näissä yhteyksissä esitetyt loukkaukset eivät myöskään ole levinneet yhtä usein laajan henkilökunnan tietoon. Tästä syystä on mielekkäämpää arvioida levinneisyyttä niissä tapauksissa, joissa on kyse pelkästään kunnianloukkauksesta tai kunnianloukkausepäilyn lisäksi muista sakkorikosepäilyistä (yhteensä 143). Edellä olevasta taulukosta näkyvät näissä tapauksissa tehdyt päätökset suhteessa esitetyn loukkauksen levinneisyyteen.

Tarkasteltaessa esitutinnan rajoittamisesta ja toimittamisesta tehtyjä päätöksiä levinneisyyden näkökulmasta vaikuttaa siltä, että vakavimmin suhtaudutaan niihin tapauksiin, joissa loukkaus on tullut rajoitetun, mutta ei aivan vähäisen henkilöpiirin tietoon. Näissä aineistoon valikoituneista tapauksista 50 %:ssa (13 kpl) esitutkinta on toimitettu loppuun, yhdessä esitutkinta on lopetettu kustannusperusteella ja 12 tapauksessa vähäisyysperusteella. Sen sijaan laajalle levinneissä tapauksissa esitutkinta on toimitettu loppuun vain reilussa 14 tapauksessa, vaikka tapauksia on yhteensä moninkertainen määrä verrattuna niihin, joissa loukkaus on tullut rajoitetun joukon tietoon. Osittain tämä selittyy sillä, että laajalle levinneissä loukkauksissa esitutkintaa rajoitetaan huomattavasti useammin kustannusperusteella kuin muissa loukkauksissa, mutta hieman yllättäen laajalle levinneissä loukkauksissa on myös paljon tapauksia, joissa esitutkintaa on rajoitettu vähäisyysperusteella.<sup>150</sup>

#### *4.4.2 Vähäisyysperusteella rajoitetut esitutkinnat*

Tapauksissa, joissa loukkaus on levinnyt laajan henkilöpiirin tietoon ja joissa on tehty päätös esitutinnan rajoittamisesta vähäisyysperusteella, on mukana sisällöltään ja vakavuudeltaan hyvin erityyppisiä loukkauksia.

---

kunnan yleisille ilmoitustauluille (I-S/172), ja toisessa epäilty oli maalannut loukkaavan tekstin asianomistajan auton kylkeen, josta se oli lukuisten ihmisten luettavissa (I-S/188).

<sup>150</sup> Taulukossa harkinnanvaraisilla perusteilla rajoitetuissa laajalle levinneissä (yhteensä 35) on mukana 2 tapauksia, joissa esitutkintaa on rajoitettu kohtuusperusteella, loppuissa 33:ssa rajoittamisperusteena on ollut vähäisyys.



Osassa tapauksista loukkausten tarkempi sisältö ei selviä aineistomme perusteella, joten niiden osalta arviota teon vakavuudesta tai vähäisyydestä ei voi tehdä. Tapauksista selvästi vähäisimpiä olivat sellaiset, joissa loukkaus on internetissä käydyin keskustelun yhteydessä toisesta käytetty haukkumasana tai muuten toista halventava ilmaisu, kuten ”pöljä”, ”sairas” tai ”voi raasu”. Lisäksi joukossa oli toisilleen tuttujen, enimmäkseen entisten puolisoitten välisiin riitoihin liittyviä sosiaalisen median julkaisuja, joissa oli asianomistajan näkemyksen mukaan valehdeltu tapahtumista ja saatu hänet näin näyttämään huonossa valossa. Näissä itse ilmaisujen luonteesta mutta myös provosoimisen ja molemminpuolisen epäasiallisen kielienkäytön ja käyttäytymisen perusteella voi olla perusteltua pitää loukkauksia vähäisinä huolimatta siitä, että ne olivat levinneet laajalle. Toisaalta esitutkinta on myös joissain tämän tyyppisissä tapauksissa toimitettu. Yhdessä tällaisessa tapauksessa (I-S/199), jossa esitutkinta toimitettiin, on kyse vain pari tuntia epäillyn Facebook-seinällä olleesta kirjoituksesta, jossa väitettiin asianomistajan syyllistyneen rikokseen. Osapuolten välillä oli ollut perhesuhteisiin liittyvää riitaa jo pidempään. Loukkausta voidaan pitää jopa vähäisempänä kuin muita vastaavia siksi, että viesti oli näkyvillä vain poikkeuksellisen vähän aikaa. Epäilty itse oli poistanut viestin.

Osassa vähäisiksi katsotuista tapauksista (esimerkiksi I-U/29), joissa on kyse loukkaamisesta riidan yhteydessä julkisella sosiaalisen median tilillä tai keskustelupalstalla, loukkaavat ilmaisut olivat sisällöltään täysin samoja tai vastaavia kuin suullisesti kahden kesken tai vain muutaman ihmisen läsnä ollessa käydyissä riidoissa, joissa esitutkinta on kuitenkin toimitettu.<sup>151</sup> Yhdessä tämän tyyppisessä tapauksessa (I-U/40) on myös päätöksen perusteluissa epälooginen maininta: ”Asianomistajien vastaanottamat haukkuma- ja nimittelyviestit ovat epäasiallisia ja niitä voidaan pitää loukkaavana ja halventavana. Viestit ovat tulleet internetissä sosiaalisen median kautta ja näin ollen viestintäkanavana ne ovat asianomistajan itsensä hallittavissa. Asianomistaja voi estää epäillyn.”<sup>152</sup> Perustelu ei ole johdonmukainen, koska asianomistaja ei voi estää epäiltyä tai ketään muutakaan loukkaamasta kunniaansa ”estämällä” epäillyn sosiaalisen median kanavissaan ja koska loukkauksia ei ollut alun perinkään esitetty asianomistajan omalla sosiaalisen median ”sivulla” tai profiilissa.

Myös pitkään jatkunutta muun muassa vakavien rikosväitteiden esittämistä on pidetty vähäisenä, vaikka asianomistaja oli jo aiemminkin tehnyt

<sup>151</sup> Esim. edellä luvussa 4.2.2 tarkastellut tapaukset.

<sup>152</sup> Täsmälleen sama teksti on myös toisessa aineistoon kuuluvassa päätöksessä (I-U/53), jossa on kuitenkin kyse erityyppisestä loukkauksesta ja jossa esitutkintaa on rajoitettu kustannusperusteella.

asiasta rikosilmoituksen. Perustelut eivät millään tavalla vastaa asianomistajan kertomusta siitä, että loukkaukset olivat jatkuneet pitkään ja olivat osittain aivan ilmeisen loukkaavia:

[Asianomistaja] on kokenut [epäillyn] kirjoitukset asiattomiksi ja loukkaaviksi. Asiassa loukkaavat lausumat on tuotu julki [epäillyn] Facebook -profiilissa. Kirjoitukset näkevät vain ne henkilöt, jotka vierailevat kyseisessä profiilissa. Voidaan katsoa, että loukkaavat kirjoitukset tavoittanut henkilöpiiri on jäänyt hyvin rajalliseksi. [Epäillyn] toiminta on moitittavaa ja epäasiallista. [Epäillyn] kirjoitukset eivät ole kuitenkaan sellaisia, jotka olisivat omiaan aiheuttamaan [asianomistajalle] vähäistä suurempaa kärsimystä, vahinkoa tai häneen kohdistuvaa halveksuntaa. Kirjoitukset ovat olleet lähinnä epämääräistä syytelyä ja haukkumista, joiden ei voida katsoa aiheuttavan asianomistajalle vahinkoa.

Päätöksessä viitataan myös siihen, että loukkaukset ovat ”vain” epäillyn Facebook-profiilissa vierailevien nähtävänä. Tämä ei kuitenkaan ole linjassa sen kanssa, että paljon vähäisempiä loukkauksia on tutkittu silloin, kun ne on esitetty suusanallisesti kahden kesken tai vain muutaman henkilön läsnä ollessa.

Vähäisyysperusteella rajoitetuissa tapauksissa, joissa väite on levinnyt laajalle, on mukana myös tapauksia, joissa on levinneisyyden lisäksi muitakin sellaisia seikkoja, joiden perusteella niitä olisi voitu arvioida jopa törkeänä kunnianloukkauksena. Vähäiseksi on katsottu ainakin yksi rasis-tisen ilmaisun sisältävä vähemmistöryhmään kuuluvaan henkilöön kohdistuva loukkaus (S-S/124). Myös toisessa vähäisenä pidetyssä tapauksessa (I-S/193) asianomistajana oli vähemmistöryhmään kuuluva: vammaista henkilöä oli nimitelty ja haukuttu tämän näkyvän vamman vuoksi sekä esitetty perättömiä ja törkeitä väitteitä tämän terveydentilasta, seksuaalisesta suuntautumisesta ja käyttäytymisestä. Sen lisäksi, että vammaisuus on teon motiivina ja kohteena rasismien ohella törkeään kunnianloukkaukseen viittaava seikka, se on myös rangaistuksen koventamisperuste RL 6:5.1:n 4 kohdan mukaan. Näihin palataan rasis-tisia loukkauksia käsittelevässä luvussa 4.5.1.<sup>153</sup> Kun otetaan huomioon useat tekojen vakavuuteen viittaavat piirteet, ei olisi välttämättä ollut perusteltua rajoittaa rikosepäilyjen esitutkintaa ainakaan tekojen *vähäisyyden* perusteella. Jälkimmäisen päätöksen perustelut tosin viittaavat myös kustannusperusteeseen. Louk-

<sup>153</sup> Vaikuttaa siltä, että vammaisuus on yleisemminkin (sukupuoli-identiteetin ohella) sellainen motiivi, jota poliisi ei tunnista tai ainakaan riittävällä tavalla huomioi vihamotiivina. Juutinen 2021, s. 39.

kauksen vähäisyyttä on perusteltu ennen kaikkea sillä, että ylläpito on jossain vaiheessa poistanut osan viesteistä eikä kuka tahansa pysty tunnistamaan asianomistajaa tämän haukkumanimestä. Loukkaavissa viesteissä on kuitenkin mainittu myös asianomistajan oikea nimi, ja saadun aineiston perusteella käy ilmi, että asianomistajasta käytetty haukkumanimi, johon loukkauksissa viitataan, on paikkakunnalla yleisesti tunnettu.

Laajalle levinneitä loukkauksia on pidetty vähäisinä myös tapauksissa, jossa sosiaalisen median valeprofiilissa oli julkaistu asianomistajan nimi ja tekaistuja alastonkuvia hänestä (I-U/61), sekä useissa edellä työhön, virkaan ja ammattiin liittyvien tapausten yhteydessä käsitellyissä loukkauksissa<sup>154</sup>. Lisäksi maalittamistyyppiseen tilanteeseen johtanut teko, jossa asianomistaja on saanut lukuisia loukkaaviksi kokemiaan viestejä useilta eri henkilöiltä, on katsottu vähäiseksi; tapauksesta (I-S/160) on kuitenkin hyvin vähän tietoa, koska esitutkintaa ei ole toimitettu eikä rikosilmoituksesta täysin selviä, mitä oli tapahtunut. Tapaukset kuitenkin viittaavat siihen, ettei väitteiden esittämiskontekstia selvitetä silloinkaan, kun on viitteitä siitä, että häirintä voi olla vakavampaa ja jatkuvaa.

#### 4.4.3 *Kustannusperusteella rajoitetut esitutkinnat*

Internetissä laajalle levinneistä loukkauksista, joissa esitutkintaa on rajoitettu kustannusperusteella (pelkkiin kunnianloukkauksiin ja niiden lisäksi mahdollisiin muihin sakkorikoksiin rajatussa aineistossa yhteensä 25), suurimmassa osassa (15) tapauksista tekijä jäi tuntemattomaksi. Lopuissa (10) asianomistajalla on saattanut olla tieto tai vahva epäily siitä, kuka tekijä on, mutta asiaa ei ole selvitetty tai saamamme aineiston perusteella on jäänyt epäselväksi, tunsivatko osapuolet toisensa ja tiesikö asianomistaja tekijän henkilöllisyyden. Vaikka suurin osa tapauksista on selvästi sellaisia, joissa tekijä on jäänyt tuntemattomaksi ja tämän henkilöllisyyden selvittäminen oletettavasti edellyttäisi oikeusapupyynnön tekemistä, yllättävän suuressa osassa tapauksista epäilty saattaisi olla selvitettävissä ilman oikeusapupyynnöäkin, mutta tätä ei saatujen tietojen perusteella ole edes yritetty tehdä. Toisaalta joissain tapauksissa esitutkinta on toimitettu niin, että poliisi on joko selvittänyt epäillyn henkilöllisyyttä tai katsonut, että asiaa ylipäänsä voi ja kannattaa tutkia, ja asia on edennyt syyttäjälle.<sup>155</sup>

<sup>154</sup> Esim. I-U/67, jossa yrittäjästä levitettiin valheellisia väitteitä tämän liiketoiminnan kannalta tärkeälle henkilöpiirille; I-U/76, joka koskee toimittajaan kohdistuvia sukupuoleen liittyviä halventavia ilmaisuja; I-U/16, jossa kunnanvaltuutetun nimi liitettiin seksisivustoihin.

<sup>155</sup> Esim. tapaukset S-S/102, S-S/125 ja S-S/136, joissa loukkaukset oli esitetty ainakin

Yksi tällainen poikkeus on tapaus (I-S/186), jossa epäilty oli esittänyt ja jakanut YouTubeissa muiden nähtäväksi itse sanoittamansa kappaleen. Kappaleen sanoissa viitattiin asianomistajaan loukkaavalla tavalla mutta vain tämän etunimi mainiten. Se, että asiassa on toimitettu esitutkinta, on poikkeuksellista, eikä asiassa ole piirteitä, joiden vuoksi sitä olisi pidettävä vakavampana kuin muita anonyymisti internetissä esitettyjä loukkauksia. Sanoituksen perusteella vain muutama henkilö oli voinut tunnistaa epäillyn viittaavan kappaleen sanoissa nimenomaan asianomistajaan, eivätkä loukkaukset olleet mitenkään poikkeuksellisen vakavia.

Esitutkintaa ei yleensä toimiteta (loppuun) silloin, kun kunnianloukkaus on esitetty anonyymisti internetissä – esitutinnan toimittaminen edellyttäisi oikeusapupyynnön tekemistä maahan, jossa sijaitsee se palveluntarjoaja, jonka välityksellä loukkaus on tehty.<sup>156</sup> Lisäksi useissa päätöksissä on perusteltu esitutinnan rajoittamista sillä, että palvelimen ylläpitäjän velvoittaminen luovuttamaan viestin kirjoittajan tunnistamistiedot eli IP-osoite ei vielä tarkoita, että epäillyn henkilöllisyys selviäisi, koska usea käyttäjä voi käyttää samaa IP-tunnusta. Yhdessä päätöksessä on mainittu, että kirjoittaja ei ole selvitettävissä silloinkaan, jos hän on käyttänyt yleistä internet-yhteyttä esimerkiksi kahvilassa tai kirjastossa tai jos hän on käyttänyt vpn-salausta tai TOR-verkkoa. Oletus siitä, etteivät anonyymit internet-loukkaukset ole kohtuudella tai lainkaan selvitettävissä, on vahva, eikä mainitussa tapauksessa ole toimitettu esitutkintaa pelkän salauksen tai TOR-verkon käyttämisen mahdollisuuden vuoksi. Joissain päätöksissä on viitattu Poliisihallituksen antamaan ohjeeseen, joka koskee poliisin kansainvälistä yhteistoimintaa rikoksen selvittämiseksi. Sen mukaan oikeusapupyynnön tekemistä harkittaessa

on otettava huomioon pyynnön täyttämisestä aiheutuva työmäärä suhteessa saavutettavaan hyötyyn. Esimerkiksi yksittäisen internetpetoksen selvittäminen oikeusapumenettelyllä tai rikosasian siirrolla voi olla hyvin epätodennäköistä tilanteissa, joissa tekijät ovat anonyymejä ja/tai pankkitilien avaustiedot ovat tekaistuja ja teosta on jo kulunut aikaa. Erityisesti oikeusapupyynnön tarpeellisuutta on harkittava vähäisissä asioissa eli sellaisissa jutuissa, joista ei ole odotettavissa ankarampaa

---

osittain omalla nimellä. Tapauksessa I-U/16 täysin anonyymisti esiintyneen epäillyn henkilöllisyys selvitettiin, mutta esitutkintaa ei kuitenkaan toimitettu loppuun.

<sup>156</sup> Yhdessäkään täysin anonyymisti (eli niin, ettei asianomistajalla ole edes epäilyä siitä, kuka tekijä voisi olla) tehdyssä perusmuotoisessa kunnianloukkausepäilyssä esitutkintaa ei ole toimitettu eikä oikeusapupyynnönä tehty. Yhdessä törkeänä kunnianloukkauksena tutkitussa tapauksessa oikeusapupyynnön sijaan oli tehty, mutta se ei johtanut tietojen saamiseen siksi, että sosiaalisen median profiili, jolla loukkaus esitettiin, oli jo poistettu.

rangaistusta kuin sakkoa. Rikoksen vähäisyys ei kuitenkaan aina ole oikeusapupyynnön tekemisen este, sillä perusteltu, yksittäinen sinänsä vähäinen teko voi liittyä isompaan kokonaisuuteen.<sup>157</sup>

Ohjeessa pidetään oikeusapupyynnön kannalta vähäisinä asioina kaikkia niitä rikosepäilyjä, joista ei ole odotettavissa sakkoa ankarampaa rangaistusta. Näissä oikeusapupyynnö tulisi ohjeen mukaan tehdä vain silloin, kun rikosepäily liittyy laajempaan tekokokonaisuuteen. Internetissä tehtyjen kunnianloukkausten esitutkintojen rajoittamisessa kustannusperusteella suhteellisen automaattisesti on kuitenkin kaksi keskeistä ongelmaa. Ensinnäkin tulisi pohtia, milloin tapausta voidaan tai tulisi esitutkintakustannuksista huolimatta pitää kuitenkin niin vakavana, että sitä olisi syytä tutkia. Esimerkiksi lapsiin kohdistuvat kunnianloukkaukset saattavat joissain tilanteissa olla tällaisia. Kunnianloukkauksen kohdistuminen lapseen tulisi huomioida arvioitaessa törkeän kunnianloukkauksen kvalifiointiperusteiden mutta myös törkeyden kokonaisarvion täyttymistä.<sup>158</sup> Lapseen kohdistuneita loukkauksia voitaisiin siis perustellusti pitää *lähtökohtaisesti* törkeinä. Tämän lisäksi edellä mainitussa apulaisvaltakunnansyyttäjän ratkaisussa 93/21/19 on todettu, että lapseen kohdistuvissa rikoksissa tärkeä yksityinen etu voi edellyttää esitutkinnan toimittamista, vaikka taloudellinen intressi ei olisikaan suuri. Samassa päätöksessä on lisäksi todettu, että oikeusapupyynnön tekeminen on normaali esitutkintatoimenpide eikä esitutkintaa voi automaattisesti rajoittaa siksi, että tutkinnan jatkaminen edellyttäisi oikeusapupyynnön tekemistä.

Tutkimusaineistossa on kaksi sellaista tapausta, joissa alle 18-vuotiasta lasta oli loukattu Facebook- ja Instagram-sovelluksissa niin sanotun valeprofiilin takaa niin, että tekijät jäivät tuntemattomiksi. Lisäksi yhdessä vastaavassa tapauksessa asianomistaja oli juuri täyttänyt kahdeksantoista vuotta. Kaikissa oli kyse halventavista ja seksuaalissävytteisistä loukkauksista, joita jo yksityisinä lapseen kohdistuvina viesteinäkin voidaan pitää haitallisina ja häiritsevinä, saati laajan yleisön nähtävillä jaettuina. Kaikki tapaukset on kuitenkin kirjattu perusmuotoisina kunnianloukkauksina, ja kaikissa kolmessa tapauksessa esitutkintaa on rajoitettu kustannusperusteella eikä tärkeän yksityisen edun ole katsottu edellyttävän esitutkinnan toimittamista.<sup>159</sup>

Toinen ongelma osassa kustannusperusteella rajoitetuissa internetissä tehdyissä loukkauksissa on se, ettei epäiltyyn olla yhteydessä tai asiaa sel-

<sup>157</sup> POL-2018-11061, s. 3.

<sup>158</sup> HE 19/2013 vp, s. 44–45, 49.

<sup>159</sup> Tapaukset I-U/18, I-U/87 ja S-S/97.

vitetä silloin, kun epäillyn henkilöllisyys on tiedossa tai asianomistajalla on hänen henkilöllisyydestään vahva epäily. Yhteensä seitsemässä tällaisessa aineistoon kuuluvassa tapauksessa esitutkintaa on rajoitettu oikeusapupyynnön kalleuden ja työläyden vuoksi.<sup>160</sup> Yhtä<sup>161</sup> lukuun ottamatta kaikissa näissä loukkaukset oli saatettu laajan henkilöjoukon saataville. Siitä huolimatta, että tekijästä oli vahva epäily, esitutkinnan rajoittamista on perusteltu tapauksissa sillä, että asian tutkiminen pidemmälle edellyttäisi kansainvälisen oikeusapupyynnön tekemistä ja ”esitutkintatoimien käynnistämisestä ja suorittamisesta aiheutuvat kustannukset tulisivat olemaan varsin selvässä epäsuhteessa saavutettavissa olevaan hyötyyn nähden”. Usein olisi kuitenkin mahdollista toimittaa esitutkinta tai ryhtyä esitutkintatoimenpiteisiin myös ilman oikeusapupyynnöä tai muita internet-rikoksiin liittyviä epävarmoja tai työläitä esitutkintakeinoja. Toisin sanoen tällaisissa rikosepäilyissä on myös kyse siitä, millaiset esitutkintatoimet katsotaan tarkoituksenmukaisiksi ja mahdollisiksi.

## **4.5 Rasistiset ja vähemmistöön kohdistuvat loukkaukset**

### *4.5.1 Kunniaa loukkaavaa vihapuhetta koskeva sääntely*

Rasistista kielenkäyttöä sisältävät kunnianloukkaukset valikoituivat tutkimuksessa tarkasteltavaksi teemaksi, koska niihin liittyy poikkeuksellisen paljon sellaista sääntelyä, jonka perusteella niitä ei tulisi lähtökohtaisesti pitää vähäisinä tekoina. On siis vahvoja perusteita lähteä siitä, ettei esitutkintaa pitäisi rajoittaa teon vähäisyyden perusteella silloin, kun on kyse rasistisista ja vähemmistöön kohdistuvaa vihapuhetta sisältävistä kunnianloukkauksista.

Kunnianloukkauksen voidaan katsoa aiheuttavan törkeän kunnianloukkauksen tunnusmerkistössä (RL 24:10) tarkoitettulla tavalla enemmän kärsimystä silloin, kun vihapuhetta sisältävä loukkaus kohdistuu vähemmistöryhmään kuuluvaan henkilöön. Toisaalta kokonaistörkeyttä arvioitaessa on huomioitava muun muassa se, että loukkaus sisältää rasistista ja vihapuheen kaltaista kielenkäyttöä.<sup>162</sup> Näiden lisäksi rikoksen tekeminen rotuun, ihonväriin, syntyperään, kansalliseen tai etniseen alkuperään, uskon-

<sup>160</sup> Tapaukset I-U/4, I-U/37, I-U/63, I-U/77, S-S/89, S-S/118 ja S-S/134.

<sup>161</sup> Jo aiemmin työhön ja ammattiin liittyviä loukkauksia käsiteltäessä mainittu tapaus I-U/77.

<sup>162</sup> HE 19/2013 vp, s. 49–50. Rasistisen rikoksen ja viharikoksen määrittelemisestä ks. esim. Neuvonen 2012, s. 411.

toon tai vakaumukseen, seksuaaliseen suuntautumiseen tai vammaisuuteen perustuvasta taikka niihin rinnastettavasta muusta vaikuttimesta on rangaistuksen koventamisperuste RL 6:5.1:n 4 kohdan mukaan. Nämä asiat tulisi huomioida jo rikosepäilyn kirjaamis- ja esitutkintavaiheessa.

Törkeän kunnianloukkauksen kvalifointiperusteena mainittuja vähemmistöryhmiä ei ole määritelty, mutta lienee selvää, että ainakin kaikki koventamisperusteena mainitut rodun, ihonvärin, syntyperän, kansallisuuden tai etnisen alkuperän, uskonnon tai vakaumuksen, seksuaalisen suuntautumisen tai vammaisuuden perusteella vähemmistöön kuuluvat henkilöt muodostavat esitöissä tarkoitetun vähemmistön. Esitöiden perusteella kvalifointiperusteena voidaan huomioida ”vihapuhe”, joka kohdistuu vähemmistöryhmän edustajaan.<sup>163</sup> Loukkauksen sisältö, rasistinen tai muu vihapuheen kaltainen kielenkäyttö, tulee huomioida kuitenkin myös kokonaisuutena, josta<sup>164</sup> joutuessaan arvioitaessa, joten vähemmistöryhmään kuuluvaan henkilöön kohdistuvaa, vähemmistöryhmää loukkaavaa vihapuhetta tulisi esitutkintavaiheessa aina arvioida siitä näkökulmasta, olisiko rikosepäily syytä kirjata ja tutkia törkeänä kunnianloukkauksena perusmuotoisen sijaan.

Rangaistusta määrättäessä samaa perustetta ei pitäisi käyttää sekä kvalifointiperusteena että koventamisperusteena.<sup>165</sup> Rasistinen motiivi tai muulla tavoin vähemmistöön kohdistuva vihamotiivi<sup>166</sup> rangaistuksen koventamisperusteena tulisi kuitenkin huomioida myös esitutkinta- ja syyteharkintavaiheessa, koska teon vähäisyyttä arvioitaessa on huomioitava siitä odotettavissa oleva rangaistus ja teon osoittama syyllisyys.<sup>167</sup> Tällä on merkitystä erityisesti silloin, kun tapausta ei ole kirjattu ja tutkittu törkeänä kunnianloukkauksena. Koventamisperuste viittaa myös siihen, että sen tarkoittamaa tekoa on pidettävä erityisen moitittavana. Tällaiseen teon motiiviin liittyvään moitittavuuteen on kiinnitettävä huomiota esitutkinnan rajoittamiseen liittyvässä vähäisyys- ja kustannusharkinnassa syyllisyyden näkökulmasta, mutta mahdollisesti myös tärkeää yksityistä tai yleistä etua arvioitaessa. Rasistisen motiivin tai vihamotiivin moitittavuuden ohella

<sup>163</sup> HE 19/2013 vp, s. 49/I.

<sup>164</sup> Ibid., s. 50/I.

<sup>165</sup> Ns. kaksinkertaisen kvalifioinnin kiellosta ks. HE 44/2002 vp, s. 193; HE 317/2010 vp, s. 38. Ks. myös esim. Matikkala 2021, s. 223; Saarinen 2021.

<sup>166</sup> RL 6:5.1:n 4 kohdan mukaan vihamotiivi tarkoittaa rikoksen tekemistä rotuun, ihonväriin, syntyperään, kansalliseen tai etniseen alkuperään, uskontoon tai vakaumukseen, seksuaaliseen suuntautumiseen tai vammaisuuteen perustuvasta vaikuttimesta taikka niihin rinnastettavasta muusta vaikuttimesta. Vihamotiivi on rangaistuksen mittaamiseen vaikuttava tekijä riippumatta siitä, kehen tai mihin rikos kohdistuu (HE 317/2010 vp, s. 13/II).

<sup>167</sup> Ks. esim. HE 79/1989 vp, s. 13/I, jonka mukaan ”[s]yyllisyyden arviointiin vaikuttavat muun muassa syyksiluettavuus eli tahallisuuden ja tuottamuksen eri asteet sekä useat rikoslain 6 luvussa mainituista rangaistuksen koventamis- ja lieventämisperusteista”.

rangaistuksen koventamisperusteiden esitöissä on korostettu vähemmistöryhmiin kohdistuvien rikosten keskimääräistä vakavampaa luonnetta seuraavasti:

Rikokset, jotka kohdistuvat suojaan kaipaaviin vähemmistöryhmiin, ovat keskimääräistä moitittavampia, sillä ne vaarantavat näihin ryhmiin kuuluvien asemaa, oikeuksia ja turvallisuutta tavalla, joka usein ylittää vastaaventyypin keskimääräisrikoksen edustaman haitan. Rasistisista motiiveista tehty rikos saattaa herättää uhriensa vakavia pelkotiloja, koska hän ei ole joutunut rikoksen uhriksi sattumalta, vaan sellaisen yleensä näkyvän ominaisuutensa vuoksi, joka altistaa hänet mahdollisesti jatkossakin rikoksen kohteeksi. Samoin kuin liigoittumista koskevan koventamisperusteen yhteydessä kovennus olisi myös perusteltavissa rasistisen väkivallan kasvun uhalla.<sup>168</sup>

Rasististen rikosten ja vihapuheen sääntelyn taustalla on Euroopan neuvoston tietoverkkorikoksia koskevan yleissopimuksen (SopS 60/2007) rasistisia rikoksia koskeva lisäpöytäkirja (ETS 189) ja neuvoston puitepäätös rasismien ja muukalaisvihan tiettyjen muotojen ja ilmaisujen torjumisesta rikosoikeudellisin keinoin (neuvoston puitepäätös 2008/913/YOS). Instrumenttien katsottiin edellyttävän Suomessa tiettyjä täsmennyksiä erityisesti rangaistuksen koventamisperusteita (RL 6:5) sekä kiihottamista kansanryhmää vastaan (RL 11:10) koskeviin säännöksiin,<sup>169</sup> mutta niillä on merkitystä myös kunnianloukkauksessa silloin, kun puitepäätöksessä ja lisäpöytäkirjassa tarkoitettujen tekojen kohteena on yksi tai useampi yksilöitävissä oleva henkilö tai tällaisella teolla on vihamotiivi.<sup>170</sup>

Puitepäätös velvoittaa muun muassa pitämään muukalaisvihamielisiä ja rasistisia vaikuttimia raskauttavina asianhaaroina tai huomioimaan ne tuomioistuimissa rangaistusta määrättäessä (4 artikla). Lisäksi puitepäätöksen johdannon 11 kohdan mukaan jäsenvaltioiden olisi varmistettava, että rikosten, joihin liittyy rasismia ja muukalaisvihaa, tutkinta ja syytöimet eivät edellytä tekojen uhrien tekemää rikosilmoitusta tai heidän vireille panemaansa syytettä, sillä he ovat usein erityisen haavoittuvaisia ja haluttomia oikeustoimiin. Tästä huolimatta kunnianloukkaus on Suomessa asianomistajarikos.<sup>171</sup> Hallituksen esityksessä on todettu, että ”[e]situtkin-

<sup>168</sup> HE 44/2002 vp, s. 192/II.

<sup>169</sup> HE 317/2010 vp.

<sup>170</sup> Ibid., esim. s. 36/I; HE 19/2013 vp, s. 21/I.

<sup>171</sup> Puitepäätöksen rikoksesta ilmoittamista ja syytöimiä koskeva 8 artikla on kuitenkin rajattu vain kaikkein vakaviimpiin tapauksiin ja julkiseen yllyttämiseen väkivaltaan tai vihaan sekä muun muassa ihmisyyttä vastaan kohdistuvien rikosten vähättelyyn (8 artiklan



nan toimittaminen ja syytteen nostaminen voi kuitenkin poikkeuksellisesti tulla mahdolliseksi, vaikkei asianomistaja esittäisikään syyttämispyyntöä. Kunnianloukkauksrikosten osalta valtakunnansyyttäjä voi rikoslain 24 luvun 12 §:n 2 momentin nojalla antaa määräyksen syytteen nostamisesta, jos rikos on tapahtunut joukkotiedotusvälinettä käyttäen ja erittäin tärkeä yleinen etu vaatii syytteen nostamista.”<sup>172</sup> Käytännössä tämän merkitys on kuitenkin vähäinen, ja Suomi on saanut vuonna 2021 Euroopan komissiolta muistutuksen asiasta. Komission mukaan Suomessa ei ”ole kriminalisoitu vihapuhetta, joka kohdistuu rodun, ihonvärin, uskonnon, syntyperän taikka kansallisen tai etnisen alkuperän mukaan määräytyvän ihmisryhmän yksittäiseen jäseneseen. -- Suomessa ei myöskään ole varmistettu, että rasismiin ja muukalaisvihaan liittyviä rikoksia voidaan tutkia ja niistä voidaan nostaa syytteet ilman uhrin tekemää ilmoitusta tai syytöstä.”<sup>173</sup>

Puitepäätös on huomioitu törkeää kunnianloukkausta koskevan sääntelyn taustalla ja Suomen rikoslainsäädännön on todettu täyttävän näiltä osin puitepäätöksen ja lisäpöytäkirjan vaatimukset, minkä lisäksi EU-oikeuden tulkintavaikutus edellyttää joka tapauksessa huomioimaan puitepäätöksen säännöksiä sovellettaessa. Puitepäätös korostaa rasististen ja vihaa lietsovien ilmaisujen vakavuutta, tällaisten rikosten kohteeksi joutuneiden haavoittuvuutta ja haluttomuutta oikeustoimiin sekä tarvetta huomioida rikosten rasistiset vaikuttimet raskauttavina asianhaaroina rangaistusta määrätessä. Nämä kaikki seikat korostavat sitä jo sinänsä törkeää kunnianloukkausta koskevan sääntelyn perusteella selvää lähtökohtaa, että rasistiseen ja muuhun vähemmistöön kohdistuvaan vihapuheeseen on suhtauduttava erityisen vakavasti. Rasististen rikosten moitittavuutta korostaa kuitenkin lisäksi se, että Euroopan ihmisoikeustuomioistuin hyväksyy vankeusrangaistuksen käytön kunnianloukkauksissa tietyissä tapauksissa, joista yksi on nimenomaan vihapuhe ja väkivaltaan yllyttäminen.<sup>174</sup> Ilmaisurikosten uudistamiseen liittyvässä hallituksen esityksessä on mainittu puitepäätökseen ja lisäpöytäkirjaan viitaten, että perustekomuotoisessa kunnianloukkauksessa ei tarvita vankeusrangaistuksen uhkaa, koska törkeässä tekemuodossa se kuitenkin on, ja rasistiset rikokset voivat täyttää törkeän kunnianloukkauksen tunnusmerkistön.<sup>175</sup>

---

viittaus 1 ja 2 artikloihin). Yksittäisiin henkilöihin kohdistuvat loukkaukset eivät siksi kuulu mainitun artiklan sääntelyvelvoitteiden alaan, eikä sitä pidetty ongelmallisena, että kunnianloukkaukset ovat asianomistajarikoksia. HE 317/2010 vp, s. 36/I.

<sup>172</sup> Ibid.

<sup>173</sup> Euroopan komissio 18.2.2021, Viralliset ilmoitukset, Rasismin ja muukalaisvihan torjuminen.

<sup>174</sup> Päätöslauselma 1577/2007. Ks. myös HE 19/2013 vp, s. 20–21.

<sup>175</sup> HE 19/2013 vp, s. 20–21.

Sääntelyn perusteella on siis poikkeuksellisen vahvat ja yksiselitteiset perusteet pitää rasistista tai vähemmistöön kohdistuvaa vihapuhetta sisältäviä kunnianloukkauksia keskimääräistä vakavampina tai jopa törkeinä kunnianloukkauksina. Silloin kun tällaisia rikosepäilyjä pidetään ja ne kirjataan perusmuotoisina kunnianloukkauksina, tulisi esitutinnan toimittamista koskevassa harkinnassa huomioida tällaisten tekojen suurempi moitittavuus. Toisin sanoen tulisi olla hyvin vahvoja perusteita katsoa tällainen loukkaus esitutkintavaiheessa *perusmuotoisena kunnianloukkauksena vähäiseksi* teoksi niin, ettei edes tärkeän yleisen edun katsottaisi puoltavan esitutinnan toimittamista. Muussa tapauksessa sääntelyssä painotettu vakava suhtautuminen tämän tyyppisiin rikoksiin ja näiden rikosten uhrien oikeuksien turvaaminen tai yleisempi tavoite ja tarve paheksunnan ilmaisemisesta vihapuhetta kohtaan ei voi käytännössä toteutua.

#### 4.5.2 Valtakunnansyyttäjän toimiston ratkaisuja

Osana syyttäjän toimien laadun ja yhdenmukaisuuden valvontaa (laki Syyttäjälaitoksesta 11.1.2019/32, 2:11–12), valtakunnansyyttäjän toimisto käsittelee syyttäjien menettelystä ja ratkaisuista tehtyjä muutoshakintapyyntöjä ja kanteluita.<sup>176</sup> Esitutinnan rajoittamista koskevia valtakunnan- ja apulaisvaltakunnansyyttäjän ratkaisuja on aika paljon, ja olemme käyneet tätä tutkimusta varten läpi vain joitain valikoituja tutkimusaiheeseen liittyviä ratkaisuja. Vaikka syyttäjän toimien laadun ja yhdenmukaisuuden valvonta on valtakunnansyyttäjän toimiston nimenomainen tehtävä, vaikuttaa siltä, ettei sen omakaan käytäntö ole ainakaan rasismiin ja vihapuheeseen liittyvissä kysymyksissä aivan yhdenmukaista.

Valtakunnansyyttäjän kunnianloukkausasiaa koskevassa päätöksessä 315/21/18 on osittain kyse rasismista ja sen merkityksestä teon vähäisyyttä arvioitaessa. Tapauksessa epäilty oli lähettänyt poliisille sähköpostiviestin, jossa arvosteli poliisin toimintaa yleisesti osittain epäasiallisia ilmaisuja käyttäen ja esitti myös henkilöön meneviä loukkauksia kyseistä poliisia kohtaan. Viesti liittyi tuolloin näkyvästi julkisuudessa käsiteltyyn rasistisista rikoksista epäillyn henkilön laajaan rikostutkintaan. Kyseinen poliisi toimi asiassa tutkinnanjohtajana. Kihlakunnansyyttäjä teki päätöksen esitutinnan rajoittamisesta vähäisyysperusteella perustellen vähäisyyttä sillä, että viesti liittyi pikemminkin loukkauksen kohteen työhön ja julkiseen virkaan kuin häneen yksityishenkilönä eikä ylittänyt sitä, mitä julkisessa

<sup>176</sup> Ks. myös Syyttäjälaitoksen työjärjestys, Dnro 78/14/19.

virassa olevan on siedettävä. Lisäksi perusteluiden mukaan kyse oli yksittäisestä, kahdenvälisestä sähköpostista eivätkä osapuolet tunteneet toisiaan.

Asianomistajan tehtyä muutosharkintapyynnön valtakunnansyyttäjälle valtakunnansyyttäjä otti asian uudelleen ratkaistavakseen ja arvioi sitä toisin kuin kihlakunnansyyttäjä. Epäillyn lähettämässä sähköpostiviestissä ei ollut käytetty rasistisia tai vihapuheeseen viittaavia ilmaisuja eikä viitattu millään tavalla siihen, että tutkinnan kohteena olevaa henkilöä epäiltiin nimenomaan rasistisista rikoksista ja että kritiikki kohdistuisi tutkintaan ja tutkinnanjohtajaan siitä syystä, että tutkinnan kohteena oli rasistisia rikoksia.<sup>177</sup> Valtakunnansyyttäjä kuitenkin antoi asialle ratkaisussaan merkitystä ja perusteli muiden syiden ohella oletetun rasistisen motiivin vaikuttavan siihen, ettei tekoa voida pitää vähäisenä ja esitutkintaa rajoittaa vähäisyysperusteella. Ratkaisussa huomioitiin puitepäätöksen tulkintavaikutus sekä se, että rasistisia vaikuttimia on pidettävä raskauttavana asianhaarana rikoksen laatuun katsomatta ja riippumatta siitä, keneen tai mihin rikos kohdistuu. Ratkaisussa on todettu hallituksen esitykseen (HE 317/2010 vp) viitaten, että rasistisesta vaikuttimesta tehty rikos voi olla yhtä moitittavaa kohdistuessaan johonkin muuhun henkilöön, kuten esimerkiksi rasistista kiihottamista ja väkivaltaa vastustavaan henkilöön tai rasistiseksi epäiltyä rikosta selvittävään viranomaiseen. Ratkaisussa tämän on todettu olevan teon vähäisyyttä vastaan vahvasti puhuva seikka.

Lisäksi valtakunnansyyttäjä katsoi tärkeän yleisen edun puoltavan esitutkinnan jatkamista kyseisessä tapauksessa osittain oletetusta rasismista johtuen. Tapausta pidettiin osana niin sanottua rasistista maalittamista, ”jonka laajeneminen ja yleistyminen on pelättävissä. Siinä rasistisia rikoksia käsittelevät poliisit, syyttäjät ja tuomarit joutuvat erilaisten viestinnällisten hyökkäysten, esimerkiksi sosiaalisessa mediassa toteutettujen parjauuskampanioiden [sic] kohteeksi. Tämän kaltaisen vaarallisen ilmiön torjumiseksi ja voimistumisen ehkäisemiseksi tärkeä yleinen etu vaatii esitutkinnan jatkamista.”

Sen sijaan kaksi vuotta tämän ratkaisun jälkeen annetussa apulaisvaltakunnansyyttäjän ratkaisussa (270/21/20) rasismia ei ole huomioitu lainkaan, vaikka siihen olisi ollut ilmeiset perusteet. Tapauksessa asianomistajaa kohti oli heitelty pieniä esineitä ja hänelle oli huudeltu rasistisia loukkauksia. Asia tutkittiin kunnianloukkauksena ja vaaran aiheuttamisena, mutta aluesyyttäjän päätöksen mukaan esitutkintaa rajoitettiin ETL 3 luvun 10 §:n 2 momentin kustannusperusteella. Apulaisvaltakunnansyyttäjän

<sup>177</sup> Tapaus sisältyy myös tutkimuksen aineistoon, joten käytettävissämme on ollut asiasta laajemmat tiedot kuin pelkästään se, mitä valtakunnansyyttäjän ratkaisusta käy ilmi.

ratkaisun mukaan esitutinnan rajoittaminen olisi tullut tehdä ROL 1 luvun 7 §:n 1 kohdan vähäisyysperusteella, mutta kumpikin viranomaisen argumentoi joka tapauksessa sen puolesta, että rikokset olivat vähäisiä tai poikkeuksellisen lieviä.

Tapauksen tiedoista käy ilmi, että huutelu oli ollut avoimen rasistista. Vaikuttaa kuitenkin siltä, että tapauksessa ei ole tunnistettu tai huomioitu lainkaan teon rasistisen motiivin, vähemmistöön kohdistumisen tai ilmaisen sisältämän rasistisen vihapuheen oikeudellista merkitystä. Näiden tunnistaminen ja huomioiminen olisi voinut tai sen olisi pitänyt vaikuttaa ratkaisun lopputulokseen. Edellisessä tapauksessa rasismia pidettiin vahvasti vähäisyyttä vastaan puhuvana seikkana sekä yleisen edun arvioimisen kannalta merkityksellisenä siitä huolimatta, että tapauksessa rasismi oli epäsuoraa tai pelkästään kontekstin perusteella oletettua eikä loukkaus kohdistunut vähemmistöryhmään kuuluvaan henkilöön.

Jälkimmäisessä tapauksessa on todettu vaaran aiheuttamisesta, että teko hädin tuskin täyttää tunnusmerkistön, ja puolestaan kunnianloukkausta on pidetty vähäisenä, koska tapauksessa oli kyse yksittäisestä huutelusta, jolla ei ollut laajaa yleisöä. Rasismi huomioiden tapaus olisi kuitenkin voinut tulla arvioiduksi lähtökohtaisesti jopa törkeänä kunnianloukkauksena, mutta tätä olisi puoltanut myös se, että huutelun yhteydessä teon kohdetta heiteltiin tavaroilla. Nimittäin vähemmistöön kohdistuvan vihapuheen lisäksi kunnianloukkauksessa ankaroittamisperusteen käyttö voi hallituksen esityksen mukaan tulla kyseeseen myös silloin, kun kunnianloukkaukseen sisältyy ilmaisu väkivallan käyttämisestä loukattua kohtaan.<sup>178</sup> Erityisesti kun katsottiin, että vaaran aiheuttamisteko (esineiden heitteleminen) oli niin vähäinen, että tunnusmerkistö ei välttämättä edes täytyisi, olisi ollut perusteita huomioida teko osana kvalifointiperusteita kunnianloukkauksessa. Joka tapauksessa teon pitäminen perusmuotoisena kunnianloukkauksena rikoslajissaan vähäisenä on vastoin edellä mainittujen EU-sääntelyinstrumenttien sekä RL 6 luvun 5 §:n rangaistuksen koventamisperusteiden ja yleisen edun sekä siihen liitettävän preventiotavoitteen tarkoitusta.

Tapaukset ovat hyvin erityyppisiä, eikä tarkoituksemme ole vertailla tekojen vakavuutta keskenään vaan kiinnittää huomiota rasismille ja vihapuheelle päätöksissä annettuun oikeudelliseen merkitykseen. Ratkaisujen perusteella edes valtakunnansyyttäjän toimiston linja rasististen rikosten esitutkintaa koskevissa tapauksissa ei ole yhtenäinen ja vihapuheen pahek-

---

<sup>178</sup> HE 19/2013 vp, s. 49/I. Mainittu kriteeri on kuitenkin epämääräinen ja tulkinnanvarainen, koska silloin kun on kyse avoimesta uhkauksesta, kirjataan yleensä myös laitton uhkaus tai jokin muu rikos (esim. vaaran aiheuttaminen), ja muissa tapauksissa ei ole ollenkaan selvää, onko kyse esitöissä tarkoitettusta väkivallan ilmauksesta.

suttavuutta korostavan sääntelyn kannalta perusteltu. On epäjohdonmukais- ta, että rasismille on annettu harkinnassa merkittävä painoarvo tapaukses- sa, jossa yksityiseen sähköpostiin sisältynyt ilmaisu ei sisältänyt mitään avoimen rasistista ja loukkaus ei kohdistunut vähemmistön edustajaan vaan virkatehtävää hoitavaan viranomaiseen, jonka on siedettävä kovem- paa kritiikkiä ja arvostelua kuin muiden<sup>179</sup>. Puolestaan toisessa, avoimen rasistisessa, väkivallan uhkaa sisältäneessä ja vähemmistöryhmän edusta- jaan kohdistuneessa teossa, jolla oli myös muita kuulijoita, rasismia ei ole huomioitu lainkaan ja teko(j)a on pidetty vähäisenä. Esimerkit osoittavat, että rasismia ja muuta vihapuhetta ei huomioida esitutkinnan rajoittamisesta päätettäessä järjestelmällisesti, vaan asian huomioimisessa ja sille an- netussa oikeudellisessa merkityksessä on vaihtelua jopa valtakunnansyyttä- jän toimiston ratkaisuisissa, joiden tulisi kuitenkin ohjata syyttäjien toiminta- ta päätöksentekoa.

#### *4.5.3 Soveltamiskäytäntö tutkimusaineistoon kuuluvissa tapauksissa*

Törkeinä kunnianloukkauksina kirjatuisissa kahdeksassa aineistoomme kuu- luneessa tapauksessa ei ollut mukana yhtään rasistista tai vähemmistöön kohdistuvaa vihapuhetta sisältävää loukkausta. Tunnistimme tutkimuksem- me aineistosta perusmuotoisina kirjatuisista kunnianloukkauksista yhteensä vain<sup>180</sup> yhdeksän tapausta, joissa loukkaukseen liittyi rasistinen ilmaus tai motiivi. Tunnistamista vaikeuttaa ensinnäkin se, että poliisin kirjaamista tiedoista saattaa puuttua tarkat tiedot ilmaisun sisällöstä. Teko on voitu kir- jata esimerkiksi niin, että asianomistaja on ilmoittanut toisen haukkuneen häntä ja hänen perhettään Facebookissa ilman, että kirjauksessa on tietoa, millaisia ilmauksia haukkumisessa tarkalleen ottaen käytettiin. Toiseksi te- oissa voi olla rasistinen motiivi, vaikka loukkaus itsessään ei sisällä rasistis- ta ilmausta tai motiivi ei ilmauksesta itsestään käy ilmi, mutta näitä on käy- tännössä mahdotonta tunnistaa esitutkinta-aineiston perusteella.

Aineistossamme on mukana tapaus (I-U/19), jossa esitetty ilmaus itses- sään ei sisällä mitään rasistista tai rasistisiin motiiveihin viittaavaa kielen-

<sup>179</sup> Vrt. RL 24:9.3 ja säännöksen esityöt (HE 19/2013 vp, s. 47–48) sekä esim. KKO 2007:70.

<sup>180</sup> Rasistisista motiiveista tehdyt rikokset ovat ylipäänsä aliraportoituja, ks. esim. OM 7/2016. Vaikuttaa kuitenkin siltä, että poliisin tietoon tulleiden vihapuhetta sisältävien kun- nianloukkausten määrä on yli kaksinkertaistunut vuosien 2006 ja 2017 välillä ja samaan aikaan näiden rikosten selvitysprosentti on laskenut 52 %:sta 17 %:iin. Selvityksen perus- teella kunnianloukkaus on ollut toiseksi yleisin viharikos. Juutinen 2021, s. 19 ja 41.

käyttöä eikä asianomistaja tietävästi kuulu mihinkään etniseen tai kansalliseen vähemmistöryhmään, mutta asianomistaja on kuulustelussa ilmoittanut, että teko tehtiin rasistisista motiiveista. Kuulustelussa häneltä ei ole pyydetty asiaan tarkennusta tai perusteluja. Epäilty puolestaan on kiistänyt rasistisen motiivin. Tapaus ei ole mukana rasistisiksi tunnistamissamme loukkauksissa, koska väitteelle ei ole löydettävissä tukea tapauksen tiedoista. Teko saattaa kuitenkin olla tehty rasistisista motiiveista, ja samoin aineistossa voi olla muita tapauksia, joissa rasismi on jäänyt ilmoittamatta tai tunnistamatta joko asianosaisilta, poliisilta tai omassa analyysissämme.

Aineistosta tunnistetuista rasistisista loukkauksista kaksi liittyy asianomistajan todelliseen tai oletettuun kansallisuuteen ja seitsemän asianomistajan etniseen alkuperään tai ihonväriin (osassa kansallisuuden ohella). Yhdessäkään aineistoon kuuluneessa rasistiseksi tunnistetussa tapauksessa ei ole viitteitä siitä, että sen kirjaamista ja tutkimista törkeänä kunnianloukkauksena olisi harkittu. Esitutkinta on toimitettu vain kahdessa tapauksessa<sup>181</sup>, ja esitutkinta on rajoitettu seitsemässä tapauksessa<sup>182</sup>. Toisessa tutkituista tapauksista (I-U/47–48) on kyse naapurusten välisestä pidempiaikaisesta kiistasta, jonka aikana molemmin puolin oli väitetysti loukattu toista ja tehty muuta kiusaa: toista osapuolta epäiltiin kunnianloukkauksesta ja toista lievistä pahoinpitelystä. Esitetyt loukkaukset olivat rasistisia, mutta asiaan ei kiinnitetty esitutkinnassa mitään huomiota eikä ole viitteitä siitä, että esitutkinta olisi toimitettu edes osittain rasismin vuoksi. Puolestaan toisessa tutkitussa tapauksessa (I-U/17) epäilty oli nimittellyt asianomistajaa rasistisesti ja läpsäissyt tätä julkisella paikalla. Osapuolet eivät tunteneet toisiaan. Tilanteesta on kirjattu kunnianloukkauksen lisäksi lievä pahoinpitely, ja epäilty oli ilmoittanut tekonsa motiiviksi sen, että hän on ”osittain rasisti”.

Ongelmallisempia ovat kuitenkin ne seitsemän tapausta, joissa rasismiin ja mahdollisesti muihinkaan teon vakavuuteen viittaaviin piirteisiin ei ole kiinnitetty huomiota ja esitutkinta on rajoitettu. Tapaukset eivät ole selvästi vähäisempiä kuin edellä mainitut tapaukset, joissa esitutkinta on toimitettu; erityisesti ensin mainitussa tapauksessa provosoinnille olisi voitu antaa merkitystä teon vähäisyyttä arvioitaessa.

Kahdessa näistä aineistoon kuuluneista rasistisista loukkauksista, joissa esitutkinta on rajoitettu, tekokokonaisuuksissa oli mukana kunnianloukkauksen lisäksi vakavampana rikoksena laitton uhkaus (RL 25:7) ja toisessa myös niskoittelu poliisia vastaan (RL 15:4). Toisessa tapauksessa esitut-

<sup>181</sup> Näistä kumpikin on tutkittu Itä-Uudenmaan poliisilaitoksella.

<sup>182</sup> Näistä neljä tapausta on kirjattu Itä-Uudenmaan, kaksi Sisä-Suomen ja yksi tapaus Itä-Suomen poliisilaitoksella.

kinnan rajoittamisperusteena oli nuoruus ja toisessa vähäisyys. Teoilla ei selvitysten perusteella ollut muuta tarkoitusta tai motiivia kuin toisen loukkaaminen ja rasismi, ja tilanteet olivat kohteilleen uhkaavia. Kumpaankin tekoon osallistui tunnistetun epäillyn lisäksi muitakin henkilöitä, mikä korosti tilanteiden pelottavuutta niissä yksin olleille asianomistajille. Vähäisyysperusteella rajoitetussa tapauksessa (I-U/45) epäillyt olivat miehiä, jotka uhkasivat naisasianomistajaa tapolla tämän kotitalon ovella estäen samalla asianomistajaa sulkemasta ovea. Yksi epäillyistä oli uhkaillut ja solvannut asianomistajaa rasistisesti ja sukupuolta halventavalla tavalla jo aiemminkin. Ainakin rasismi, ilmeinen loukkaamistarkoitus, tapolla uhkaaminen sekä toistuvuus huomioiden tekojen pitämistä vähäisenä ei voida pitää perusteltuna. Nuoruusperusteella rajoitetussa esitutkinnassa (I-U/11) puolestaan teon vakavana pitämistä olisi puoltanut rasismin, uhkaamisen ja loukkaamistarkoituksen lisäksi asianomistajan alaikäisyys. Asianomistaja oli 12-vuotias ja useita vuosia epäiltyä nuorempi. Kummassakaan tapauksessa näitä piirteitä ei ole tuotu esiin tekojen törkeyttä tai edes teon vakavuutta ja esitutkinnan toimittamista puoltavina seikkoina.

Lopuissa viidessä rasistiseksi tunnistetussa loukkauksessa, joissa esitutkintaa on rajoitettu, oli kyse pelkästä kunnianloukkauksesta tai sen lisäksi muista sakolla rangaistavista rikoksista. Näistä yhdessä tapauksessa esitutkintaa on rajoitettu kustannusperusteella ja neljässä harkinnanvaraisilla perusteilla. Harkinnanvaraisilla perusteilla tehdyistä rajoituspäätöksistä kolme on tehty vähäisyys- ja yksi nuoruusperusteella. Nuoruusperusteella rajoitetussa esitutkinnassa (I-S/150) on kyse tapauksesta, jossa 15-vuotias epäilty oli haukkunut asianomistajaa käyttäen rasistista ilmaisua sekä käyttäytynyt aggressiivisesti. Esitutkinnan rajoittamispäätöksessä huomioitiin myös epäillyn halukkuus sovitella asiaa, mihin asianomistaja ei kuitenkaan suostunut. Loukkauksessa, jonka esitutkintaa (I-U/27) rajoitettiin kustannusperusteella, oli kyse tuntemattomaksi jääneen henkilön YouTubeen lataamasta videosta, jolla esiintyvää asianomistajaa oli kuvailtu rasistisella ilmaisulla.

Vähäisyysperusteella rajoitetuista tapauksista yhdessä (I-U/9) oli kyse perheen sisäisestä riitatilanteesta, jossa yhtä perheenjäsentä oli haukuttu muun muassa rasistista ilmaisua käyttäen toisen perheenjäsenen kuullen. Toisessa tapauksessa (S-S/143) epäilty oli huutanut asianomistajalle tämän työpaikalla julkisessa tilassa rasistisia loukkauksia. Esitutkinnan rajoittamista vähäisyyden perusteella on jälkimmäisessä tapauksessa perusteltu sillä, että ”rikosta on sen haitallisuus ja siitä ilmenevä tekijän syyllisyys huomioon ottaen pidettävä kokonaisuutena arvostellen vähäisenä”. Lisäksi päätöksessä on mainittu, että loukkaukset tulivat vain asianomistajan ja

tämän esimiehen tietoon ja että teosta ei ole aiheutunut *konkreettista vahinkoa*<sup>183</sup> ja siitä mahdollisesti aiheutunut kärsimys on *yleisen elämäkokemuksen perusteella arvioituna* vähäistä. Perustelut ovat ristiriidassa sen hallituksen esityksen maininnan kanssa, että vähemmistöryhmiin kuului henkilöihin kohdistuvat rikokset usein ylittävät vastaaventyypin keskimääräisrikkoksen edustaman haitan.<sup>184</sup> Vastaavanlainen perustelu kärsimyksen vähäisyydestä yleisen elämäkokemuksen perusteella arvioituna on myös kolmannessa rasistisesta loukkauksesta vähäisyysperusteella tehdyssä esitutkinnan rajoittamispäätöksessä. Tapauksessa (S-S/124) entinen puoliso oli haukkunut asianomistajaa Facebookissa rasistista ilmaisua käyttäen ja toivoen tämän sairastumista ja kuolemaa. Julkaisu oli poistettu, mutta se oli ehtinyt olla nähtävillä 23 päivän ajan ja asianomistaja katsoi tulleen helposti tunnistetuksi loukkauksen perusteella, vaikka siinä ei mainittu hänen nimeänsä.

Aineiston perusteella vaikuttaa siltä, että esitutkintavaiheessa esitutkintaviranomaiset eivät kiinnittä riittävästi huomiota rasismiin tai tunnista sitä ja sen merkitystä teon törkeyttä, vähäisyyttä ja kustannusten epäsuhtaisuutta sekä tärkeää yleistä ja yksityistä etua arvioidessaan.<sup>185</sup> Tähän viittaa esitutkinnan rajoittaminen suurimmassa osassa tapauksista ja loukkausten kirjaaminen säännönmukaisesti perusmuotoisina kunnianloukkauksina. Lisäksi puutteisiin tunnistamisessa ja huomioimisessa viittaa se, ettei esitutkinnan rajoittamispäätöksissä ole mainittu rasismia – päätöksissä saataan vedota yleiseen elämäkokemukseen ja kärsimyksen vähäisyyteen, vaikka rasistisissa ja vähemmistöihin kohdistuvissa loukkauksissa ei lähtökohtaisesti pitäisi olla kyse näiden arvioimisesta.

Rasismien oikeudellisen merkityksen puutteelliseen tunnistamiseen ja huomioimiseen viittaa myös se, että asia ohitetaan esitutkinnassa osapuolia kuultaessa. Tekoon liittyvä rasismi tulee esille kahdessa aineistoon kuuluvassa tapauksessa kuulustelujen yhteydessä. Ensinnäkin edellä mainitussa tapauksessa, jossa kuulustelussa epäilty itse ilmoitti tekonsa motiiviksi sen, että hän on ”osittain rasisti”, ei kuitenkaan ollut kyse siitä, että asiaa

<sup>183</sup> Ilmaus tai jopa edellytys ”konkreettisesta vahingosta” on erikoinen kunnianloukkausrikkoksen yhteydessä, eikä päätöksen perusteluista selviä, mitä sillä tarkoitetaan.

<sup>184</sup> HE 44/2002 vp, s. 192/II.

<sup>185</sup> Ks. myös Juutinen 2021, s. 21–23. Selvityksessä viharikoksiksi tunnistetuista kunnianloukkauksista poliisi oli merkinnyt viharikoksiksi vain 21 % (vuosi 2017). Toisaalta myös selvityksessä (esim. s. 10–11, 26) on hieman harhaanjohtavasti todettu, että koska vihamotiivi ei kuulu mm. kunnianloukkauksen tunnusmerkistöön, motiivia ja sen merkitystä on arvioitava lähinnä kovenantamisperusteen näkökulmasta. Siinäkin ei siis ole huomioitu sitä, että vihamotiivi saattaa olla peruste katsoa teko törkeäksi kunnianloukkaukseksi, jolloin se on myös tunnusmerkistön valintaan liittyvä kysymys.



olisi kysytty ja käsitelty viranomaisen aloitteesta. Toisessa edellä käsitellyssä tapauksessa, jossa asianomistaja väitti loukkauksen olleen rasistinen mutta rasismi ei millään tavalla käynyt ilmi käytetyistä ilmaisuista tai kontekstista, väitettä ei kyseenalaistettu tai pyydetty asianomistajaa tarkentamaan tai perustelevaan väitettään.<sup>186</sup> Väitteen jättäminen huomiotta viittaa siihen, ettei esitutkintaviranomainen ole pitänyt sitä tutkittavan asian kannalta relevanttina.

## 5 JOHTOPÄÄTÖKSET

Esitutinnan rajoittamisen päätöskäytäntö kunnianloukkauksrikoksissa ei ole ennakoitavaa ja yhtenäistä tai yhdenvertaista vaan vaikuttaa ennen kaikkea sattumanvaraiselta. Tietty ja suhteellisen vakiintunut, joskin aika pieni osa perusmuotoisista kunnianloukkausepäilyistä etenee syyttäjälle vuosittain, mutta linja ei ole yhtenäinen siltä osin, millaiset tapaukset valikoituvat prosessissa eteenpäin, kuinka suuri osa tapauksista eri poliisilaitoksilla etenee prosessissa ja millä perusteella esitutkintaa rajoitetaan. Käytäntö on epäyhtenäinen myös sen suhteen, mitkä rikosepäilyt kirjataan ja tutkitaan törkeinä ja mitkä perusmuotoisina kunnianloukkauksina.

Päätöskäytännön sattumanvaraisuus ja epäjohtonmukaisuus johtunee osittain siitä, että lainsäädännössä on asetettu hyvin väljät raamit kunnianloukkausepäilyjen vähäisyyttä ja niiden esitutkintakustannusten epäsuhtaisuutta koskevalle arvioinnille. Sääntelyssä on paljon tulkinnan- ja harkinnanvaraisuutta, jolloin yksittäisessä tapauksessa voidaan päätyä perustelustikin hyvin erilaisiin lopputuloksiin. Tulkinnanvaraisuutta on niin kunnianloukkauksrikoksen vähäisyyden ja vakavuuden arvioimisessa kuin esitutkintaa koskevissa säännöksissäkin. Tämän lisäksi esitutkintalain systematiikka on osittain epäselvä, mikä saattaa myös osaltaan vaikuttaa käytännön epäyhtenäisyyteen.

Keskusteltaessa toimenpiteistä luopumisen sääntelystä rikosprosessissa on jo pitkään pohdittu sitä, ovatko legalistinen kulttuuri ja esitutkinta- tai syytepakkeriaate Suomessa murtumassa. Tämän tutkimuksen ja tutkimuksessa tarkastellun aineiston perusteella ei ole realistista puhua legalismista eikä esitutkintapakosta. Esitutkinnan toimittamista ja rajoittamista koskeva sääntely sisältää niin paljon harkinnanvaraa erityisesti vähäisemmissä rikoslajeissa, että legalismin tai esitutkintapakon ajatus ei millään tavalla kuvaa edes sääntelyä, saati käytäntöä. Nykyinen sääntely ja ohjeis-

<sup>186</sup> Rikosten vaikuttimien selvittämisestä kuulusteluissa ks. myös Juutinen 2021, s. 25–28.

tus eivät selvästikään riitä takaamaan yhtenäistä päätöskäytäntöä esitutkintavaiheessa, ja näyttää siltä, että aiemmat havainnot ja viitteet esitutkinnan rajoittamista koskevan sääntelyn tulkinnanvaraisuudesta ja päätöskäytännön epäyhtenäisyydestä pitävät paikkansa tai ovat jopa pahentuneet.<sup>187</sup>

Toisaalta aineistomme perusteella valtaosa perusmuotoisista kunnianloukkauksista todella on suhteellisen vähäisiä rikoksia, joiden käsittelemiseen pitkä ja kallis rikosprosessi ei välttämättä ole mielekäs. Ongelmat eivät kuitenkaan ole esimerkiksi siinä, että vähäisiä rikoksia pitäisi ”esitutkintapakon” vuoksi tutkia silloinkin, kun esitutkinta katsottaisiin epätarkoituksenmukaiseksi.<sup>188</sup> Vaikuttaa pikemminkin siltä, että ratkaisuja esitutkinnan rajoittamisesta tehdään osittain puutteellisilla tai hyvin vähäisillä tiedoilla rikosepäilyistä, jolloin saattaa jäädä tunnistamatta vakaviakin tekoja tai teon vakavampaan luonteeseen viittaavia piirteitä tai yksittäisen loukkauksen liittyminen laajempaan häirintään. Tähän viittaa myös esimerkiksi se, että esitutkinnan rajoittamista koskevien päätösten perusteissa on usein vedottu vähäisyyden tueksi siihen, että kyse on yksittäisestä teosta, vaikka rikosilmoituksen tiedoista käy selvästi ilmi, että loukkaukset ja erilainen häirintä on ollut jatkuvaa tai toistuvaa.

Esitutkintaa koskevan sääntelyn tulkinnanvaraisuus tai epäselvyys ei siten selitä käytännön epäjohdonmukaisuutta kokonaan, mutta sama koskee myös kunnianloukkausrikosten vähäisyyteen tai vakavuuteen liittyvää harkintaa. Kunnianloukkausteon vähäisyyden arvioimiseen sisältyy paljon harkinnanvaraa, mutta esitutkintavaiheessa ei aina huomioida aivan ilmeisiäkään teon vähäisyyteen tai vakavuuteen viittaavia seikkoja, kuten provosoimista vähäisyyden perusteena tai kunnianloukkaukseen sisältyvää rasismia tai vihapuhetta teon vakavuuden puolesta puhuvana seikkana. Tarkoitus puuttua vihapuheeseen ja huomioida vihapuheen ja rasististen loukkausten erityinen paheksuttavuus on sääntelyn perusteella selvä, mutta tästä huolimatta vaikuttaa siltä, että asiaan kiinnitetään huomiota vain harvoin ja rasistisia loukkauksia pidetään usein vähäisinä kunnianloukkauksina. Esitutkinnan rajoittamiskäytäntö ei siten vastaa täysin rikoslain ja esitutkintaa koskevan sääntelyn asettamia edellytyksiä ja lain tarkoitusta.

Päätöskäytäntö näyttäisi olevan edes jossain määrin yhtenäinen vain anonymisti internetin keskustelupalstalla tai sosiaalisen median sovelluksissa esitetyissä loukkauksissa, joissa esitutkintaa ei yleensä toimiteta. Internet-loukkausten tutkimatta jättämiseen on kuitenkin syytä kiinnittää huomiota. Niiden osuus kaikista viranomaisten tietoon tulleista kunnian-

<sup>187</sup> Nissinen 2007.

<sup>188</sup> Vrt. Tolvanen 2020, s. 33.

loukkausepäilyistä on suuri, ja oletettavasti niiden tai muiden internetissä tehtävien rikosten määrä ja merkitys eivät ole jatkossakaan vähenemässä. Lisäksi se, että loukkaus on esitetty internetissä, tarkoittaa usein sen leviämistä laajan henkilöpiiriin tietoon, ja sitä kautta tämän tyyppiset loukkaukset ovat omiaan aiheuttamaan jo lähtökohtaisestikin suurempaa kärsimystä kohteelleen kuin muut loukkaukset. Toisaalta internetissä tehdyissä, mahdollisesti laajaakin julkisuutta saavissa rikoksissa myös yleiselle edulle tulisi antaa merkitystä esitutinnan toimittamista harkittaessa. Rikoksissa, joista suurin osa jää vähäisinä tutkimatta mutta jotka kuitenkin tehdään usein julkisesti, esitutkintakäytännöllä voi olla merkittävä rooli sen suhteen, millaista käyttäytymistä ja kielenkäyttöä siedetään ja pidetään yleisesti hyväksyttävänä. Tämä puolestaan vaikuttaa vähemmistöjen asemaan ja kohteluun sekä mahdollisuuksiin toimia julkisessa roolissa. Lisäksi yleisemminkin kokemus ja tieto siitä, että vakavaankaan loukkaamiseen ja häirintään ei välttämättä puututa, vaikuttaa ihmisten halukkuuteen osallistua julkiseen keskusteluun.<sup>189</sup>

---

<sup>189</sup> Esim. Pöyhtäri – Haara – Raittila 2013, s. 132–137; Pöyhtäri 2015, s. 258–259.

## LÄHTEET

### Kirjallisuus

- Alvesalo-Kuusi, Anne – Kumpula, Anne, Oikeussosiologia, oikeustiede ja lainoppi, s. 34–51 teoksessa Kati Nieminen – Noora Lähteenmäki (toim.), *Empiirinen oikeustutkimus. Gaudeamus 2021*.
- Ervo, Laura, Oikeudenmukainen oikeudenkäynti. WSOY 2005.
- Eskola, Jari – Suoranta, Juha, Johdatus laadulliseen tutkimukseen. Vastapaino 2014.
- Fredman, Markku – Kanerva, Janne – Tolvanen, Matti – Viitanen, Marko, Esitutkinta ja pakkokeinot. Alma Talent 2020.
- Frände, Dan – Wahlberg, Markus, Kunnianloukkaus, kirjan luku teoksessa Dan Frände – Jussi Matikkala – Jussi Tapani – Matti Tolvanen – Pekka Viljanen – Markus Wahlberg, *Keskeiset rikokset. 4. uudistettu painos. Edita Publishing 2018*.
- Heiskanen, Sari – Ohisalo, Jussi, Talousrikosjuttujen rakentaminen esitutkinnassa – kohti tutkintakulttuurin murrosta? *Oikeus 3/2005*, s. 241–261.
- Helesvirta, Jussi, Esitutinnan aloittaminen – Syytä epäillä -kynnys ja siihen liittyvä harkinta. *Edilex 2020/24*.
- Hyttinen, Tatu, Vihapuhe ja oikeuksien väärinkäytön kieltö, s. 89–111 teoksessa Dan Frände – Dan Helenius – Heli Korkka – Raimo Lahti – Tapio Lappi-Seppälä – Sakari Melander (toim.), *Juhlajulkaisu Kimmo Nuotio 1959 – 18/4 – 2019. Forum Iuris 2019*.
- Illman, Mika, Järjestelmällinen häirintä ja maalittaminen – Lainsäädännön arviointia. *Valtioneuvoston selvitys 2020:3*.
- Jokela, Antti, Rikosprosessioikeus. 5. uudistettu painos. Alma Talent 2018.
- Jonkka, Jaakko, Syytekynnys – tutkimus syytteen nostamiseen vaadittavan näytön arvioinnista. *Suomalainen Lakimiesyhdistys 1991*.
- Juutinen, Marko, Viharikokset ja niiden käsittely rikosprosessissa. Oikeusministeriön julkaisuja, *Selvityksiä ja ohjeita 2021:18*.
- Jääskeläinen, Petri, Syyttäjätuomarina. Rikos- ja prosessioikeudellinen tutkimus seuraamusluonteisen syyttämättä jättämisen ja rangaistusmääräysmenettelyn ehdoista Suomessa ja Ruotsissa. *Suomalainen Lakimiesyhdistys 1997*.
- Kangasniemi, Tea, Rikosprosessin kustannukset syyttäjän näkökulmasta. *Defensor Legis 4/2006*, s. 650–665.
- Kivivuori, Janne – Aaltonen, Mikko – Näsi, Matti – Suonpää, Karoliina – Danielsson, Petri, *Kriminologia: Rikollisuus ja kontrolli muuttuvassa yhteiskunnassa. 2. painos. Gaudeamus 2018*.
- Koivukari, Kristiina, Voisiko maalittaminen olla rangaistavaa? *Lakimies 6/2021*, s. 963–992.
- Lahti, Raimo, Toimenpiteistä luopumisesta rikosten seuraamusjärjestelmässä – Erityisesti silmällä pitäen tuomitsematta jättämistä. *Suomalainen Lakimiesyhdistys 1974*.
- Lappi-Seppälä, Tapio, Rikosoikeudellisista toimenpiteistä luopumista koskeva uudistus I. *Lakimies 7/1991*, s. 902–928. (1991a)

- Lappi-Seppälä, Tapio, Rikosoikeudellisista toimenpiteistä luopumista koskeva uudistus II. Lakimies 8/1991, s. 1202–1232. (1991b)
- Launiala, Mika, Esitutkinnasta tuomioon – esitutkinta osana rikosprosessia ja rikosprosessin funktiot. Edilex 2010/3.
- Launiala, Mika, Esitutkinnan tarkoituksiperistä ja esitutkintaperiaatteista, s. 225–237 teoksessa Anssi Keinänen – Reima Kukkonen – Mia Kilpeläinen (toim.), Oikeustieteiden moniottelija – Matti Tolvanen 60 vuotta. Edita Publishing 2015.
- Linna, Tuula, Oikeudenmukaisen rankaisemisen ideaali ja reaali – tunnustaminen rangaistuksen lieventämisperusteena, s. 275–297 teoksessa Dan Frände – Dan Helenius – Heli Korkka – Raimo Lahti – Tapio Lappi-Seppälä – Sakari Melander (toim.), Juhlajulkaisu Kimmo Nuotio 1959 – 18/4 – 2019. Helsingin yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta 2019.
- Lönnroth, Kaarle – Rantaeskola, Satu, Esitutkinnan toimittamisen yleiset säännökset, kirjan luku teoksessa Satu Rantaeskola – Kimmo Halme – Leo Kortessalmi – Kaarle Lönnroth – Johanna Parviainen – Teemu Saukoniemi – Sanna Springare (toim.), Esitutkintalaki – kommentaari. Poliisiammattikorkeakoulu 2014.
- Matikkala, Jussi, Onko ilmaisurikoksia koskeva sääntelymme kohdallaan?, s. 147–169 teoksessa Tatu Hyttinen – Antti Jokela – Jussi Tapani – Mikko Vuorenpää (toim.), Rikoksesta rangaistukseen. Juhlajulkaisu Pekka Viljanen 1952 – 26/8 – 2012. Turun yliopisto 2012.
- Matikkala, Jussi, Rikosoikeudellinen seuraamusjärjestelmä. 2. uudistettu painos. Edita 2021.
- Melander, Sakari, Yhdenvertaisuus rikosoikeudessa. Oikeus 2/2011, s. 175–198.
- Mäkinen, Kari, Sanat ovat tekoja: Vihapuhe ja nettikiusaamisen vastaisten toimien tehostaminen.
- Nieminen, Kati – Lähteenmäki, Noora, Johdatus oikeuden empiiriseen tutkimiseen, s. 11–33 teoksessa Kati Nieminen – Noora Lähteenmäki (toim.), Empiirinen oikeustutkimus. Gaudeamus 2021.
- Nissinen, Matti, Esitutkinnan rajoittaminen – mahdollisuuksien taidetta. Defensor Legis 1/2007, s. 54–69.
- Nuotio, Kimmo, Miten vihapuhetta tulisi rajoittaa?, s. 204–295 teoksessa Maija Aalto-Heinilä – Visa Kurki (toim.), Mitä oikeudet ovat? Filosofian ja oikeustieteen näkökulmia. Gaudeamus 2019.
- Nuutila, Ari-Matti – Majanen, Martti, RL 24: Yksityisyyden, rauhan ja kunnian loukkauksirikokset (päivitetty 2009), kirjan luku teoksessa Tapio Lappi-Seppälä – Kaarlo Hakamies – Dan Helenius – Pekka Koskinen – Martti Majanen – Sakari Melander – Kimmo Nuotio – Ari-Matti Nuutila – Timo Ojala – Ilkka Rautio, Rikosoikeus. Alma Talent 2004–, päivittyvä.
- Ollila, Riitta, Vankeutta kunnianloukkauksista. Lakimies 2/2011, s. 365–386.
- Pietikäinen, Sari – Mäntynen, Anne, Uusi kurssi kohti diskurssia. Vastapaino 2019.
- Pylvänen, Päivi, Arvostelua vai halventamista? Kunnianloukkaus internetissä vuosina 2013 ja 2014. Edilex 2015.
- Pöyhkäri, Reeta – Haara, Paula – Raittila, Pentti, Vihapuhe sananvapautta kaventamassa. Tampere University Press 2013.

- Pöyhtäri, Reeta, Vihapuhe haasteena uutismedialle ja journalismille, s. 241–266 teoksessa Riku Neuvonen (toim.), Vihapuhe Suomessa. Edita 2015.
- Saarienen, Ville A., Kaksinkertaisen kvalifioinnin kiellon vaikutus rangaistuksen määräämiseen. Edilex 2021/56.
- Silverman, David, Interpreting qualitative data. Sage Publications 2014.
- Tiilikka, Päivi, Sananvapaus ja yksilön suoja – Lehtiartikkelin aiheuttaman kärsimyksen korvaaminen. WSOY 2007.
- Tolvanen, Matti, Rikosketjun LEAN-hanke. Selvityshenkilön raportti. Oikeusministeriön julkaisuja, Selvityksiä ja ohjeita 2020:6.
- Tuomi, Jouni – Sarajärvi, Anneli, Laadullinen tutkimus ja sisällönanalyysi. Tammi 2009.
- Tuori, Risto, Rikosoikeudellisesta vähäisyydestä, s. 327–347 teoksessa Ari-Matti Nuutila – Elina Pirjatanniemi (toim.), Rikos, rangaistus ja prosessi. Juhlajulkaisu Eero Backman 1945 – 14/5 – 2005. Turun yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta 2005.
- Vatjus-Anttila, Jalo, Tunnustukseen perustuva esitutkinnan rajoittaminen ja syyttämättä jättäminen. Lakimies 6/2021, s. 1015–1047.

## **Virallislähteet**

- HE 130/1964 vp. Hallituksen esitys n:o 130 (1964 vp) poliisilainiksi.
- HE 84/1980 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle rikosten yhtymistä koskevan lainsäädännön uudistamisesta.
- HE 79/1989 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle rikosoikeudellisista toimenpiteistä luopumista koskevien säännösten uudistamiseksi.
- HE 309/1993 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamisesta.
- HE 82/1995 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle rikosasioiden oikeudenkäyntimenettelyn uudistamista alioikeuksissa koskevaksi lainsäädännöksi.
- HE 239/1997 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle yksityisyyden, rauhan ja kunnian loukkaamista koskevien rangaistussäännösten uudistamiseksi.
- HE 184/1999 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle yksityisyyden, rauhan ja kunnian loukkaamista koskevien rangaistussäännösten uudistamiseksi.
- HE 44/2002 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle rikosoikeuden yleisiä oppeja koskevan lainsäädännön uudistamiseksi.
- HE 271/2004 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi oikeudenkäynnistä rikosasioissa annetun lain, oikeudenkäymiskaaren ja eräiden muiden lakien rikosasioiden käsittelyä käräjäoikeudessa
- HE 222/2010 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle esitutkinta- ja pakkokeinolainsäädännön uudistamiseksi.
- HE 19/2013 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi rikoslain, pakkokeinolain 10 luvun 7 §:n ja poliisilain 5 luvun 9 §:n muuttamisesta.
- HE 58/2013 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle syyteneuvottelua koskevaksi lainsäädännöksi ja syyttämättä jättämistä koskevien säännösten uudistamiseksi.

KM 1992:3. Perusoikeuskomitean mietintö.

LaVM 11/2013 vp. Lakivaliokunnan mietintö – Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi rikoslain, pakkokeinolain 10 luvun 7 §:n ja poliisilain 5 luvun 9 §:n muuttamisesta.

LaVM 5/2014 vp. Lakivaliokunnan mietintö – Hallituksen esitys eduskunnalle syyteneuvottelua koskevaksi lainsäädännöksi ja syyttämättä jättämistä koskevien säännösten uudistamiseksi.

OLJ. Rikosasioiden oikeudenkäyntimenettelyn uudistaminen: työryhmän mietintö. Oikeusministeriö 1993.

OM 7/2016. ”Usein joutuu miettimään, miten pitäisi olla ja minne olla menemättä”. Selvitys vihapuheesta ja häirinnästä ja niiden vaikutuksista eri vähemmistöryhmiin. Oikeusministeriön selvityksiä ja ohjeita.

PeVL 7/2014 vp – HE 58/2013 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä eduskunnalle syyteneuvottelua koskevaksi lainsäädännöksi ja syyttämättä jättämistä koskevien säännösten uudistamiseksi.

POL-2018-11061. Poliisihallituksen ohje poliisin kansainvälisestä yhteistoiminnasta rikoksen selvittämiseksi, 20.12.2018, voimassaoloaika 1.1.2019–31.12.2023.

Syyttäjälaitoksen työjärjestys, Dnro 78/14/19, 10.9.2019.

VKS:2016:5. Valtakunnansyyttäjän ohje esitutinnan rajoittamisesta, Dnro 22/31/15, 24.10.2016, voimassa toistaiseksi.

Muut lähteet

Euroopan komissio, Helmikuun kooste rikkomuspäätöksistä: tärkeimmät päätökset, Bryssel 18.2.2021. Viralliset ilmoitukset, Rasismin ja muukalaisvihan torjuminen. [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fi/INF\\_21\\_441](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fi/INF_21_441)

Euroopan neuvoston parlamentaarisen yleiskokouksen 25.7.2007 antama päätöslauselma 1577 Towards decriminalisation of defamation. <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17588&lang=en>

Henkilövahinkoasiain neuvottelukunnan suosituksia. Vahingonkorvauslain 5 luvun säännösten nojalla kivusta ja särystä sekä muusta tilapäisestä haitasta, pysyvästä haitasta sekä kärsimyksestä suoritettavien korvausten määristä. 5. painos, 2020. [https://julkaisut.valtioneuvosto.fi/bitstream/handle/10024/162631/HEVA\\_suosituksia\\_sisus\\_5.painos\\_vedos\\_2.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://julkaisut.valtioneuvosto.fi/bitstream/handle/10024/162631/HEVA_suosituksia_sisus_5.painos_vedos_2.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

Tilastokeskus, Rikokset ja niiden selvittäminen muuttujina Poliisilaitos, Rikos, Vuosi ja Tiedot. [https://pxnet2.stat.fi/PXWeb/pxweb/fi/StatFin/StatFin\\_oik\\_rpk\\_tiet/statfin\\_rpk\\_pxt\\_11cg.px/](https://pxnet2.stat.fi/PXWeb/pxweb/fi/StatFin/StatFin_oik_rpk_tiet/statfin_rpk_pxt_11cg.px/)

## OIKEUSTAPAUKSET

### *Euroopan ihmisoikeustuomioistuin*

Oberschlick v. Itävalta (23.5.1991)

Oberschlick v. Itävalta n:o 2 (1.7.1997)

Hertel v. Sveitsi (25.8.1998)

Steel ja Morris v. Yhdistynyt kuningaskunta (15.12.2005)

Lindon, Otchakovsky-Laurens ja July v. Ranska (suuri jaosto, 22.10.2007)

Mouvement raëlien suisse v. Sveitsi (13.7.2012)

Balaskas v. Kreikka (5.11.2020)

### *Korkein oikeus*

KKO 1991:116

KKO 2005:137

KKO 2007:56

KKO 2010:88

KKO 2011:101

KKO 2013:15

KKO 2013:70

KKO 2013:100

KKO 2020:30

KKO 2020:68

KKO 2021:45

KKO 2022:1

### *Valtakunnansyyttäjän toimiston ratkaisut*

Dnro 184/21/14 (10.7.2015)

Dnro 461/12/15 (11.7.2016)

Dnro 315/21/18 (25.10.2018)

Dnro 420/21/18 (25.3.2019)

Dnro 93/21/19 (31.10.2019)

Dnro 270/21/20 (17.6.2020)



## THE PRAXIS ON WAVERING CRIMINAL INVESTIGATIONS IN SUSPECTED OFFENCES OF DEFAMATION – FORESEEABILITY OR INCONSISTENCY?

Defamation (Criminal Code chapter 24, section 10) is a common and petty offence, hence, most of the suspected offences of defamation (about 75% yearly) are not investigated. According to the Criminal Investigation Act, criminal investigations on petty offences such as defamation can be waived and discontinued on several different grounds. Some of the more common reasons for wavering or discontinuing investigations are the pettiness of the offence, and that the expense of continuing the investigation would clearly be disproportionate to the nature of the matter under investigation. However, both criteria are open to interpretation, value-laden and context-bound, and are therefore likely to cause inconsistency in the decision-making.

In the first part of this article, we studied the relevant legal provisions and the criteria they provide to evaluate the pettiness and disproportionate expense of the investigation in suspected offences of defamation. In the latter part of the article, we analysed the decisions on criminal investigation made by the investigation authorities. Our research material consists of 207 decisions on criminal investigation relating to defamation and seven decisions relating to aggravated defamation made in 2019 at three police departments.

According to our findings, the praxis is inconsistent. First, similar cases are not treated similarly. Second, in many decisions the pettiness of the offence is referred to as the reason for wavering or discontinuing the investigations even though the case at hand could even constitute the offence of aggravated defamation. Third, the disproportionate expense of the investigation is the reason for wavering the investigation in almost every offence committed in an online environment. Even some serious offensive and disturbing defamations aimed at children were not considered to be serious enough to require taking more expensive and labour-consuming investigation measures. This means that the decision-making is not foreseeable, while the inconsistency puts the parties of the cases in an unequal position.



**Sami Myöhänen**

**PREKLUUSIO  
HALLINTOPROSESSISSA**



---

# Sisällys

1	JOHDANTO .....	95
1.1	Tutkimuksen kohde ja lähestymistapa.....	95
1.2	Keskeiset käsitteet .....	105
2	YLEISEN LAINKÄYTÖN PREKLUSIOSÄÄNTELY .....	114
2.1	Oikeudenkäyntiväitteiden prekludoituminen.....	114
2.2	Preklusio pääasiassa .....	118
2.3	Oikeudenkäyntikuluvastuu preklusion täydentäjänä .....	125
3	HALLINTOPROSESSIN PREKLUSIIIVISUUS JA TEHOSTEET OIKEUDENKÄYNNIN PITKITTÄMISEN ESTÄMISEKSI.....	128
3.1	Vuoden 2019 hallintoprosessilain valmistelu ja ulkomaalaislain esinäytös .....	128
3.2	Prosessinedellytykset.....	132
3.3	Oikaisuvaatimus päätöstä koskeva valitus oikeuden rajoitus .....	133
3.4	Valituksen sisältövaatimusten rajoittava vaikutus .....	134
3.5	Uudet vaatimukset, uudet perustelut ja uudet todisteet (uusi selvitys).....	135
3.6	Lisäaineiston esittämisen rajoittaminen.....	142
3.7	Oikeudenkäyntikuluvastuu .....	147
4	KUNNALLISVALITUKSEN ERITYINEN PREKLUSIIIVISUUS .....	150
4.1	Kunnallisvalituksen erityispiirteet .....	150
4.2	Uusien perusteiden esittämistä koskeva rajoitus .....	153
4.3	Asianosaisen oikeusturva.....	158
5	TEOLLISOIKEUDELLISTEN REKISTERÖINTIASIOIDEN KÄSITTELYÄ KOSKEVAT PREKLUSIOJÄRJESTELYT .....	160
5.1	Yleistä asiaryhmästä ja sovellettavista menettely- säännöksistä.....	160
5.2	Preklusio tavaramerkin väitemenettelyssä ja sen vaikutus muutoksenhakuun.....	163

5.3 Toimivalta ja preklusio tavaramerkin hallinnollisessa menettämis- tai mitätöintimenettelyssä ja muutoksenhaussa ....	171
5.4 Oikeudenkäyntiä koskevat preklusiosäännökset .....	175
5.5 Muutetut suojavaatimukset sekä uudet perusteet ja todisteet oikeudenkäynnissä .....	179
6 LOPUKSI .....	180
LÄHTEET.....	185
ABSTRACT.....	193

---

# Prekluusio hallintoprosessissa

## 1 JOHDANTO<sup>1</sup>

### 1.1 Tutkimuksen kohde ja lähestymistapa

Prekluusio tarkoittaa yleisesti ottaen vetoamismahdollisuuksien menettämistä siitä johtuen, että vetoaminen on myöhästynyt. Ennen vuoden 1993 alioikeusuudistusta preklusion käsitettä käytettiin Suomen prosessioikeudessa lähinnä liittyen määräaika sääntelyyn.<sup>2</sup> Muutoin preklusiosta on puhuttu erityisesti velvoiteoikeudellisissa yhteyksissä. Tällöin sillä on tarkoitettu saamisoikeuden menettämistä sen vuoksi, ettei velkoja viranomaisen antaman, lakiin perustuvan kehotuksen eli julkisen haasteen johdosta säädettyin tavoin saata oikeuttaan voimaan.<sup>3</sup> Preklusiossa on siis yleisesti

---

<sup>1</sup> Kiitän referenttiä saamastani palautteesta. Oikeustilan kehitystä on tässä tutkimuksessa voitu seurata vuoden 2022 toukokuun loppuun saakka. Olen osallistunut lainkäyttötehtävissä joidenkin tutkimuksissa viitattujen oikeustapausten ratkaisemiseen.

<sup>2</sup> Prosessioikeudellisessa peruskirjallisuudessa 1970-luvulla Tirkkonen 1974, s. 516 lausui preklusiosta seuraavaa: ”Jos asianosainen laiminlyö ryhtyä prosessitoimeen määräpäivänä tai määräajan kuluessa, on säännönmukaisena seurauksena se, että hän menettää oikeuden vastedes ryhtyä ko. prosessitoimeen. Sellaista oikeudenmenetystä, jollainen ilmenee muillakin oikeuden aloilla, sanotaan *preklusioksi*.” Ennen alioikeusuudistusta prekluusio käsitteenä yhdistettiin prosessioikeudessa lähinnä määräaika sääntelyyn. Havansi 2004, s. 43 on todennut preklusiolla prosessi-ilmionä olevan tiettyjä yhteisiä piirteitä varsinaisen määräaika sääntelyn kanssa, lähinnä joutuisan ja huolellisen prosessaamisen tavoitteen kannalta.

<sup>3</sup> Velvoiteoikeudellisen preklusion taustoista ks. Halila – Ylöstalo 1979, s. 105–110. Preklusion käsite liittyi aiemmin myös tavaramerkkioikeudellisiin kolliosiotilanteisiin, kun toista lainsäädännöllistä poikkeusta aikaprioriteettisäännöstä kutsuttiin preklusiosäännöksi ja toista passiviteettisäännöksi. Edellinen koski rekisteröidyn myöhemmän tavaramerkin ja jälkimmäinen vakiinnutetun myöhemmän tavaramerkin säilymistä aikaisemman rekisteröidyn tai vakiinnutetun tavaramerkin rinnalla, jos aikaisemman tavaramerkin haltija ei ollut määräajassa ryhtynyt toimenpiteisiin myöhemmän tavaramerkin käytön estämiseksi. Seurauksena aikaisemman tavaramerkin haltijan toimimattomuudesta oli toisiinsa sekoitettavissa olevien merkkien rinnakkaiskäyttö markkinoilla. Ks. esim. Drockila 1979,

ottaen kysymys passiivisuudesta johtuvasta sanktiosta ja oikeudenkäyntimenettelyyn liittyvissä preklusiojärjestelyissä *oikeudenkäynnin osapuolten prosessitoimiensa lähinnä viivytystä seuraavista sanktioista*.<sup>4</sup> Nykyään preklusiota ei Suomessa yleensä yhdistetä muutoksenhaun määräajan laiminlyöntiin, vaikka siinäkin on kysymys prosessitoimen viivyttestä.

Muutoksenhaun määräajan laiminlyöntiä voidaan pitää lainkäyttöön liittyvänä eräänlaisena ”luonnollisena preklusiona”. Prekludoitumista aiheutuu muutoksenhaussa myös siitä, että muutoksenhaun kohde jo itsessään asettaa rajoituksia sille, mistä oikeudenkäynnissä muutoksenhakuasteessa voidaan tehokkaasti prosessata.<sup>5</sup>

Siviiliprosessissa kanteenmuutoskielto ja preklusio ovat erillisiä instituutioita, mutta niillä on myös säädännöllistä ja vaikutuksellista limittäisyyttä. Kanteenmuutoskielto koskee ennen muuta vaatimuksia, mutta myös uusien seikkojen esittäminen saattaa merkitä kiellettyä kanteen muuttamista. Preklusiosta puolestaan johtuu, että mikäli seikkoihin ja todisteisiin vedotaan oikeudenkäynnin aikana liian myöhään, ne jätetään lähtökohtaisesti huomioon ottamatta. Valmisteluun ja pääkäsittelyyn vaiheistetussa oikeudenkäynnissä preklusiolla turvataan muodollisesti valmistelun tehokkuutta ja pääkäsittelyn keskittämistä sekä asiallisesti oikeudenkäynnin ennakoitavuutta, reiluuutta ja joutuisuutta. Indispositiivisissa riita-asioissa preklusio tulee kysymykseen vasta muutoksenhaussa ja rikosasioissa vasta muutoksenhaussa korkeimpaan oikeuteen. Preklusio liittyy myös oikeudenkäyntiväitteisiin tahdonvaltaisiin prosessinedeltyksiin vetoamisen osalta. Oikeudenkäynnin tarpeeton pitkittäminen on lisäksi sanktioitu oikeudenkäyntikulusäännöksin.<sup>6</sup>

---

s. 649–650; Haarmann 2014, s. 348. Nämä instituutiot ovat nykyisessä vuoden 2019 tavaramerkkilaissa (544/2019) yhdistetty (15 §). Ks. Pihlajarinne – Alén-Savikko 2020, s. 962.

<sup>4</sup> Dispositiivisessa riita-asiaassa asianosaisen passiivisuudesta johtuva prosessuaalinen sanktio on yksipuolinen tuomio. Ks. tästä esim. Helenius – Linna 2021, s. 218–219.

<sup>5</sup> Luonnollisen preklusion käsitteestä ks. Lappalainen 1994, s. 111, jonka mukaan ”luonnollisia” preklusioita liittyy prosessuaalisiin määräaikoihin ja muun muassa instanssijärjestysääntelyyn. Lappalainen – Hupli 2021, s. 999 ovat maininneet luonnolliseksi preklusioksi myös tuomion oikeusvoimavaikutuksen.

<sup>6</sup> Ylimmässä oikeusasteessa uusien ”todistusten” esittämistä rajoitettiin vuonna 1734. Kun korkein oikeus perustettiin vuonna 1918, tällainen todisteita koskeva rajoitus säilytettiin, ja vuonna 1955 se laajeni koskemaan myös seikkoja. Oikeudenkäyntiä korkeimmassa oikeudessa koskevan preklusiosääntelyn taustoista ks. Välimäki 2016, s. 300–301. Lisäksi prosessinedeltyysten käsittelyssä on vanhastaan noudatettu preklusiota. Ks. Lappalainen 1994, s. 111. Oppi prosessinedeltyksistä on kehitetty saksalaisessa tieteisopissa 1800-luvulla. Ks. Tirkkonen 1974, s. 466.



Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytäntö sinänsä tukee preklusion hyväksyttävyyttä, kunhan menettely on tasa-arvoista eikä preklusio estä asianosaisen mahdollisuutta ajaa asiaansa.<sup>7</sup> Euroopan unionin oikeus saattaa kuitenkin olla esteenä sellaisille kansallisille oikeusvoima- ja preklusiojärjestelyille, jotka vaikeuttavat tai estävät kuluttajaa vetoamasta elinkeinonharjoittajaa vastaan näiden väliseen kuluttajasopimukseen liittyvien vaatimustensa tueksi kyseisen sopimuksen ehdon kohtuuttomuuteen. Unionioikeuden kuluttajille antaman pakottavan oikeuden suojan taustalla on yleinen etu.<sup>8</sup>

Kun lainsäätäjä päätyy harkinnassaan siihen, että oikeudenhoidossa tarvitaan preklusiota, menettelylliseen oikeusturvaan kuuluu, että preklusio ei muodostu oikeudenkäynnin osapuolille ennakoimattomaksi tai yllättäväksi tekijäksi.<sup>9</sup> Sanktiota tulee siis edeltää täsmällinen ja selkeä ilmoitus sen uhasta. Sanktioluonteiseen sääntelyyn olennaisesti liittyvä *laillisuusperiaate* velvoittaa ennen muuta lainsäätäjää, mutta sillä on vaikutuksensa myös lainsoveltamiseen.<sup>10</sup> Vaikka preklusiosääntely olisi täsmällistä, erityisesti niissä tilanteissa, kun oikeudenkäynnin osapuolella ei ole käytettävissään asianajollista osaamista, preklusioon liittyviä ongelmia on syytä

<sup>7</sup> Ks. Vaitoja 2014, s. 497; Välimäki 2016, s. 299.

<sup>8</sup> Ks. esim. Euroopan unionin tuomioistuimen suuren jaoston ratkaisu asiassa C-600/19 (tuomio 17.5.2022, Ibercaja Banco, ECLI:EU:C:2022:394, erit. kohta 52).

<sup>9</sup> Toisin kuin menettely valtion tuomioistuimissa välimiesmenettely perustuu pitkälti sopimusvapauteen. Välimiesmenettelystä annetun lain (967/1992) 2 §:n perusteella asianosaisten välisin sopimuksin välimiesten lopullisesti ratkaistavaksi saadaan määrätä yksityisoikeudellinen riitakysymys, josta voidaan tehdä sovinto. Kyseisen lain 23 §:n perusteella pääsääntö on, että riidan osapuolet saavat keskenään sopia myös noudatettavista menettelytavoista. Mikäli osapuolet eivät muuta sovi, menettelyä koskeva määräysvalta jää välimiehille. Menettelystä päättäessään välimiesten on otettava huomioon tasapuolisuuden ja joutuisuuden vaatimukset, joista viimeksi mainittu edellyttää asianajotilaisuuksien preklusioluonteista rajoittamista. Tällaiset aikataululliset rajoitukset, jotka koskevat muun muassa uusien vaatimusten ja perusteiden esittämistä, eivät saa olla ennakoimattomia tai yllättäviä. Asioiden luonne ja välimiesten harkintavalta huomioon ottaen tästä ei saata olla kuin poikkeuksellisesti kysymys. Ks. tarkemmin Hemmo 2018, s. 43–56. Koulu – Turunen 2021, s. 1314–1315 ovat todenneet, että useissa välimiesinstituution säännöissä annetaan välimiesoikeudelle nimenomainen valtuutus asettaa preklusiouhkainen määräaika uusille vaatimuksille, väitteille ja todisteille. Tällöin voidaan sanoa, että välimiehen määräys preklusiouhkasta ja määräystä soveltava päätös preklusiosta perustuvat asianosaisten sopimukseen. Tästä huolimatta preklusioon liittyy aina harkintaa, ja yleensä uusia vaatimuksia tai todisteita esittävä asianosainen pyrkii aina vetoamaan hyvään syyhyn viivästykselle.

<sup>10</sup> Preklusiota oikeuskirjallisuudessa käsiteltäessä on korostettu laillisuusperiaatetta, jonka käytännön seuraus on laajentavan tai laventavan tulkinnan kielto sekä analogiakielto. Koska preklusiossa ei kuitenkaan ole kysymys rikosoikeudellisesta sanktiosta, ehdottomien kieltojen sijasta lähtökohtana voidaan pitää sitä, että säännöksen laventava tulkinta vaatii hyväksytyksi tullakseen hyvin vahvoja perusteita. Ks. esim. Välimäki 2016, s. 298–299.

vähentää informatiivisin toimenpitein, mikä tarkoittaa viime kädessä tuomioistuimen prosessinjohtoa.<sup>11</sup>

Hallintolainkäytössä eli hallintoprosessissa, toisin kuin yleisessä lainkäytössä alimmassa oikeusasteessa, on tyypillisesti kysymys muutoksenhausta, jolloin muutoksenhaun kohteena oleva päätös määrittää vahvasti oikeudenkäynnin kohteen ja valittajan käytettävissä olevat pääasiavaatimukset. Sellainen vaatimus, jota ei ole esitetty hallintomenettelyssä, jää yleensä vasta hallintotuomioistuimessa sen toimivaltaan (tutkimisvaltaan) ensi asteena kuulumattomana tutkimatta.<sup>12</sup> Hallintolainkäyttöön liittyy kuitenkin muitakin kuin muutoksenhaun kohteena olevasta päätöksestä ja valitusajan suoranaisesta laiminlyönnistä johtuvia piirteitä, joiden oikeusvaikutukset ovat preklusiivisia. Ensinnäkin selkeästi siviiliprosessista vaikutteita saanutta preklusiosääntelyä on teollisoikeudellisten rekisteröintiasioiden muutoksenhakua koskevissa säännöksissä. Toiseksi oikeuskirjallisuudessa preklusio on käsitteellisesti yhdistetty kunnallisvalituksiin.<sup>13</sup> Lisäksi lisäselvityksen niin sanotun jatkuvan toimittamisen vuoksi hallintolainkäyttöisten ratkaisijoiden on havaittu innovoiveen preklusiouhkai-

---

<sup>11</sup> Aineellisen prosessinjohtoon eroista asianosais- ja asianajajaprosesseissa yleisesti ks. Virolainen 1988, s. 149–159; Sippo – Välimaa 2003, s. 134–135 ja asianosaisen huolellisuusvelvollisuudesta preklusioon liittyvien kysymysten suhteen, kun asianosaisella on lainoppinut avustaja ks. KKO 2022:14.

<sup>12</sup> Ks. Hallberg – Ignatius – Kanninen 1997, s. 206–207. Niissä tilanteissa, kun hallintopäätökseen on haettu ensin muutosta hallinnollisessa oikaisuvaatimusmenettelyssä, valittajan vaatimukset ja niiden perustelut hallintotuomioistuimessa ovat lähtökohtaisesti sidoksissa siihen, mitä oikaisuvaatimuspäätöksellä on ratkaistu. Tältä osin kysymys on hallintotuomioistuimen tutkimisvallasta. Ks. Halila – Aer 2014, s. 246. Vastaavasti oikeudenkäynnin kohde yleisen lainkäytön muutoksenhaussa hovioikeudessa määräytyy kärjäoikeuden ratkaisun perusteella, ja lisäksi se rajoittuu siihen, mihin valituksessa ja mahdollisessa vastauksessa on vedottu (OK 26:1). Tätä pykälää edeltävän väliotsikon mukaisesti kysymys on hovioikeuden tutkimisvallasta. Lisäksi kanteenmuutoskiellosta seuraa, että kärjäoikeudessa esitettyjen vaatimusten eli alkuperäisen kanteen laajentaminen tai muuttaminen ei ole yleensä mahdollista enää hovioikeudessakaan. Ks. esim. Jokela 2022, s. 341, 351. Muutoksenhaun kohteen ja hovioikeudessa vedotun välisenä tekijänä myös tyytymättömyyden ilmoituksen (OK 25:5–10 a) sisältö voi osaltaan rajata oikeudenkäynnin kohdetta hovioikeudessa, jos tyytymättömyyttä ei ole ilmoitettu koko ratkaisuun. Ks. Tapanila 2021, s. 667–668.

<sup>13</sup> Ks. esim. Mäenpää 2019, s. 266, 451–453. Käsitteellisesti vastaavasti Ruotsissa ks. esim. SOU 2015:24, s. 538–539; Finansdepartementet 2020, s. 43, jossa on todettu seuraavaa: ”Processuella preklusionsfrister är emellertid ovanliga i förvaltningsprocessen.” – ”I enstaka måltyper har dock preklusionsfrister ansetts ändamålsenliga. Enligt 13 kap. 7 § kommunallagen (KL), får domstolen inte beakta andra omständigheter än sådana som klaganden har hänvisat till före överklagandet utgång, dvs. inom tre veckor från den dag då det tillkännagavs på beslutsmyndighetens anslagstavla att protokollet över beslutet har justerats (13 kap. 5 § KL).”

sia käytäntöjä,<sup>14</sup> ja uuden yleisen hallintoprosessilain lisäaineiston rajoittamista koskevasta säännöksestä puhutaan lainkäyttöhenkilökunnan piirissä preklusiouhkana. Tämä on ilmeisesti seurausta lain valmistelun aikaisista toiveista ja näkemyksistä. Hallintotuomioistuimista selvästi suurimmissa ongelmissa lisäselvityksen jatkuvan toimittamisen kanssa on ollut vakuutus oikeus.<sup>15</sup>

Vuoden 2020 alusta voimaan tullut oikeudenkäynnistä hallintoasioissa annettu laki (808/2019, HOL) on hallintoprosessuaalinen yleislaki. Sitä edeltävä vastaava laki oli vuonna 1996 säädetty hallintolainkäyttölaki (586/1996, HLL). HOL:ia sovelletaan hallintotuomioistuimissa käytävässä oikeudenkäynnissä,<sup>16</sup> ja HOL:n suhteesta muuhun lainsäädäntöön sääde-

<sup>14</sup> Sosiaaliturvan muutoksenhakulautakunnassa (tällä nimellä ennen 1.1.2018) kehitetyn preklusiokäytännön on esitetty toimineen niin, että jos valittaja on lautakunnan arvion mukaan täydentänyt lausumiaan liian usein, asianosaiselle on lautakunnan sisäisen ohjeistuksen mukaan neuvottu lähettämään uhkakirje, jossa häntä kehoitetaan toimittamaan lautakunnalle haluamansa aineisto viimeistään kolmen viikon määräajan kuluessa uhalla, että uutta aineistoa ei enää tämän jälkeen oteta vastaan (”stoppikirje”). Ks. tästä lähemmin Koulu 2015, s. 147–148; Vaitoja 2016, s. 78–80.

<sup>15</sup> Vakuutus oikeuden jo tekemien ratkaisujen antamista on turvattu lisäselvityksen jatkuvalta toimittamiselta erityissäännöksellä 1.1.2016 lukien. Alkuperäinen nykyistä vastaava säännös oli vakuutus oikeuslain (132/2003) 16.3 §:ssa (762/2015). Nykyisen oikeudenkäynnistä vakuutus oikeudessa annetun lain (677/2016) 17 §:ssä säädetään seuraavaa: ”Vakuutus oikeus voi jättää kirjallisen tai suullisen selvityksen huomioon ottamatta, jos selvitys saapuu vakuutus oikeuteen asian ratkaisupäivänä tai sen jälkeen. Tällaista selvitystä ei sisällytetä oikeudenkäyntiaineistoon.” Alkuperäisen säännöksen esitöiden (HE 104/2014 vp, s. 33–34) mukaan ratkaisupäivällä tarkoitetaan päivää, jolloin asia on ratkaistu istunnossa. Niissä tapauksissa, joissa asia on ratkaistu ilman varsinaista istuntotilaisuutta, ratkaisupäivä on se päivä, jolloin asia on pöytäkirjattu ratkaistuksi. Lisäselvityksen aikaraja on perusteltua asettaa ratkaisupäivään, koska asianosainen saattaa tuoda lisäselvityksen vakuutus oikeuteen ratkaisupäivänä, mutta vasta asian ratkaisemisen jälkeen taikka tieto selvityksen saapumisesta vakuutus oikeuden kansliaan ei kulkeudu riittävän ajoissa asian ratkaisijoille. Mainituissa esitöissä (s. 24) on myös todettu, että vakuutus oikeudessa käsiteltävät asiat voidaan uuden selvityksen perusteella panna uudelleen vireille etuuslaitoksessa. Henkilölle ei näin ollen aiheudu oikeudenmenetystä, vaikka uusi selvitys jäisi ottamatta huomioon vakuutus oikeudessa. Mainittu hallituksen esitys perustui varsin suoraan vakuutus oikeuden toiminnan kehittämistä selvittäneen työryhmän esitykseen. Ks. OM 2009:10, s. 64–65, 77–78, 100 ja sen johdosta saadut lausunnot, joista ks. OM 24/2010, s. 26–28. Eduskunnan oikeusasiamies piti ehdotusta perusteltuna mutta totesi, että lisäselvityksen määrään tulisi pyrkiä vaikuttamaan myös lääketieteellisten asioiden perusteellisemmalla selvittämisellä jo asian aikaisemmassa vaiheessa, mieluiten jo vakuutuslaitoksessa. Korkein hallinto-oikeus ja hallintoneuvos Matti Pellonpää suosittelivat puolestaan Euroopan ihmisoikeussopimuksen vaatimusten vuoksi sen tekemistä selväksi, että huomioon ottamatta jäävää selvitystä ei sisällytetä oikeudenkäyntiaineistoon.

<sup>16</sup> HOL:ssa käytetään usein käsitettä hallintotuomioistuin, jolla tarkoitetaan yleisesti hallintoprosessuaalista lainkäyttöelintä. HOL 2 §:n perusteella kyseistä lakia sovelletaan ensinnäkin oikeudenkäynnissä yleisissä hallintotuomioistuimissa, joita ovat korkein hallinto-oikeus ja alueelliset hallinto-oikeudet, mukaan lukien Ahvenanmaan hallintotuomioistuin.

tään sen 3 §:ssä. Siinä todetaan, että jos muussa laissa on tästä laista poikkeavia säännöksiä, niitä sovelletaan tämän lain asemesta. Erityissäännöksiä on lukuisissa eri hallinnonalojen aineellisissa erityislaeissa ja esimerkiksi kuntalaissa (410/2015), joissa, kuten kuntalain 144 §:ssä, on puolestaan viittauksia HOL:iin. Tällöinkin HOL:n säännökset tulevat esitöiden mukaan sovellettaviksi ”täydentävinä säännöksinä”,<sup>17</sup> mikä ohjeistaa soveltamaan hallintoprosessin alueelle kuuluvien eri lakien säännöksiä pikemminkin yhteensovitettavina kuin ristiriitaisina.<sup>18</sup> HOL:ssa on myös viittauksia oikeudenkäymiskaareen (OK). Eri säännösten soveltamisen suhteet eivät ole aina kovin selviä, mikä koskee myös nyt tarkastelun kohteeksi tulevia kysymyksiä.<sup>19</sup>

Tässä tutkimuksessa tarkastellaan *preklusiota prosessuaalisena sanktiona ja sitä muistuttavia ilmiöitä suomalaisessa hallintoprosessissa*. Tarkastelu on pääosin *lainopillista*, lähinnä preklusiivisen sääntelyn ja tulkintakäytännön systematisointia sekä lainsäädännöllisten ongelmakohtien esille nostamista. Vertailukohteena käytetään suomalaisen yleiseen lainkäyttöön omaksuttua käsitystä preklusiosta ja siihen liittyviä lainsäädännöllisiä järjestelyjä.<sup>20</sup> Koska tutkimuksen kohde on hallintoprosessuaalinen, tässä tutkimuksessa käsitellään yleistä lainkäyttöä koskevaa oikeus-tilaa varsin yleisellä tasolla mutta kuitenkin niin, että siitä muodostuu

---

Lisäksi HOL:ia sovelletaan muun ohella vakuutus oikeudessa ja markkinaoikeudessa hallintoasioita koskevassa oikeudenkäynnissä ja eräissä lautakunnissa niiden käsitellessä hallintolainkäyttöasioita.

<sup>17</sup> Ks. HE 29/2018 vp, s. 68–69.

<sup>18</sup> Määttä 2013, s. 183 on sinänsä tuonut esiin, että moneen prosessuaalisten säännösten tulkintaongelmaan yhteensovittamismalli ei sovellu, vaikka yleisimminkin juuri prosessisäännösten tulkinnassa *lex specialis* -argumenteille on kaikkein eniten tarvetta.

<sup>19</sup> Hallintoprosessia koskevista erityissäännöksistä, OK:n soveltamisesta hallintotuomioistuimissa ja HOL:n suhteesta muuhun lainsäädäntöön ks. Mäenpää 2019, s. 51–54. OK 17 luvun todistelua koskevien säännösten soveltamisesta hallintolainkäytössä yleisesti ks. Rautio – Frände 2020, s. 16. Ruotsin osin Suomen tilanteesta poikkeavien tulkintatilanteiden osalta Ribbing 2021, s. 513 on todennut johtopäätöksensä seuraavaa: ”Sålunda behöver de förvaltningsprocessuella karaktärsdragen alltid finnas i åtanke och kan ses som ’metaregel’ som ska beaktas när en regel i RB [SM: rättegångsbalken] används i förvaltningsprocessen.” – – ”Rättegångsbalken har således en begränsad betydelse för förvaltningsprocessen och i fokus står förvaltningsprocessens karaktärsdrag.”

<sup>20</sup> Eri yhteyksissä on viitattu tarpeeseen lisätä tuntemusta eri prosessilajeista sekä niitä yhdistävistä ja erottavista piirteistä. Tästä yleisesti ks. Koivuluoma – Paso – Saukko – Tarukannel – Tolvanen 2020, s. 53–85 ja erityisesti korkeimpien oikeuksien näkökulmasta ks. OM 1/2015, s. 58–60, 106. Oikeusjärjestelmän sisäinen vertailu voi osoittautua hyödylliseksi hallintoprosessuaalisia menettelytapoja kehitettäessä sekä yksittäisissä asioissa ratkaisuja tehtäessä ja erityisesti prosessia johdettaessa. Lisäksi eri prosessilajeja yhdistävien piirteiden tuntemus mutta erityisesti niitä erottavien yksityiskohtien tunnistaminen on tärkeää henkilöille, jotka ammatikseen hoitavat eri prosessilajien mukaisessa järjestyksessä käsiteltäviä asioita.

kokonaiskäsitely. Ilman kohtuullista ymmärrystä kokonaisuudesta yksityiskohtien vertailu voi olla jokseenkin hyödytöntä. Yleisen lainkäytön preklusiojärjestelyt johtavat kiinnittämään huomiota erityisesti sääntelyn täsmällisyyteen, mukaan lukien instanssijärjestykselliset kysymykset, ja tuomioistuimen informatiivisen prosessin johdon olennaisuuteen preklusion hyväksyttävyyden taustalla. Yleisemmällä tasolla voidaan puhua tutkimuksen kohteen tarkastelusta menettelylliseen oikeusturvaan liittyvästä näkökulmasta.

Prosessilajien vertailtavuutta vaikeuttaa jossain määrin ensinnäkin se, että hallintoprosessissa on jo ensimmäisessä oikeusasteessa tyypillisesti kysymys muutoksenhausta, kun taas siviiliprosessissa on alimmassa oikeusasteessa tyypillisesti kysymys ensi asteen vireillepanoinstituutiolla, kuten kanteella tai hakemuksella, aloitettavasta menettelystä.<sup>21</sup> Lisäksi ennen hallintolainkäyttövaihetta viranomaisen on usein käsitellyt hallintoasiaa paitsi sinänsä myös mahdollisesti hallinnollisessa muutoksenhausta, kuten oikaisuvaatimusmenettelyssä, johon liittyy suurempia oikeusturvaodotuksia kuin ensi asteen hallintomenettelyyn.<sup>22</sup> On myös viranomaisia, joiden päätöksenteko muistuttaa tuomioistuimen harkintaa. Hallintoprosessin kohde on varsin pitkälle määräytynyt jo hallinnon sisäisissä käsittelyissä. Tähän nähden hallintomenettely, mahdollinen hallinnollinen muutoksenhaku ja oikeudenkäynti hallintotuomioistuimessa muodostavat jatkumon.<sup>23</sup>

<sup>21</sup> Asia voi tulla hallintotuomioistuimessa vireille myös muutoin kuin valituksella, jolloin siinä ei ole kysymys muutoksenhausta. Tällaisista ”muista” hallintolainkäyttöasioista säädetään HOL 4 luvussa (19–23 §) ja 82 §:ssä. Niissä perusasetelma osapuolisuhteineen on usein vastaava kuin yleisen lainkäytön asioissa. Siviiliprosessuaalisia riita-asioita muistuttavissa hallintoriita-asioissaakaan ei tosin ole HOL:sta poikkeavia säännöksiä, joilla rajoitettaisiin vaatimusten ja muun aineiston esittämistä ajallisesti. Hallintoriita-asioiden prosessuaalisista ominaispiirteistä ks. Tarukannel 2004, passim.

<sup>22</sup> Ensi asteen hallintomenettelyn ja oikaisuvaatimuksen suhteesta ks. Halila – Aer 2014, s. 49–55. Perustuslakivaliokunta on vuonna 2018 HOL:ia koskevassa lausunnossaan (PeVL 50/2018 vp, s. 7–8) todennut, että ”[v]aikka oikaisuvaatimusmenettelyä voidaan valiokunnan käsityksen mukaan pitää tavallaan muutoksenhaun ensimmäisenä vaiheena, kysymys ei ole tuomioistuimessa tapahtuvasta lainkäytöstä, minkä vuoksi se ei voi täyttää perustuslain 21 §:n 1 momentin vaatimusta siitä, jokaisella on oikeus saada oikeuksiaan ja velvollisuuksiaan koskeva päätös tuomioistuimen tai muun riippumattoman lainkäyttöelimen käsiteltäväksi.”

<sup>23</sup> Hallintoprosessuaalisen ensimmäisen asteen muutoksenhaun vertailu muutoksenhakuun hovioikeudessa on ongelmallista jo siitä syystä, että hovioikeudessa muutoksenhaun kohteena on toisen tuomioistuimen eikä viranomaisen ratkaisu. Ks. Aer 2000, s. 144, joka on myös todennut (s. 3), että hallintoviranomaisten ja tuomioistuinten toimintatapa on perustavanlaatuisesti erilainen, koska tuomioistuimen oletetaan olevan osapuolista riippumaton ja ratkaisevan asian puolueettomasti. Lisäksi tuomioistuinten täytyy nojautua ratkaisuihinsa yksinomaan oikeusnormeihin, kun taas hallintoviranomaiset toteuttavat ratkaisuillaan hallinnolle asetettuja tavoitteita. Ks. myös hallintoviranomaisen ja tuomioistuimen tehtävien

Hallintotuomioistuimessa on muutoksenhakuasiassa perimmältään kysymys hallintoviranomaisen ratkaisun ja siihen liittyvien menettelytapojen lainmukaisuuden arvioinnista.<sup>24</sup> Todetusta jatkumosta johtuen on mahdollista, että hallintotuomioistuin joutuu tekemään ratkaisuja sen suhteen, voidaanko jokin *hallinnollisen preklusion* kohteeksi joutunut aineisto ottaa huomioon pääasiaa hallintotuomioistuimessa käsiteltäessä.<sup>25</sup> Näin ollen

---

eroista Siitari-Vanne 2005, s. 147–148; Kuusiniemi 2020, s. 187–188. Halila – Aer 2014, s. 53 ovat todenneet oikaisuvaatimusmenettelystä, että hallinnolliset tarkoituserät eivät ole siinä samanlaisessa keskeisessä roolissa kuin ensi asteen päätöstä tehtäessä, joskin oikaisuvaatimuksen käsittelyn yhteydessä on mahdollista arvioida uudelleen myös tarkoitukseenmukaisuuskysymyksiä. Toisaalta oikaisuvaatimusmenettelyssä korostuvat oikeusturvänäkökohdat ja tätä kautta varsinaiseen muutoksenhakuun rinnasteiset elementit selvemmin kuin ensimmäisessä päätöksentekoaikassa.

<sup>24</sup> Lainmukaisuuden arvioinnin luonne vaihtelee riippuen siitä, missä määrin lainsäätäjät on jättänyt eri normistoissa hallintoviranomaiselle harkintavaltaa; esimerkiksi koskeeko päätös subjektiivisia oikeuksia, kuten vammaisen lapsen koulukuljetuksia, vai vapaaharkintaista määrärahasidonnaista omaishoidon tukea. Ks. tästä lähemmin Kuusiniemi 2020, s. 192–200, joka on myös todennut (s. 193), että tuomioistuin ei saa mennä ”asian sisään” ja ratkaista sitä uudelleen alusta pitäen ja että oppi yhdestä ainoasta oikeasta ratkaisusta on mennyttä maailmaa.

<sup>25</sup> Ks. esim. Patentti- ja rekisterihallituksen 8.6.2021 päivitetty ohjeistus ”Väite tavaramerkkiä vastaan”, jonka mukaan ”[v]äitekirjelmässä on ilmoitettava kaikki seikat, joihin väite perustuu. Väitettä voi täydentää vielä väiteajan jälkeen esimerkiksi lisänäytöllä tai argumentoinnilla, jotka tukevat väiteperusteita, mutta uusia perusteita väiteajan päättymisen jälkeen ei voi enää esittää.” Hallinnollinen preklusiivinen vaikutus voi ajoittua myös viranomaisen päätöksentekohetkeen, mistä on kysymys kansalaisuusasioissa. Kansalaisuuslain (359/2003) yleiseksi perusteeksi on otettu korkeimman hallinto-oikeuden lyhyenä ratkaisuselosteena julkaistun ratkaisun KHO 3.8.2000/2096 ilmentämä lähtökohta, jonka mukaan kaikkien kansalaistamisen edellytysten, joiden täyttyminen saattaa määrittää tarkasteluajankohdasta riippuen, on täytyttävä samanaikaisesti ja sillä hetkellä, kun viranomainen tekee päätöksensä. Edellytysten täyttymisen tarkasteluajankohta ilmaistaan kansalaisuuslain 13.1 §:n johdantolauseessa sanoilla ”hakemusta ratkaistaessa”. Tämä tarkoittaa asian ratkaisemista Maahanmuuttovirastossa. Kansalaistamisen yleisten edellytysten täyttymistä arvioitaessa otetaan siis huomioon viranomaiskäsitteilyn aikaisia mutta ei sen jälkeisiä olosuhteiden muutoksia. Tämän sääntelyn taustoista ks. Pere 2008, s. 358–359, jonka mukaan toiselle kannalle päätyminen olisi johtanut suureen määrään valituksia pelkästään prosessuaalisen edun saamiseksi. Koska viranomainen voi hakemuksen täydentämispyyntöön siirtää hakemuksen menestymisen kannalta ratkaisevaa hakemuksen ratkaisemishetkeä myöhemmäksi (ks. esim. lyhyenä ratkaisuselosteena julkaistu ratkaisu KHO 6.9.2018/4042), tällaista järjestelyä voi luonnehtia kehotustyyppiseksi viranomaisen määräämäksi preklusioksi. Kansalaisuuden saamista hakemuksen perusteella koskevissa asioissa uuden selvityksen – oikeustositseikkojen ja todisteiden – toimittaminen vasta hallinto-oikeuteen on tavanomaista mutta kansalaisuuslain sääntelystä johtuen oikeustositseikkojen osalta merkityksetöntä (ks. esim. KHO 2016:55 ja KHO 2016:136). Kielteinen ratkaisu kansalaisuusasiassa ei saa oikeusvoimaa, joten hallinto-oikeudessa huomiotta jätetty uusi selvitys voidaan esittää viranomaiselle toimitettavassa uudessa kansalaisuus-hakemuksessa. Kansalaisuuslain 13.1 §:iin ei vaikuttaisi oltavan tekemässä muutosta vuoden 2022 hallituksen esityksen perusteella (HE 64/2022 vp, s. 77).

hallinnollinen preklusiokysymys muodostuu myös muutoksenhakutuomioistuimen preklusiokysymykseksi.<sup>26</sup>

Tutkimuksen ulkopuolelle on rajattu muutoksenhakuun liittyvä varsinainen määräaika sääntely, vaikka sen vastaisesta menettelystä aiheutuukin prosessuaalinen sanktio eli muutoksenhakutuomioistuimen torjuva suhtautuminen pääasian käsittelyyn. Riippumatta seikkojen ja todisteiden esittämisen ajankohdasta ne saattavat yleisessä lainkäytössä tulla torjutuiksi myös esimerkiksi asiaan kuulumattomina tai tarpeettomina (OK 5:21.3 ja 17:8). Toisin kuin yleisessä lainkäytössä hallintolainkäytössä tuomioistuintuimella ei ole nimenomaista velvollisuutta rajoittavaan prosessinjohtoon,<sup>27</sup> vaan HOL 39.2 §:ssa säädetään, että tuomioistuin voi jättää huomioon ottamatta sellaisen aineiston, joka selvästi ei kuulu käsiteltävään asiaan.<sup>28</sup> Näissä OK:n ja HOL:n säännöksissä ei ole kysymys prosessuaalisista sanktioista, eikä niihin liittyviä kysymyksiä käsitellä tässä tutkimuksessa. Tämän tutkimuksen ulkopuolelle on rajattu niin ikään selvityksen hyödyntämiskieltoa (HOL 83 §) ja siihen liittyviä mahdollisia esittämisrajoituksia koskevat kysymykset sekä sellaiset suulliseen käsittelyyn liittyvät rajoitukset kuin tuomioistuimen mahdollisuus asettaa määräaika, jossa oikeudenkäynnin osapuolten on nimettävä todistajat (HOL 61.2 §), ja tuomioistuimen päätäntävällässä oleva kysymys siitä, keitä todistajiksi kutsutaan (HOL 61.3 §).

Tässä tutkimuksessa ei varsinaisesti käsitellä myöskään uuden selvityksen merkitystä korkeimman hallinto-oikeuden valituslupaharkinnassa tai ylimääräisessä muutoksenhaussa.<sup>29</sup> Valituslupajärjestelmän alaisten asioiden

<sup>26</sup> Yleisen lainkäytön osalta Jokela 2022, s. 421 on todennut, että hovioikeuden asemasta muutoksenhakutuomioistuimena seuraa, ettei preklusio hovioikeudessa voi koskea sellaisia seikkoja ja todisteita, joiden esittämisen käräjäoikeus on perusteetta evännyt ja joilta osin valittaja siis hakee muutosta hovioikeudesta.

<sup>27</sup> Tällaisesta nimenomaisesta velvollisuudesta ei ole säädetty myöskään HOL 35 §:ssä tai HOL 37.1 §:ssa, joskin mainituissa säännöksissä kylläkin käytetään ilmaisua ”on huolehdittava” prosessin johtamiseen ja asian selvittämiseen liittyen. Rautio – Frände 2020, s. 73 ovat korostaneet sitä, että OK 17:8 on pakottava, joskin se jättää sijaa tulkinnalle. Toisin sanoen jonkin kyseisen pykälän mukaisen kohdan soveltuessa tuomioistuimella on velvollisuus evätä todiste.

<sup>28</sup> Toisaalta todistajien kuulemisesta Mäenpää 2019, s. 389 on todennut, että hallintotuomioistuimen prosessinjohtollisena tehtävänä on huolehtia siitä, että useita todistajia ei tarpeettomasti kuulla samasta teemasta ja että todistelu kohdistuu riidanalaisiin seikkoihin ja tietoihin, joiden arvioinnissa todistajan kuuleminen on tarpeellista. Ruotsin hallintoprosessilain (Förvaltningsprocesslag, 1971:291) 8.3 §:ssa säädetään seuraavaa: ”Rätten ska se till att inget onödigt förs in i målet. Överflödigt utredning får avvisas. Lag (2013:86).” Kyseisellä säännöksellä on merkitystä lähinnä suullisten käsittelyjen kannalta. Ks. Ribbing 2018, s. 270.

<sup>29</sup> HOL 117.1 §:n 3 kohdan mukaan korkein hallinto-oikeus voi purkaa lainvoimaisen hallintopäätöksen tai hallintotuomioistuimen lainvoimaisen päätöksen, jos asiaan on tullut

osalta on kuitenkin syytä todeta, että vaikka uuden selvityksen esittämiseksi korkeimmassa hallinto-oikeudessa ei yleisesti ottaen olekaan preklusiivista estettä, uuden selvityksen esittäminen vasta siinä vaiheessa voi kuitenkin jäädä merkityksettömäksi siitä syystä, että asiassa ei myönnetä valituslupaa. Tämän tutkimuksen ulkopuolelle on rajattu niin ikään oikeusvoimakkaiden lähempi tarkastelu. Niihin liittyen siviiliprosessuaalisissa yhteyksissä on puhuttu ratkaisun prekludiovasta vaikutuksesta suhteessa myöhemmän toiseen oikeudenkäyntiin.<sup>30</sup> Myös hallintoprosessissa on lähtökohtana lainvoimaisen päätöksen pysyvyys ja sitovuus, mutta siitä on poikkeuksia. Esimerkiksi rakennuslupaa voidaan hakea hallintoasiana uudelleen, vaikka lupapäätös on hallintotuomioistuimen lainvoimaisella päätöksellä kumottu.<sup>31</sup>

HOL:n lisäksi tässä tutkimuksessa tarkastellaan sen preklusiivisista järjestelyistä poikkeavia kunnallisvalitusten ja teollisoikeudellisten rekisteröintiasioiden oikeudenkäynteihin vaikuttavia erityisjärjestelyjä. Kunnallisia päätöksiä koskeva yhtäältä kunnan jäsenen laillisuusvalvontakeino ja toisaalta asianosaisen oikeussuojakeino eli kunnallisvalitus on luokiteltu omaksi hallintovalituksesta eroavaksi valituslajikseen.<sup>32</sup> Hallintolainkäyttöllistä muutoksenhakua teollisoikeudellisissa rekisteröintiasioissa on puolestaan syytä pitää omana erityisenä prosessilajinaan ottaen huomioon, että muutoksenhaku on ohjattu erityistuomioistuimeen ja että kyseistä menettelyä säännellään varsin laajasti erityissäännösin muun ohella oikeudenkäynnistä markkinaoikeudessa annetussa laissa (100/2013, MOL).<sup>33</sup>

---

uutta selvitystä, joka olisi voinut olennaisesti vaikuttaa asiaan, eikä johdu hakijasta, että selvitystä ei ole aikanaan esitetty. Tästä purkuperusteesta lähemmin ks. Mäenpää 2019, s. 592–594; Koivuluoma – Paso – Saukko – Tarukannel – Tolvanen 2020, s. 353–354. Uusi selvitys ei sitä vastoin ole HOL 111 §:ssä säädetty valitusluvan myöntämisen oikeudellinen peruste, mutta sen voisi ajatella johtavan johdonmukaisuussyistä valitusluvan myöntämiseen lähinnä muu painava syy -perusteella ainakin silloin, kun edellä todettu purkuedellytys täyttyisi. Uuteen selvitykseen liittyvistä näkökulmista korkeimman hallinto-oikeuden valituslupaharkinnassa ks. Savola 2022, s. 351–352.

<sup>30</sup> Siviiliprosessin osalta Jokela 2015, s. 582–583 on todennut uudemmassa prosessioikeudellisessa kirjallisuudessa katsotun, että tuomion oikeusvoimavaikutus estää asianosaista vetoamasta uudessa oikeudenkäynnissä paitsi niihin oikeustositseikkoihin, joihin on vedottu jo ensiprosessissa, myös sellaisiin oikeustositseikkoihin, joihin ei ole ensiprosessissa vedottu, vaikka niin olisi voitu tehdä. Tällöin on siis kysymys tuomion tai tuomioistuimen muun ratkaisun oikeusvoiman prekludiovasta vaikutuksesta.

<sup>31</sup> Oikeusvoimasta hallintoprosessissa ks. esim. Mäenpää 2019, s. 541–545 ja hallintopäätöksen oikeusvoimasta ks. esim. Mäenpää 2018, s. 560–566.

<sup>32</sup> Käsitteestä valituslaji ks. esim. Mäenpää 2019, s. 205–209 ja käsitteestä oikeussuojakeino ks. esim. Harjula – Prättälä 2019, s. 896–907.

<sup>33</sup> Yleistä lainkäyttöä koskevassa prosessioikeudellisessa peruskirjallisuudessa esimerkiksi erityistuomioistuimissa käytävät siviiliprosessuaaliset oikeudenkäynnit on todettu siviiliprosessin erityisiin lajeihin kuuluviksi. Ks. Virolainen – Vuorenperä 2021, s. 64. Pikkujämsä 2014, s. 882 on todennut, että prosessilajeista erityisesti juuri hallintoprosessi on sisäisesti



## 1.2 Keskeiset käsitteet

Perti Välimäen toteamin tavoin preklusiosäntely on leimallisesti käsitteellistä. Siviiliprosessissa keskeisimmät preklusioon liittyvät lakikäsitteet ovat ”seikka” ja ”todiste”.<sup>34</sup> Myös hallintoprosessuaalinen säntely on itse prosessin niin sanotusta maallikkomyönteisyydestä<sup>35</sup> huolimatta hyvinkin käsitteellistä, tulkinnallista ja jopa epäselvää. Seuraavassa tarkastellaan lähemmin eräitä preklusioliitännäisiä sekä lainsäädännössä että oikeustieteessä käytettyjä käsitteitä tarkoituksessa mahdollistaa tutkimusaiheen mukainen preklusioon hallintoprosessuaalinen tarkastelu.

Hallintoprosessuaalisissa käyttöyhteyksissä valitukseen ja siinä esitettyihin vaatimuksiin liittyvien käsitteiden perusteet ja perustelut käyttö on ollut ja on edelleen sekavaa. HOL:iin omaksuttu laki-ilmaisuu on ”vaatimusten perustelut” (HOL 15.1 §:n 3 kohta), kun HLL:ssa käytettiin ilmaisua ”perusteet, joilla muutosta vaaditaan” (HLL 23.1 §:n 3 kohta). Viimeksi mainittua ilmaisua käytettiin tyypillisesti muodossa ”vaatimusten perusteet”. HOL:n esitöiden mukaan kyseinen muutos on ainoastaan terminologinen, eikä siis sisällöllinen, ja vaatimuksen perusteluilla tarkoitetaan sekä oikeus- että todistustositseikkoja ja lisäksi muuta selvitystä.<sup>36</sup> Muussa hallintoprosessuaalisessa säntelyssä käytetään edelleen käsitettä perusteet, ja esimerkiksi teollisoikeudellisten rekisteröintiasioiden oikeudenkäynnissä tosiseikat jakautuvat laki-ilmaisujen ”perusteet” ja ”todisteet” suhteen (esim. MOL 4:4).

Vaatusliitännäisten käsitteiden perusteet ja perustelut käyttöön liittyviä ongelmia ei juuri helpota, vaikka hallintoprosessuaalisessa doktriinissa on sinänsä vanhastaan nähty huomattavaa vaivaa *valitusperusteiden* (oikeusperuste, besvärgrund) ja *valitusperustelujen* (tosiasiaperuste, besvärskatum) erottelemiseksi.<sup>37</sup> HOL:ssa ei ole määritelty tai eroteltu lain-

---

hajanainen ja oikeastaan jakautuu vielä useisiin alaprosessilajeihin. Esimerkiksi vero- tai kunnallisvalituksen taikka ympäristöasian käsittely hallintotuomioistuimissa poikkeaa monin tavoin toisistaan, mitä seikkaa usein myös korostetaan.

<sup>34</sup> Yleisen lainkäytön preklusioon liittyvien käsitteiden tulkinnasta yleisesti ks. Välimäki 2016, s. 299–300.

<sup>35</sup> Perusajatuksena hallintolainkäytössä on ollut vanhastaan se, että yksilö kykenee ajamaan asiaansa ilman oikeudenkäyntiavustajaa tai -asiamiestä, mutta tilanne oli jo 1990-luvulla eri syistä alkanut muuttua. Ks. Halila 2000, s. 313–314. Mäenpää 2018, s. 846 on puhunut asianosaisen kannalta hallintoprosessin helppokäyttöisyydestä ja joustavasta menettelystä. Koulu 2012 on pitänyt hallintoprosessin ”helppokäyttöisyyttä” ja ”maallikkolähtöisyyttä” anakronistisena jäänteenä (s. 255) sekä myös teesinä tai myyttinä (s. 275–281).

<sup>36</sup> HE 29/2018 vp, s. 84.

<sup>37</sup> Ks. esim. Merikoski 1968, s. 358–360. Valitusperusteiden ja valitusperustelujen erottelusta hallintoprosessissa ennen HOL:ia kootusti ks. Aer 2008, s. 761–762, 764–766. Kuten

vastaisuuden (HOL 13.1 §) perusteita, siis edellä todetun doktriinin mukaisia valitusperusteita, joista voidaan puhua myös laillisuusperusteina. Sitä vastoin kuntalain 135.2 §:ssa laillisuusperusteet on määritelty.<sup>38</sup>

Oikeudenkäynnin pohjan luovat osapuolten vaatimukset. OK 24:3.1:n mukaan tuomioistuimien ei saa tuomita muuta tai enempää kuin asianosainen on vaatinut. Tämä *vaatimistaakkaa* tarkoittava säännös koskee dispositiivisia ja indispositiivisia asioita: sekä riita-asioita että OK 8 luvun mukaisia hakemusasioita. Vaatimistaakkaa sovelletaan myös muutoksenhaussa.<sup>39</sup> Lapsen huoltoa koskevissa indispositiivisissa hakemusasioissa tuomioistuimien voi kuitenkin mennä ratkaisussaan vanhempien sopimuksen ulkopuolelle, mikä merkitsee asiallisesti vaatimistaakasta poikkeamista.<sup>40</sup>

HOL:ssa ei ole nimenomaista säännöstä tuomioistuimen sidonnaisuudesta oikeudenkäynnin osapuolten vaatimuksiin,<sup>41</sup> eikä vaatimistaakka ole hallintoprosessissa ehdoton. HOL 79 §:n esitöiden mukaan se on kuitenkin lähtökohta.<sup>42</sup>

---

Aer on esittänyt, valitusperusteella on tarkoitettu valituksen oikeudellista perustaa ja valitusperusteluilla valituksen tosiasiallista pohjaa eli niitä seikkoja, joista valituksenalaisen päätöksen lainvastaisuus valittajan käsityksen mukaan johtuu. Käsitettä valitusperuste on käytetty myös puhuttaessa jaosta laillisuus- ja tarkoituksenmukaisuusperusteisiin. Aerin mukaan erilaiset tavat käyttää käsitettä valitusperuste eivät ole olleet omiaan edistämään hallintoprosessia koskevan lainsäädännön johdonmukaista tulkintaa.

<sup>38</sup> Laillisuusperusteista hallintoprosessissa ks. Mäenpää 2019, s. 265–266.

<sup>39</sup> Vaatimistaakka on siis instanssikohtainen. Muutoksenhakijan on esitettävä hovioikeudelle kaikki muutokset, joita hän vaatii käräjäoikeuden ratkaisuun tehtäväksi. Ei riitä, että muutoksenhakija on esittänyt samat vaatimukset jo käräjäoikeudessa. Ks. Jokela 2022, s. 364.

<sup>40</sup> Ks. Tolonen 2015, s. 173–174. Myös edunvalvonta-asioissa tuomioistuimien voi suojata päämiestä hakemusta laajemmin ja uskoa edunvalvojalle tehtäviä, joita hakemuksessa ei ole vaadittu. Tämä merkitsee poikkeusta hakemussidonnaisuuden periaatteesta. Ks. Linna 2022, s. 118.

<sup>41</sup> Ruotsin hallintoprosessilain 29 §:ssä säädetään seuraavaa: ”Rättens avgörande får ej gå utöver vad som yrkas i målet. Om det föreligger särskilda skäl, får dock rätten även utan yrkande besluta till det bättre för enskild, när det kan ske utan men för motstående enskilt intresse.” Ks. lähemmin Blomberg – Södergren 2020, s. 89–90; Lavin 2020, s. 92–93. HLL:n säätämiseen liittyneessä oikeusministeriön lainvalmisteluosaston ehdotuksessa (OM 2/1994, s. 377) oli ehdotettu seuraavaa säännöstä: ”Pääasiasta ei saa antaa ratkaisua laajemmalti kuin mitä on vaadittu. Erityisestä syystä päätöksessä voidaan kuitenkin antaa ratkaisu yksityisen asianosaisen eduksi ilman vaatimustakin, jos se ei ole vastoin toisen yksityisen etua.” Tällaista säännöstä ei kuitenkaan otettu HLL:iin.

<sup>42</sup> HE 29/2018 vp, s. 143. Hallintotuomioistuintäytännön osalta Aer 2008, s. 759 on todennut, että asianosaisen vaatimuksille annetaan yleensä huomattava merkitys. Ks. myös Mäenpää 2019, s. 317, 449–450, joka on todennut muun muassa, että esitettyjen vaatimusten rajoittava vaikutusta hallintotuomioistuimen päätösvaltaan on kuitenkin perusteltua soveltaa joustavasti ja tilannesidonnaisesti. Merkitystä on myös oikeusturvan vaatimuksilla ja sillä, että hallintotuomioistuimen tehtävänä on pyrkiä tekemään aineellisesti oikea ja lainmukainen päätös. Ne voivat perustella painavan yleisen edun vaatiessa tai yksityisen

Siviiliprosessissa *oikeustosisaikalla* tarkoitetaan vaaditun oikeusseurauksen kannalta välittömästi merkityksellistä konkreettista tosiseikkaa. *Todistustosisikka* on puolestaan välillisesti merkityksellinen tosiseikka, johon ei liity oikeusseuraamusta vaan jolla on merkitystä ainoastaan todisteena jonkin oikeustosisaikan tai jonkin toisen todistustosisaikan olemassaolosta tai puuttumisesta. Todistustosisaikalla on siten merkitystä siihen liittyvän näyttöarvon vuoksi. Käsitteellä todiste on kaksoismerkitys: se voi tarkoittaa *todistustosisikkaa* tai *todistuskeinoa*, kuten kirjallista todistetta, todistajaa, asiantuntijaa tai katselmusta. *Väittämisen eli vetoamistaakasta* säädetään OK 24:3.2:ssa. Sen mukaan asiassa, jossa sovinto on sallittu, tuomiota ei saa perustaa seikkaan, johon asianosainen ei ole vaatimuksensa tai vastustamisensa tueksi vedonnut. Vetoamisvelvollisuus on subjektiivinen, ja vetoamisen on oltava nimenomaista. Väittämistaakka koskee lähtökohtaisesti myös muutoksenhakua. Edellä mainitussa lainkohdassa todettulla seikalla tarkoitetaan vain oikeustosisikkaa. Väittämistaakka ei siis koske dispositiivistenkaan riita-asioiden osalta todistustosisikkoja, vaan ne tuomioistuimien voi ottaa huomioon ratkaisua tehdessään ilman vetoamistakin siinä laajuudessa kuin ne käyvät ilmi oikeudenkäyntiaineistosta.<sup>43</sup>

Oikeudenkäymiskaaren sääntelyn lähtökohta on, että asia on kokonaisuudessaan joko dispositiivinen tai indispositiivinen. Jako ei kuitenkaan ole selkeä, ja asioiden käsittelyyn liittyviä soveltamisongelmia (kuten väittämistaakka, preklusio, kanteesta luopuminen tai sen myöntäminen ja sovinnon vahvistaminen) saattavat aiheuttaa erityisesti sekatyypiset tai -muotoiset asiat. Mainittu jako tehdään vaaditun seuraamuksen eli vaatimuksen tarkastelun tasolla ja kysymällä aineellisen oikeuden perusteella, vallitseeko vaaditun seuraamuksen osalta sopimusvapaus vai ei. Asia on indispositiivinen, jos vaadittuun seuraamukseen voidaan päästä vain tuomioistuimen ratkaisun tai viranomaisen kontrollin kautta. Tällaisesta asiasta on käytetty myös nimitys-

---

eduksi tehtävää ratkaisua ilman nimenomaista vaatimustakin. HLL:n ajalta veroasioihin liittyen Myrsky – Rabinä 2015, s. 557 ovat esittäneet vaatimistaakan osalta, että käytännössä sitä ei sovelleta tiukasti silloin, kun muutoksenhakijana on verovelvollinen. Lievää tulkintaa voidaan puoltaa verovelvollisen suosimisen periaatteella, virallisperiaatteella sekä pyrkimyksellä aineelliseen totuuteen. Kysymys on usein siitä, että verovelvollisen vaatimusta tulkitaan hyväntahtoisesti ja jossain määrin laajentavasti. Vaatimistaakasta on siten mahdollista poiketa verovelvollisen eduksi, vaikka HLL 51.1 § [SM: nykyinen HOL 79 §] asettaa tutkimisvallan rajan valituksessa esitettyihin vaatimuksiin. Jos muutoksenhakijana on veronsaaja, vastaavaa lievennystä ei sovelleta.

<sup>43</sup> Oikeustosisaikan ja todistustosisaikan käsitteistä ks. esim. Virolainen – Vuorenmaa 2021, s. 109–110. Väittämistaakan erosta kantajan ja vastaajan osalta sekä kiistämistaakasta ks. esim. Lappalainen – Hupli 2021, s. 507–510, 519–521. Väittämistaakasta hovioikeusmenettelyssä ks. Jokela 2022, s. 345–346.

tä virallisvalvontainen asia, ja oikeudenkäymiskaassa siihen viitataan ilmaisulla ”jossa sovinto ei ole sallittu” (esim. OK 17:7).<sup>44</sup>

Väittämistaakka ei siis koske indispositiivisia asioita, mutta niiden osalta voidaan puhua *informaatio- tai informointitaakasta*, joka ei kuitenkaan ole kuten väittämistaakka normatiivinen vaan tosiasiallinen taakka. Siinä on kysymys asianosaisen tosiasiallisesta riskistä sen suhteen, että jokin seikka ei tule ilman asianosaisen mainintaa tuomioistuimen tietoon.<sup>45</sup>

Hallintoprosessissa käsiteltävät asiat ovat indispositiivisia, joten niitä ei koske edes oikeudenkäynnin vireillepanijan osalta samanlainen väittämistaakka kuin dispositiivisia riita-asioita.<sup>46</sup> HOL 79 §:n mukaan hallintotuomioistuimen tulee asian ratkaistessaan harkita kaikkia esiin tulleita seikkoja ja päättää, mihin seikkoihin ratkaisu voidaan perustaa.<sup>47</sup> Säännöksen sanamuoto ei viittaa siihen, että seikkaan vetoamisen tulisi olla nimenomais-

---

<sup>44</sup> Riita-asioiden luokittelusta dispositiivisiin ja indispositiivisiin sekä sekatyypisten asioiden käsittelyyn liittyvistä kysymyksistä ks. Leppänen 1998, s. 7–12; Virolainen – Vuorenmaa 2021, s. 62–63, jossa (s. 63) indispositiivisesta riita-asiasta käytetään myös nimitystä virallisvalvontainen riita-asia. Indispositiivisten riita-asioiden luokittelusta tarkemmin ks. Virolainen 1988, s. 323–328. Dispositiivisuudesta, indispositiivisuudesta ja sekamuotoisuudesta OK 8 luvun mukaisessa järjestyksessä käsiteltävissä hakemusasioissa ks. Linna 2022, s. 32–35.

<sup>45</sup> Ks. Virolainen 1988, s. 338–339; Vaitoja 2014, s. 32; Tolonen 2015, s. 60; Lappalainen – Hupli 2021, s. 521. Tapanila 2021, s. 258 on todennut, että oikeudenkäyntiä myös indispositiivisessa asiassa on omiaan selkeyttämään ja jäntevöittämään, jos asianosaiset pyrkivät kattavasti vetoamaan niihin seikkoihin, joihin he haluavat tuomioistuimen ratkaisun perustuvan.

<sup>46</sup> Hallintoasioiden indispositiivisuus rajoittaa määräämisperiaatteeseen nojautuvan väittämistaakan merkitystä hallintoprosessissa siten, että väittämistaakka voi olla vain oikeusturvapyyntöä tehneellä muutoksenhakijalla sekä hallintoriita-asian tai muun hakemusasian vireillepanijalla. Muiden asianosaisten kuin vireillepanijan tai päätöksen tehneen viranomaisen ei tarvitse erikseen esittää valituksen hylkäämistä tai muutoin vastustaa vaatimuksia eikä esittää perusteita vastustamiselleen. Ks. Aer 2008, s. 769. Hallintoriita-asioiden osalta Tarukannel 2004, s. 422 on todennut, että väittämistaakan ulottuvuus riippuu yksittäistapauksellisen asian indispositiivisuuden asteesta. Hallintomenettelyn osalta Kulla – Salminen 2021, s. 248–249 ovat puolestaan todenneet, että hakemusasioissa asianosaisella on väittämistaakka eli velvollisuus vedota tosiseikkaan, jotta se tulisi huomioon otetuksi hallintoasiaa käsiteltäessä. Esimerkiksi virkaa täytettäessä viranomaisen ei yleensä voi ottaa huomioon hakijan ansioita muutoin kuin juuri tämän hakemuksesta ilmenevällä tavalla.

<sup>47</sup> Ruotsin hallintoprosessilain 30.1 §:ssä säädetään seuraavaa: ”Rättens avgörande av mål skall grundas på vad handlingarna innehåller och vad i övrigt förekommit i målet.” Säännöksestä ilmenee, että asianosaisilla ei yleisesti ottaen ole väittämistaakkaa. Käytännössä on kuitenkin asiaryhmäkohtaisia eroja. Ks. lähemmin Blomberg – Södergren 2020, s. 101–102. Ribbing 2021, s. 500–501 on todennut hallintoasioiden luonteesta yleisesti, että ne ovat indispositiivisia, mistä seuraa ”att ett enskilt intresse står mot ett allmänt. Målen kännetecknas av samhällsintressen som domstolen måste beakta och parterna har därför inte fri dispositionsrätt över den sak som är föremål för prövning. Sålunda är en förvaltningsdomstol inte bunden av parternas medgivanden, eftergifter eller erkännanden. Domstolen kan inte heller förlika parter och stadfästa en förlikning i dom.”

ta tai että seikka olisi edes tullut esiin asianosaisen tai muun oikeudenkäynnin osapuolen esittämänä, vaan se voi olla myös tuomioistuimen esiin nostama. Säännöksen esitöissä on myös todettu, että tuomioistuimella ei ole toimivaltaa tutkia laajasti sellaisten lainvastaisuuden perustavien seikkojen olemassaoloa, joihin oikeudenkäynnissä ei ole vedottu.<sup>48</sup> Hallintoviranomaisessa tapahtuneet menettelyvirheet, kuten selvät esteellisyys- ja toimivaltavirheet, voivat kuitenkin olla sellaisia, että hallintotuomioistuimen tulee ottaa ne oma-aloitteisesti huomioon.<sup>49</sup>

Esitöiden ilmaisu siitä, että tuomioistuimella ei ole toimivaltaa tutkia *laajasti* ei-vedottujen seikkojen olemassaoloa, on varsin epämääräinen, mutta esitöissä menettelyvirheistä todettu selvittää asiaa jossain määrin. Tosin erilaisten muoto- ja menettelyvirheidenkään viran puolesta tutkimisen edellytykset eivät ole selkeät. Esitöissä mainittujen esteellisyys- ja toimivaltavirheiden lisäksi erityisesti myös kuulemisvirheisiin voidaan puuttua viran puolesta.<sup>50</sup> Lisäksi jäljempänä käsiteltäviin oikeudenkäyntiväitteisiin liittyvät prosessinedellytykset hallintotuomioistuimen on tutkittava riippumatta siitä, onko kukaan oikeudenkäynnin osapuolista tehnyt väitettä prosessinedellytyksen puuttumisesta.

<sup>48</sup> Mäenpää 2019, s. 451 on ilmaissut asian niin, että ehdotonta muodollista estettä ei ole sille, että hallintotuomioistuin tutkii hallintovalituksen kohteena olevan päätöksen laillisuuden sellaisenkin laillisuusperusteen osalta, johon valituksessa ei ole nimenomaisesti vedottu. Vähän jäljempänä samalla sivulla on puolestaan esitetty, että hallinto-oikeudella ei ole velvollisuutta arvioida päätöksen lainmukaisuutta laajemmalti kuin valituksessa esitettyjen perusteiden kannalta. HLL:n vuoden 1997 pykäläkommentaarissa on puolestaan todettu, että vaikka valitusviranomainen onkin yleensä sidottu asianosaisten vaatimuksiin, se ei ole kuitenkaan sidottu niihin perusteisiin, joita asianosaiset vaatimustensa tueksi esittävät. Ks. Hallberg – Ignatius – Kanninen 1997, s. 326–327. Ks. myös Mattila 2008, s. 284, joka on todennut, että hallintotuomioistuin ei voi tutkia asiaa muulta osin kuin siitä on valitettu eikä se voi myöskään mennä esitettyjen vaatimusten ulkopuolelle. Sen sijaan valituksen perustelujen suhteen hallintotuomioistuimella on liikkumavaraa kunnallisvalituksen tilanteita lukuun ottamatta.

<sup>49</sup> HE 29/2018 vp, s. 144. Oikeuskirjallisuudessa esitetyn mukaan toimivallan peruselementit hallintoprosessissa ovat tutkimisvalta (materiaalinen ja aktiivinen tutkimisvalta), päätösharkinta ja päätösvalta. Näistä elementeistä ks. Mäenpää 2019, s. 431–446; Koivuluoma – Paso – Saukko – Tarukannel – Tolvanen 2020, s. 266–271. Pikkujämsä 2021, s. 541 on puheena oleviin esitöihin ja niissä käytettyyn ilmaisuun *osapuoli* viitaten todennut, että ainakin lain perusteluiden tasolla jonkinlainen vetoamistaakka koskee myös viranomaista.

<sup>50</sup> Kulla 2004, s. 176 on todennut, että sisältövirheisiin tuomioistuin ei puutu enempää kuin valituksessa on vaadittu. Kuitenkin tuomioistuin tutkii viran puolesta mitättömyytenä ilmenevän pätemättömyyden, toimivaltavirheet, menettelyn tai oikeusprosessin edellytysten virheet ja eräin edellytyksin menettelyvirheet. Etenkin kuulemisvirheisiin hallintotuomioistuin voi oikeuskäytännössä ja oikeustieteessä vakiintuneen kannan mukaan puuttua oma-aloitteisesti. Myös muut olennaiset eli päätöksen sisältöön tai puolustautumismahdollisuuksiin vaikuttavat virheet ovat samassa asemassa.

Hallintotuomioistuimen virallisuustoimintoisuuden ulottuvuuden, siis HOL 37.2 §:n mukaisen hallintotuomioistuimen oma-aloitteisen selvittämisvelvollisuuden, kannalta pääasian osalta on puolestaan olennaista asian luonne, erityisesti asiaan tai sen osaan liittyvän yleisen intressin (ja/tai julkisen intressin)<sup>51</sup> voimakkuus<sup>52</sup> tai yksityisen asianosaisen oikeussuojan tarpeen merkittävyys<sup>53</sup>. Nähdäkseni HOL:lla ei ole ollut tarkoitus tuoda olennaista muutosta tähän asetelmaan. Voidaan siis todeta, että hallintotuomioistuimen toimivallan erään elementin eli tutkimisvallan aktiivisuuden aste on vaihteleva ja toisinaan prosessin selkeyden ja avoimuuden näkökulmasta ongelmallisesti yksittäistapauksellisesti määräytyvä.<sup>54</sup> Prosessin selkeyttä ja avoimuutta voidaan parantaa menettelyä koskevalla *informatiivisella prosessinjohdolla*.<sup>55</sup> Olli Mäenpään mukaan osaltaan nimenomaan joustavan hallintoprosessuaalisen sääntelyn vuoksi asianosaiselle pitää tarpeen mukaan selvittää, ”minkälaisia hallintolainkäyttölaissa tarkemmin

<sup>51</sup> Hallintoprosessuaalisissa peruskirjallisuudessa on virallisperiaatteen esittelyn yhteydessä käytetty käsitteitä *julkinen* intressi (Hallberg – Ignatius – Kanninen 1997, s. 242–244; Koivuluoma – Paso – Saukko – Tarukannel – Tolvanen 2020, s. 46–48, 181–182) tai *yleinen* etu (Mäenpää 2019, s. 316). Näiden käsitteiden vaihtelevaan käyttöön ei vaikuttaisi liittyvän käytännöllistä eroa. Nähdäkseni hallintoprosessuaalisissa yhteyksissä julkinen intressi (tai etu) ja yleinen intressi (tai etu) käsitetään siis hyvin pitkälle synonyymeiksi.

<sup>52</sup> Merikoski 1968, s. 382 on esittänyt, että valitusasian valmistelussa viranomaisen aktiivisuuden voimakkuus (virallisperiaate ja tiukka tutkintamenettely vai käsittelymenettelyn suuntaan siirtyminen) jää riippuvaksi siitä, kuinka tärkeästä yleisestä edusta asiassa on kysymys.

<sup>53</sup> Ks. HE 29/2018 vp, s. 104. Kuusiniemi 2020, s. 200–201 on todennut, että esimerkiksi veroasioissa, joissa toteutuu muodollinen kaksiasianosaissuhde veronsaajan ja verovelvollisen kesken ja joissa tyypillisesti kumpaakin puolta edustavat asiantuntevat asiamiehet, virallistoimintoisuus on hyvin rajallista verrattuna vaikkapa sosiaaliasiaan, jossa maallikko hakee muutosta viranomaisen päätökseen. Ajalta ennen HLL:ia ks. Korkeimman hallinto-oikeuden 70-vuotisjuhlamuistio, s. 294, jossa on todettu, että ”[e]sitettyjä vaatimuksia ulommaksi ei yleensä mennä. Mikäli kysymys on yksityisen oikeusturvasta, asiaa saattaa olla tarpeen selvittää laajemminkin pyrittäessä aineellisen oikeuden vaatimuksia vastaavaan lopputulokseen.”

<sup>54</sup> Ks. Koivuluoma – Paso – Saukko – Tarukannel – Tolvanen 2020, s. 181–182, jotka ovat todenneet muun ohella seuraavaa: ”*Virallisperiaatteen* eli tuomioistuimen selvitysvelvollisuuden sisältö määräytyy edellä mainitun mukaisesti tapauskohtaisesti. Esimerkiksi tietyn asian erilaisilla yksityisillä ja julkisilla intresseillä, hallinnon lainalaisuuden asiakohtaisilla painotuksilla, muutoksenhakijan asemalla (heikko/vahva), asiamiehen olemassaololla ja muilla vastaavilla tekijöillä on merkitystä virallisperiaatteen soveltamiseen ja siten tuomioistuimen toiminnan aktiivisuuteen.” Erityisen korostunut hallintotuomioistuimen virallistoimintoisuus on lapsen huostaanottoa koskevissa lastensuojeluviranomaisen hakemuksellaan vireille panemissa oikeudenkäynneissä, joissa on kysymys lapsen edun toteutumisesta. Ks. Tolonen 2015, s. 18–19, 178–180; Aer 2012, s. 281–287.

<sup>55</sup> Informatiivisen prosessinjohdon kohteena on oikeudenkäyntiaineiston lisäksi myös menettelyyn liittyvät näkökohdat. Siviiliprosessin osalta ks. Vaitoja 2014, s. 302; Tapanila 2021, s. 274.

sääntelemättömiä prosessuaalisia odotuksia tai rajoituksia häneen kohdistuu esimerkiksi selvityksen tai vaatimusten esittämisessä taikka prosessitoimien tekemisessä.<sup>56</sup>

Tosiseikka- eli näyttökäytöksen osalta prosessuaalisten ilmiöiden erottelu on ollut hallintoprosessissa perinteisesti varsin jäsentymätöntä. Korkeimman hallinto-oikeuden 70-vuotisjuhlamuistiossa vuodelta 1988 todettiin, että ”[e]rottelulla oikeustositseikkoihin ja todistustositseikkoihin ei ole ollut sanottavaa merkitystä, vaan on yleisemmin puhuttu asioiden selvittämisestä.”<sup>57</sup> Vastaavasti HLL:n esitöissä todettiin, että tällainen tosiseikkojen erottelu on hallintolainkäytössä yleensä vaikeaa ja tarpeetonta.<sup>58</sup> Sittenkin muutamien korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisujen perusteluissa on kuitenkin katsottu tarpeelliseksi viitata käsitteeseen oikeustositseikka, joskin HLL:n esitöiden kuvaamisen kautta (ainakin ratkaisut KHO 2017:156 ja KHO 2019:158).<sup>59</sup> Nykyisen HOL 15.1 §:n 3 kohdan esitöiden mukaan vaatimusten perusteluilla tarkoitetaan sekä oikeus- että todistustositseikkoja, mutta vaatimusten perusteluja ei valituksessa ole tarpeen eritellä tällä tavoin.<sup>60</sup>

Vaikka oikeudenkäynnin osapuolilta ei tällaista erittelyä edellytetäkään, tuomioistuimen ratkaisuharkinnassa oikeus- ja todistustositseikkojen erottelemattomuus saattaa johtaa siihen, että asian lopputulos muodostuu virheelliseksi.<sup>61</sup> Itse asiassa jo aineellinen prosessinjohto usein edellyttää hal-

<sup>56</sup> Ks. Mäenpää 2007, s. 359, jonka mukaan viime kädessä on kuitenkin lainsäätäjän tehtävä täsmentää hallintoprosessia.

<sup>57</sup> Korkeimman hallinto-oikeuden 70-vuotisjuhlamuistio, s. 293.

<sup>58</sup> HE 217/1995 vp, s. 50. Ks. myös esim. Vihervuori 2004, s. 498–502. Aer 2008, s. 765 on puolestaan todennut, että hallintoprosessissa on välttämätöntä erottaa, mitkä tosiseikat ovat oikeudellisesti merkityksellisiä ja millä tosiseikoilla on asian ratkaisun kannalta välitöntä merkitystä ja millä vain välillistä merkitystä. Vastaavasti ks. Aer 2012, s. 275, alaviite 315. Tarukannel – Tolvanen 2010, s. 951 ovat arvelleet syyksi sille, että tosiseikkojen jäsentäminen on ollut hallintolainkäytössä heikosti kehittyntä, kirjallisen menettelyn luonteen, oikeusvoimavaikutuksen merkityksen vähäisyyden ja preklusiouhkan puuttumisen.

<sup>59</sup> Pikkujämsä 2014, s. 884 on todennut korkeimman hallinto-oikeuden roolin sekä oikeus- ja todistustositseikkojen suhteesta, että korkeimman hallinto-oikeuden rooliin sopisi hyvin toimiminen suunnannäyttäjänä siinä, että asianosaisten kirjelmistä erotellaan yhtäältä erikseen oikeus- ja todistustositseikan tyyppiset faktaväitteet ja toisaalta varsinainen oikeudellinen argumentointi. Tämä voisi konkreettisesti näkyä siinä, miten korkeimman hallinto-oikeuden päätösten resitiittiosa kirjoitetaan. Kertoelman ei pitäisi olla asianosaisten kirjelmien sanatakkua toistamista, vaan sen tulisi ilmaista tuomioistuimen oma käsitys ratkaistavana olevasta asiakokonaisuudesta.

<sup>60</sup> HE 29/2018 vp, s. 84.

<sup>61</sup> Ks. Mäenpää 2019, s. 264, jonka mukaan jaottelulla oikeustositseikkoihin ja todistustositseikkoihin voi olla merkitystä, kun hallintotuomioistuimien arvioi oikeudenkäynnissä esitettyä selvitystä. Nähdäkseni esim. vuosikirjapäätöksestä KHO 2016:155 ilmenee, että alempi tuomioistuin ei ollut riittävästi kiinnittänyt huomiota käsitteen *selvitys* sisältämiin oikeu-

linnassa olevaa tosiseikkakysymykseen liittyvien oikeudellisten ilmiöiden erottelua, jotta prosessinjohdosta vastaava olisi tietoinen siitä, mitä on tekemässä.<sup>62</sup>

Selvittämisen kohteena hallintoprosessissa on tosiseikat, sovellettava oikeus ja selvityksen arviointi.<sup>63</sup> Käsitteen *selvitys* käyttö hallintoprosessuaalisissa yhteyksissä saattaa olla vaikeasti avautuvaa. Se ei myöskään aina tarkoita tosiseikkoja koskevaa selvitystä ja siten näyttöä.<sup>64</sup> Asian selvittämistä koskevan HOL 37 §:n esitöiden mukaan selvityksellä tarkoitetaan kyseisessä pykälässä ensinnäkin kirjallista selvitystä tosiseikoista, minkä lisäksi sillä tarkoitetaan niin suullisessa käsittelyssä tai katselmuksessa esitettävää todistelua kuin asiantuntijoiden lausuntoja.<sup>65</sup> Todetun perusteella käsite selvitys vaikuttaisi kattavan ainakin kaikenlaisen tosiseikkoja – historiallisia tai vallitsevia – ja kokemussääntöjä koskevan todistelun, mutta selvityksessä voi olla kysymys myös tulevaisuutta koskevasta ennusteesta. Viime kädessä ennuste ei ole näyttökysymys.<sup>66</sup>

---

dellisesti merkityksellisiin osatekijöihin. Päätöksessä on todettu muun muassa seuraavaa: ”Kansalaisuuslain mukaiseen poikkeamisperusteeseen vetoavan hakijan tulee kansalaisuuslain 45 §:n 2 momentin nojalla liittää hakemukseensa selvitys, johon hän perustaa vaatimuksensa. Mainittu säännös ei kuitenkaan ole esteenä sille, että Maahanmuuttoviraston kansalaisuutta koskevasta päätöksestä valittava voi hallintolainkäyttölain säännösten nojalla toimittaa valitusviranomaiselle lisäselvitystä jo hakemusvaiheessa esittämiensä perusteiden tueksi. Valittaja oli toimittanut hallinto-oikeudelle 6.11.2013 allekirjoitetun lääkärinlausunnon tukemaan hänen kansalaisuushakemuksessaan esittämänsä perustetta poiketa kielilaitoedellytyksestä. Lausunto sisältää lyhyen selostuksen valittajan jo hakemusvaiheessa esiin tuomista oppimis-, lukemis- ja kirjoittamisongelmista sekä lääkärin näkemyksen ongelmien pysyvyydestä. Edellä mainittuun nähden hallinto-oikeuden ei olisi tullut jättää ottamatta lääkärinlausuntoa huomioon ja siten päätösharkinnassaan sivuuttaa tätä lausuntoa, vaan arvioida sen merkitys ratkaistavana olevan oikeuskysymyksen kannalta.”

<sup>62</sup> Näin myös hallintoprosessin osalta Koivuluoma – Paso – Saukko – Tarukannel – Tolvanen 2020, s. 80.

<sup>63</sup> Ks. Mäenpää 2019, s. 304–305.

<sup>64</sup> Tarkka 2015, s. 510 on todennut, että hallintoprosessuaalinen selvitys on pääasiassa todistustositseikkastoa, jolla valituksen tosiasiaperusteluita pyritään todistamaan.

<sup>65</sup> HE 29/2018 vp, s. 103.

<sup>66</sup> Selvityksellinen ennuste on tarpeen erityisesti silloin, kun itse ratkaisukin on ennuste kuten lastensuojeluasioissa. Ks. Rätty 2019, s. 14, jonka mukaan lastensuojelussa on kysymys ennusteen tekemisestä siitä, miten ratkaisut tosiasiaassa vaikuttavat lapsen edun toteutumiseen nyt ja tulevaisuudessa. Vihervuori 2004, s. 506–507 on todennut tilanteista, joissa hallintotuomioistuimen arvioitavana oleva oikeuskysymys suuntautuu tulevaisuuteen, että ”[t]ällöin oikeastaan kaikki hallintotuomioistuimessa ratkaisun pohjaksi otettava oikeudellisesti relevantti selvitys sisältää tietynlaisen ennusteen, joka toki on rakennettu asiantunteumuksen ja objektiivisuuden sekä tarpeellisilta osin myös nykytilan faktakuvauksen varaan” (s. 506) ja että ”[t]odistelu-termi johtaisi tässä selvityskentässä olennaisesti harhaan” (s. 507). Rautio – Frände 2020, s. 7 ovat todenneet OK 17 luvun kommentaarissaan käytännössä vastaavasti, että todistelu kohdistuu menneisiin tapahtumiin ja menneisiin ja nykyhetken



Oikeudenkäynnin osapuoli voi esittää selvitystä myös lain sisällöstä. Tällaista selvitystä ei kuitenkaan tarvitse esittää, koska hallintotuomioistuimien on velvollinen tuntemaan lain muutoinkin viran puolesta.<sup>67</sup> Lain sisältöä koskevassa selvityksessä ei ole kysymys näytöstä.<sup>68</sup>

Valituksenalaisen päätöksen tehneen viranomaisen lausuntoa koskevan HOL 42 §:n esitöiden perusteella selvitystä on päätöksen perusteena olevien asiakirjojen lisäksi ”asian käsittelyyn muuten liittyvät selvitykset ja muu aineisto”. Viranomaisella saattaa olla hallussaan myös asian käsitteilyyn liittyviä esineitä,<sup>69</sup> kuten hankintayksikön tarjoajilta koekäyttöön ja testattaviksi pyytämiä suu-nenäsuojuksia. Muuta aineistoa voivat olla esimerkiksi valituksenalaisen päätöksen tehneelle viranomaiselle kirjallisen lausunnon antaneen toisen viranomaisen ”bonuksena” suullisesti ilmaiset käsitykset.

Lisäaineiston rajoittamista koskevan HOL 46 §:n perusteella käsitteen selvitys synonyymiksi voidaan päätellä ainakin kyseisen säännöksen käyttöyhteydessä käsite aineisto. On syytä kysyä, onko tämän säännöksen tarkoituksena ollut vain lähinnä todistelun eli näytön esittämisen rajoittaminen, vai kirjelmöinnin rajoittaminen riippumatta sen sisällön prosessuaalisesta luonteesta. Ainakin vaatimusten, kuten erityisesti oikeudenkäyntikuluvaatimuksen esittämisen, ja esteellisyysväitteen tekemisen suhde HOL 46 §:n sanamuodon mukaiseen ”lisäaineistoon” (tilläggsmaterial) ja erityisesti pykälän otsikon mukaiseen ”selvitykseen” (utredning) on tulkinnanvarainen.<sup>70</sup>

Päätöksen perustelemista koskevassa HOL 87.1 §:ssa todetaan, että perusteluista on ilmeistä sovelletut lainkohdat sekä se, mitkä seikat ja selvitykset ovat vaikuttaneet ratkaisuun ja mihin oikeudelliseen päätelyyn

---

olosuhteisiin, jonka jälkeen näytettyjen seikkojen perusteella tehdään päätelmiä tulevaisuuden osalta.

<sup>67</sup> Selvityksen esittämisestä lain sisällöstä ks. Mäenpää 2019, s. 310–311, 397, jossa on todettu, että sovellettavasta oikeudesta ei sen sijaan yleensä ole tarpeen pyytää asiantuntijan lausuntoa, koska tuomioistuimen edellytetään tuntevan voimassa olevan lain.

<sup>68</sup> OK 17:4.1:n mukaan tuomioistuimien soveltaa lakia viran puolesta. Asianosainen saa antaa tuomioistuimelle kirjallisen selvityksen siitä, miten lakia olisi sovellettava. Selvityksen laatijaa tai muuta henkilöä voidaan kuulla henkilökohtaisesti tuomioistuimessa, jos tuomioistuimien katsoo sen tarpeelliseksi. Mainitut pykälän osalta Rautio – Frände 2020, s. 5 ovat esittäneet, että oikeuskysymys ei sinänsä voi olla todistelun kohteena, mutta selvitystä voidaan kyllä esittää siitä, miten lakia olisi sovellettava (esimerkiksi oikeustieteellisessä asiantuntijalausunnossa, haastehakemuksessa tai pääkäsittelyn asiaesittelyssä ja loppulausunnossa). Kirjoittajat ovat myös esittäneet (s. 41), että edellä mainittu pykälä poikkeaa muista OK 17 luvun säännöksistä siinä, ettei se liity näyttökysymykseen vaan koskee oikeuskysymystä eli laintulkintaa ja lain soveltamista.

<sup>69</sup> Ks. HE 29/2018 vp, s. 108.

<sup>70</sup> Ks. tästä tarkemmin jäljempänä luvussa 3.6.

ratkaisu perustuu.<sup>71</sup> Säännöksen esitöiden mukaan kyseisessä momentissa ”tarkoitetaan seikoilla päätökseen välittömästi vaikuttavia tosiseikkoja”. Esitöissä on puolestaan todettu selvitysten osalta, että ”selvitykset sisältyvät valitukseen, lausuntoihin ja muuhun oikeudenkäyntiaineistoon”.<sup>72</sup> Oikeuskirjallisuudessa esitetyn perusteella HOL 87.1 §:n ilmaisussa ”seikat ja selvitykset” olisi kysymys sanojen muodostamasta kokonaiskäsitteestä, jolla tarkoitetaan ”yleensä selvitystä tällaisista tosiseikoista riippumatta siitä, miten niitä prosessioikeudellisesti luokitellaan”.<sup>73</sup>

## 2 YLEISEN LAINKÄYTÖN PREKLUUSIOSÄÄNTELY

### 2.1 Oikeudenkäyntiväitteiden prekludoituminen

*Oikeudenkäyntiväitteellä* eli *prosessiväitteellä* tarkoitetaan vastaajan huomautusta siitä, ettei kannetta voi ottaa tutkittavaksi ainakaan ilman korjauksia toimenpiteitä jonkin muodollisen seikan eli prosessinedellytyksen puuttumisen vuoksi.<sup>74</sup> Siviiliprosessissa osa prosessinedellytyksistä on

<sup>71</sup> Säännös vastaa HLL 53 §:ää, jossa oli myös ilmaisu ”seikat ja selvitykset”. Vihervuori 2004, s. 503 on todennut näistä käsitteistä seuraavaa: ”Se, mitä HLL 53 §:ssä tarkoitetaan *seikalla* (ja selvityksellä), ei ole kovinkaan selkeää. On katsottu, että *seikalla* tarkoitetaan tässä yhteydessä tavallisesti konkreettista tosiseikkaa’. *Selvityksillä* taas tarkoitettaisiin *’sitä aineistoa, johon ratkaisun perusteena oleva seikka nojautuu’*. Selvityksiä olisivat esimerkiksi erilaiset kirjalliset lausunnot ja suullisessa käsittelyssä saadut todistajankertomukset. Selvityksissä olisi kysymys todistusharkinnan ilmaisemisesta sisältäen ainakin implisiittisesti myös päättelyketjun, arvostelmat ja todennäköisysharkinnan. Lähtien HLL 33 §:stä selvityksen ja seikan suhde voitaisiin kyllä ymmärtää aivan toisinkin. Tällöin kaikki asiassa saatu selvitys erilaisine seikkoineen päinvastoin muodostaisi sellaisen päätösharkinnan pohjana olevan kokonaisuuden, joka ei enää yksilöityisi erillisiksi konkreettisiksi *’seikoiksi’*, jotka epämääräisellä tavalla kuuluisivat joko faktiseen tai normatiiviseen maailmaan tai molempiin.” Tolvanen 2013, s. 349 on puolestaan todennut, että seikoilla voitaneen katsoa tarkoitettua lähinnä oikeustositseikkoja vastaavia seikkoja ja selvityksillä todistustositseikkoja eli todisteita. Tämä on pääteltävissä siitä, että seikalla tarkoitetaan hallintolainkäytön esityksissä yleensä konkreettista tosiseikkaa ja selvityksillä sitä aineistoa, johon ratkaisun perusteena oleva seikka perustuu.

<sup>72</sup> HE 29/2018 vp, s. 157.

<sup>73</sup> Ks. Mäenpää 2019, s. 492.

<sup>74</sup> Oikeudenkäyntiväitteistä on erotettava *prosessuaaliset vaatimukset*. Niissä on kysymys väitteistä, joilla ei pyritä kanteen tutkimatta jättämiseen, vaan ne voivat koskea esimerkiksi juttujen yhdistämistä tai erottamista, todistajan esteellisyyttä, oikeutta tulla kuulluksi taikka oikeutta väliintuloon. Tällaisista prosessuaalisista vaatimuksista käytetään OK 5:30:ssä nimitystä ”oikeudenkäyntiä koskeva kysymys”. Ks. Jokela 2012, s. 393. Havansi 2009, s. 275–276 on määritellyt prosessinedellytykset siten, että ne ”ovat pääasian tutkittavaksi ottamisen muodollisen laillisuuden kynnys”. Sen sijaan ne eivät ole oikeudenkäynnin edellytys, koska prosessinedellytysten tuomioistuintutkinta on sekin jo oikeudenkäyntiä

ehdottomia ja osa tahdonvaltaisia, joskin pääosa on ehdottomia.<sup>75</sup> Ehdottomat prosessinedellytykset on säädetty yleisen ja tahdonvaltaiset prosessinedellytykset yksityisen edun vuoksi. Rikosprosessissa kaikki prosessinedellytykset ovat ehdottomia. Tahdonvaltaisia prosessinedellytyksiä koskee OK 16:1:n mukainen preklusio. Kyseisen pykälän 1 momentin mukaan oikeudenkäyntiväite on tehtävä silloin, kun vastaaja ensimmäisen kerran käyttää asiassa puhevaltaa, ja kaikki väitteet, mikäli mahdollista, yhdellä kertaa. Saman pykälän 2 momentissa todetaan, että jos oikeudenkäyntiväite tehdään myöhemmin, älköön sitä otettako tutkittavaksi, ellei se koske seikkaa, jonka oikeus on velvollinen ottamaan huomioon omasta aloitteestaan.<sup>76</sup> OK 16:1:ää sovelletaan OK 8:13:n viittaussäännöksen perusteella myös hakemusasioissa.<sup>77</sup>

Tuomioistuimen tulee haasteessa kehottaa vastaajaa vastauksessaan muun ohella tekemään väitteensä siitä, ettei tuomioistuin voi ottaa asiaa tutkittavaksi (OK 5:10.1:n 6 kohta)<sup>78</sup>. Näin informoituina vastaajalla on kohtuulliset edellytykset välttää tahdonvaltaisiin prosessinedellytyksiin liittyvä preklusio. Huomionarvoista on, että tästä preklusiosta ei voi vapautua minkään hyväksyttävän syyn perusteella.

---

muun muassa siten, että prosessinedellytysten ratkaiseminen saattaa vaatia kontradiktorista asianosaisten kuulemistä ja näytön esittämistä tuomioistuimessa esimerkiksi todistajankuulusteluihin. Myös Tirkkonen 1974, s. 467 on tuonut esiin, että prosessinedellytykset liittyvät itse pääasian tutkimiseen ja ratkaisemiseen.

<sup>75</sup> Riita-asioissa tahdonvaltaisia prosessinedellytyksiä ovat alueellinen toimivalta (eräissä riita-asioissa kylläkin ehdoton), haasteen tiedoksiantomenettelyn lainmukaisuus, haasteen tiedoksiannon oikea-aikaisuus ja välityssopimuksen olemassaolo. Muilta osin prosessinedellytykset ovat ehdottomia. Prosessinedellytysten luokittelusta sekä jaottelusta tahdonvaltaisiin ja ehdottomiin ks. Havansi 2009, s. 279–282.

<sup>76</sup> Tuomioistuimen alueellista toimivaltaa ja oikeuspaikkasopimusta koskevista väitteistä säädetään OK 10:21.1:ssä. Kyseisessä lainkohdassa todetaan, että jos 1–10 §:ssä tarkoitettu asia on pantu vireille muussa kuin lain tai oikeuspaikkasopimuksen osoittamassa käräjäoikeudessa ja jos asianosainen tekee käräjäoikeuden puuttuvasta toimivallasta väitteen käyttäessään asiassa ensi kerran puhevaltaa tai ei anna häneltä pyydettyä vastausta taikka jää suoraan istuntoon haastettuna saapumatta käräjäoikeuteen, käräjäoikeuden on jätettävä asia tutkimatta, jollei käräjäoikeus siirrä asiaa 22 §:n nojalla toiseen käräjäoikeuteen. Välityssopimukseen liittyvästä väitteestä säädetään puolestaan välimiesmenettelystä annetun lain (967/1992) 5.1 §:ssa, jonka mukaan kannetta kysymyksestä, joka on välimiesten ratkaistava, ei saa ottaa tuomioistuimessa tutkittavaksi, jos vastapuoli tekee siitä väitteen ennen kuin hän vastaa pääasiaan. Säännös eroaa sanamuodoltaan OK:n sääntelystä, ja ilmaisu ”ennen kuin hän vastaa pääasiaan” saattaa johtaa siihen, että vastaaja haluaa ensin ratkaistavaksi ehdotonta prosessinedellytystä koskevan kysymyksen eikä vastauksessaan muuta esitäkään, ja jos kyseinen väite ei menesty, vasta sen jälkeen ja siis ennen pääasiaan vastaamista vetoaa välityssopimukseen.

<sup>77</sup> Ks. Linna 2022, s. 201–202.

<sup>78</sup> Vastaava säännös hakemusasioiden osalta on OK 8:6.1:n 5 kohdassa.

OK 16:1.2:ssa todettu seikka, jonka oikeus on velvollinen ottamaan huomioon omasta aloitteestaan, tarkoittaa ehdottomia prosessinedellytyksiä. Kun tällaisten seikkojen olemassaoloa on kontrolloitava viran puolesta vielä muutoksenhakuvaiheessakin *reformatio in pejus* -kiellon estämättä, preklusio ei koske niiden esiintuomista tuomioistuimen arvioitavaksi.

Tahdonvaltaisiin prosessinedellytyksiin liittyvä preklusio ulottuu myös niitä koskevaan muutoksenhakuun. Riippumatta siitä, onko muutosta oikeudenkäyntiväitteen hylkäävään ratkaisuun määrätty haettavaksi erikseen vai samassa yhteydessä kuin käräjäoikeuden tuomioon tai lopulliseen päätökseen (OK 16:2), tahdonvaltaisten prosessinedellytysten puuttumiseen tulee vedota hovioikeudessa jo valituskirjelmässä tai ensimmäisessä vastauskirjelmässä (OK 16:3.3). Viimeksi mainittu tilanne on käsillä, kun hovioikeudessa vastaajana olevan tahon oikeudenkäyntiväite käräjäoikeudessa on hylätty.<sup>79</sup>

Tuomarin esteettömyys on yleensä ehdoton prosessinedellytys, mutta siitä on poikkeus, josta säädetään OK 13:8:n viimeisessä virkkeessä seuraavasti: ”Asianosainen ei voi vedota tiedossaan olleeseen, esteellisyyden arvioinnin kannalta harkinnanvaraiseen seikkaan enää sen jälkeen, kun tuomari on ratkaissut asian, paitsi jos asianosainen osoittaa, että hänellä oli pätevä syy olla tekemättä väitettä aikaisemmin.” Tällainen preklusiorajoitus on katsottu hyväksytyksi, koska sillä estetään esteellisyysväitteellä taktikointi jäädä odottamaan tuomarin pääasiaratkaisua. Kuten OK 13:8:stä ilmenee, kyseinen preklusio toteutuu vasta muutoksenhaussa, eikä siten esimerkiksi pääkäsitteilyn jälkeen mutta ennen ratkaisun antamista tehty väite prekludoidu. Tästä preklusiosta voi myös vapautua pätevän syyn perusteella toisin kuin tahdonvaltaisia prosessinedellytyksiä koskevasta ehdottomasta preklusiosta.<sup>80</sup>

<sup>79</sup> Oikeudenkäyntiväitteistä kootusti ks. Lappalainen – Hupli 2021, s. 524–527; Tapanila 2021, s. 201–209 ja erityisesti hovioikeusmenettelyn osalta ks. Tapanila 2021, s. 670; Jokela 2022, s. 343.

<sup>80</sup> Ks. Lappalainen 2003, s. 277–282, joka on myös kyseenalaistanut tämän preklusioon tarpeen lausumalla (s. 279), että esteellisyyssperusteiden jakaminen prekludoituviin ja ei-prekludoituviin tekee muutoksenhakujärjestelmän esteellisyyssysymyksessä sekavaksi ja että jako on ongelmallinen erityisesti preklusion ration näkökulmasta. Asianosaisen menettely, jos hän vetoaa käsittelyn aikana tiedossaan olleeseen esteperusteeseen vasta, kun tuomari on ratkaissut asian, on yhtä moitittavaa riippumatta siitä, mistä esteellisyyssperusteesta on kysymys. Tapanila 2007, s. 77 on puolestaan todennut, että tuomarin puolueettomuutta on pidettävä niin olennaisena prosessin laatuvaatimuksena, että preklusiosta äänneksen mielekkyyys ylipäänsä voidaan perustellusti asettaa kyseenalaiseksi. Näin siitä huolimatta, että vasta muutoksenhakuvaiheessa tehty esteellisyysväite voi johtaa oikeudenkäynnin pitkittymiseen ja oikeudenkäyntikulujen kasvamiseen.

Jos preklusion oikeusvaikutusten toteutumisen ajankohtaa on edellä siteeratusta virkkeestä vaikea hahmottaa, virke on vieläkin vaikeammin avautuva ”harkinnanvaraisen seikan” osalta. Kyseinen preklusiosäännös oli alun perin tarkoitus ulottaa kaikkiin vasta muutoksenhakuvaiheessa tehtäviin esteellisyysväitteisiin, mutta hallituksen esitystä eduskunnassa käsiteltäessä lakivaliokunta päätyi lieventämään muotoilua lisäämällä säännökseen ilmaisun ”harkinnanvaraiseen seikkaan”. Lakivaliokunta perusteli mietinnössään näkemystään seuraavasti: ”Tätä säännöstä on arvoiteltu. Säännöksen tarkoitus saada asianosaiset esittämään esteellisyysväitteet mahdollisimman aikaisessa vaiheessa on kannatettava. Säännöksen sanamuoto on kuitenkin liian tiukka. Käytännössä säännös voi koskea vain harkinnanvaraisia esteellisyyserusteita, koska tuomarin on otettava huomioon esteellisyysensä viran puolesta. Tämän mukaisesti valiokunta ehdottaa säännöksen rajoittamista koskemaan ainoastaan harkinnanvaraisia esteellisyyserusteita.”<sup>81</sup> Antti Tapanila on todennut, että lakivaliokunta näyttää tarkoittaneen harkinnanvaraisella seikalla sellaista seikkaa, joka ei suoraan muodosta esteellisyyserustetta vaan edellyttää jonkinlaista avointa harkintaa, onko tuomari kyseisessä tapauksessa esteellinen. Tapanilan mukaan lakivaliokunnan mietinnön perusteella ei ole pääteltävissä, mitä OK 13 luvun esteellisyyserusteita voidaan pitää harkinnanvaraisina, mikä tietäminen on puolestaan välttämätöntä sovellettaessa OK 13:8:n preklusiosäännöstä.<sup>82</sup>

Korkeimman oikeuden ratkaisusta KKO 2004:126 ilmenee, että rikosasian asianomistajalla oli ”varsinaisten kummien” lisäksi paikkakunnalla noudatetun tavan mukaan lukuisia muitakin kummeja, kastekirjan mukaan kaikkiaan 12. Eräs näistä oli käräjäoikeuden kokoonpanoon kuulunut lautamies, joka oli aikoinaan nimetty asianomistajan kummiksi tietämättään. Kummius oli tullut esille käräjäoikeuden istunnossa, mutta väitettä lautamiehen esteellisyydestä ei ollut tehty. Lautamies ja käräjäoikeuden puheenjohtaja eivät pitäneet lautamiestä esteellisenä. Rikoksesta tuomittu oli valituksessaan hovioikeudelle muun ohella lausunut, että käräjäoikeuden suorittamaan näytön arviointiin oli saattanut vaikuttaa se, että yksi käräjäoikeuden lautamiehistä oli asianomistajan kummi. Korkeimman oikeuden mukaan tätä lausumaa valituksessa ei kuitenkaan voitu pitää OK 13:8:ssä tarkoitettuna väitteenä tuomarin esteellisyydestä. Tämän jälkeen korkein oikeus katsoi, ettei hovioikeus ollut voinut ottaa omasta aloitteestaan tut-

<sup>81</sup> LaVM 6/2001 vp, s. 4.

<sup>82</sup> Ks. Tapanila 2007, s. 347–348.

kittavaksi sellaista harkinnanvaraista esteellisyysperustetta, että lautamies oli asianosaisen kummi.

Ratkaisussa KKO 2017:97 (kohta 9) on puolestaan todettu, että lainvoimainen tuomio voidaan asianosaisen ylimääräisestä muutoksenhakemuksesta poistaa harkinnanvaraiseen seikkaan perustuvan tuomarin esteellisyysperusteen johdosta, jos asianosainen on vasta tuomion jälkeen saanut tietää sanotusta seikasta (ks. esim. KKO 2010:78). Näin ollen ei ole estettä tutkia myöskään muutoksenhauille säädetyn määräajan jälkeen esitettyä esteellisyysväitettä, jos asianosainen on vasta määräajan jälkeen saanut tiedon esteellisyysperusteen mahdollisesti aiheuttavasta seikasta.<sup>83</sup>

## 2.2 Preklusio pääasiassa

Pääasian preklusiosääntelyllä pyritään ennen muuta estämään oikeudenkäyntiaineiston esittämisen taktikointitarkoituksellinen lykkääminen oikeudenkäynnin myöhempään vaiheeseen. Tällaisen taktikoinnin motiivina on yleensä yllätyksellisyydestä hyötyminen,<sup>84</sup> mutta preklusiosääntelyllä pyritään estämään myös puhdasta asian käsittelyn pitkittämistä. Preklusio koskee ensimmäisessä oikeusasteessa dispositiivisia riita-asioita (OK 5:22 ja 6:9) ja hovioikeudessa myös indispositiivisia riita-asioita (OK 25:17.1 ja 26:4.2), joskaan hovioikeuspreklusiolle ei jää merkittävää käyttöalaa indispositiivisissa riita-asioissa johtuen siitä, että tuomioistuimien voi riita-asioissa, jossa sovinto ei ole sallittu, omasta aloitteestakin päättää hankittavaksi uusia todisteita (OK 17:7).<sup>85</sup> Sama koskee OK 8 luvun mukaisia indispositiivisia hakemusasioita.<sup>86</sup> Asioissa, joissa hovioikeudessa toimitetaan

---

<sup>83</sup> Ks. myös KKO 2011:109, jonka kohdassa 32 on todettu myös harkinnanvaraisen esteellisyysperusteen ehdottomuudesta seuraavaa: ”Kaikki tuomarin esteellisyysperusteet ovat kuitenkin luonteeltaan ehdottomia niin, että tuomarin on esteellisyysperusteen havaittuaan omasta aloitteestaan vetäydyttävä tehtävästä. Esteperusteen harkinnanvaraisuus ei siis merkitse sitä, että oikeudenkäyntivirhe olisi vähemmän vakava. Tuomarin esteellisyysperusteen toteaminen ei lähtökohtaisesti edellytä edes epäilyä siitä, että tuomio olisi virheellinen tai että esteellisyys olisi tosiasiallisesti vaikuttanut jutun lopputulokseen.”

<sup>84</sup> Kuten Jokela 2015, s. 39 on alioikeusmenettelyn osalta todennut, kummallakaan osapuolella ei ole lupa pitää ”valttikortteja hihassaan” yllättääkseen niillä vastapuolensa pääkäsittelyssä.

<sup>85</sup> Preklusiosääntelyllä muutoksenhaussa hovioikeudessa indispositiivisissa riita-asioissa ks. Jokela 2022, s. 402.

<sup>86</sup> OK 8 luvun mukaisessa järjestyksessä käsiteltävässä hakemusasiassa kirjallisen kansliamenettelyn ja hakemusasian istunnon välillä ei sovelleta preklusiosääntöjä, vaikka kyseessä olisi dispositiivinen asia. Mikäli dispositiivisen hakemusasian käsittelyssä on siirrytty riita-asian käsittelyä koskevaan järjestykseen (OK 8:4), tulevat lähtökohtaisesti sovellettaviksi myös pääkäsittelyä koskevat preklusiosääntökset, eivät kuitenkaan taan-

pääkäsittely, noudatettavaksi tulee myös hovioikeuden sisäinen preklusio.<sup>87</sup> Korkeimmassa oikeudessa preklusio koskee kaikkia valitusluvan myöntämistä edellyttäviä asioita, toisin sanoen myös rikosasioita (OK 30:7 ja 30:12.1). Tuomioistuin ottaa preklusion huomioon viran puolesta. Yleisen kuulemisperiaatteen mukaisesti asianosaisille on varattava tilaisuus tulla kuulluksi ennen preklusiokysymyksen ratkaisemista.<sup>88</sup>

Oikeudenkäymiskaaren järjestelmässä preklusio on toteutettu niin, että aiemmin prekludoituneeseen oikeudenkäyntiaineistoon ei lähtökohtaisesti voida vedota ylemmässä oikeusasteessa. Sääntelyn tarkoituksena on pitää oikeudenkäynnin painopiste käräjäoikeuksissa.<sup>89</sup> Preklusion oikeusastejärjestyksellinen toteutus käy nimenomaisesti ilmi hovioikeuden osalta OK 25:17.1:sta<sup>90</sup> ja korkeimman oikeuden osalta OK 30:7.1:sta<sup>91</sup>.<sup>92</sup> Preklusiouhka ankaroituu asteittain siirryttäessä alemmasta instanssista ylemmään. Toisin sanoen mitä pidemmälle oikeudenkäynnissä on edetty, sitä painavimmat perusteet pitää olla preklusion sivuuttamiselle.<sup>93</sup>

Ratkaisussa KKO 2022:14 (kohta 8) todettiin tavoin ”[o]ikeudenkäymiskaaren 25 luvun 17 §:n 1 momentissa säädetyn preklusion tarkoituksena on edistää oikeudenkäynnin varmuutta ja keskittämistä sekä vaikuttaa oikeudenkäynnin joutuisuuteen estämällä sen kohteen ja oikeudenkäyntiaineiston hallitsematon laajeneminen oikeudenkäynnin myöhäisessä vaiheessa.

---

nehtivasti. Mikäli taas indispositiivisen hakemusasian käsittelyssä on siirrytty riita-asian käsittelyä koskevaan järjestykseen, preklusio tulee kysymykseen vasta hovioikeusvaiheessa. Tällöinkin tietynluonteisten intressien, kuten lapsen huoltoa koskevassa asiassa lapsen edun, toteutuminen tulee preklusion estämättä aina turvata. Lisäksi kun otetaan huomioon OK 17:7:n mukainen tuomioistuimen mahdollisuus todisteiden hankkimiseen viran puolesta indispositiivisissa asioissa myös muutoksenhaussa, preklusiouhalle ei jää hakemusasioissa merkittävää käyttöalaa. Kuitenkin esimerkiksi yksityishenkilön velkajärjestelyasioissa preklusiosäännöksiä on sovellettu. Ks. Linna 2022, s. 170–171, 199–200, 278–279.

<sup>87</sup> Ks. Jokela 2022, s. 349.

<sup>88</sup> Jokela 2015, s. 54, 693.

<sup>89</sup> Samaan pyritään myös hovioikeuden jatkokäsittelylupajärjestelmällä. Ks. siitä esim. Jokela 2015, s. 647–672; Helenius – Linna 2021, s. 627–632.

<sup>90</sup> OK 25:17.1:n mukaan valittaja ei saa hovioikeudessa riita-asiassa vedota muihin seikkoihin tai todisteisiin kuin niihin, jotka on esitetty käräjäoikeudessa, paitsi jos hän saattaa todennäköiseksi, ettei hän ole voinut vedota seikkaan tai todisteeseen käräjäoikeudessa tai että hänellä on ollut pätevä aihe olla tekemättä niin.

<sup>91</sup> OK 30:7.1:n mukaan muutoksenhakija ei saa vedota muihin seikkoihin ja todisteisiin kuin niihin, jotka on esitetty alioikeudessa tai hovioikeudessa, paitsi milloin hakija saattaa todennäköiseksi, ettei hän ole voinut vedota seikkaan tai todisteeseen alemmassa tuomioistuimessa tai että hänellä muuten on ollut pätevä aihe olla tekemättä niin.

<sup>92</sup> Yleisesti preklusiosta alioikeudessa ks. esim. Sippo – Välimaa 2003, s. 109–112, 225–239; Jokela 2015, s. 38–54; Lappalainen – Hupli 2021, s. 999–1002 ja preklusiosta laajemmin ks. Vaitoja 2014, erit. s. 151–252. Preklusiosta muutoksenhaussa hovioikeudessa ks. Jokela 2022, s. 400–427 ja korkeimmassa oikeudessa ks. Välimäki 2016, passim.

<sup>93</sup> Ks. Vaitoja 2014, s. 184–186; Tapanila 2021, s. 676; Jokela 2022, s. 421.

Preklusiolla pyritään siten myös turvaamaan asianosaisten prosessuaalinen tasavertaisuus ja vastapuolen puolustautumismahdollisuudet. Muutoksenhakuvaiheen preklusiolla hovioikeudessa pyritään lisäksi turvaamaan oikeudenkäynnin painopisteen säilymistä käräjäoikeudessa ja oikeusastejärjestyksen ylläpitämistä (KKO 2019:56, kohta 15 ja siinä viitattu KKO 2015:51, kohta 22).<sup>94</sup>

Ensimmäisen oikeusasteen pääkäsittelyä edeltävässä valmistelussa on OK 5:19:n mukaan selvitettävä asianosaisten vaatimukset ja niiden perusteet (kohta 1), mistä asianosaiset ovat erimielisiä (kohta 2), mitä todisteita tullaan esittämään ja mitä kullakin todisteella aiotaan näyttää toteen (kohta 3) sekä se, onko edellytyksiä sovinnolle (kohta 4). Säännöksessä käytetty käsite ”todiste” viittaa paitsi reaalityodisteluun, kuten asiakirjoihin, myös henkilötodisteluun. OK 5:21 velvoittaa tuomioistuimen aineelliseen prosessinjohtoon siten, ettei asianosainen menetä oikeuksiaan tietämättömyydestään tai erehdyksensä. Viimeksi mainitun pykälän 1 momentin mukaan tuomioistuimen on valmistelussa huolehdittava 19 §:ssä säädettyjen tavoitteiden toteutumisesta ja siitä, että asianosaiset mainitsevat kaikki seikat, joihin he haluavat vedota.<sup>94</sup>

*Valmistelun sisäisestä preklusiosta eli preklusiouhkaisesta valmistelukehotuksesta* säädetään OK 5:22:ssä. Säännöksen mukaan asiassa, jossa sovinto on sallittu, tuomioistuin voi tarvittaessa kehottaa asianosaista täyttämään määräajassa 20 §:n 1 momentissa tarkoitetut velvollisuutensa uhalta, ettei hän määräajan jälkeen saa vedota uuteen vaatimukseen<sup>95</sup> tai seikkaan taikka ilmoittaa uutta todistetta, ellei hän saata todennäköiseksi, että hänen menettelynsä johtuu pätevästä syystä. Preklusiouhkaiseen valmistelukehotukseen ei saa hakea valittamalla muutosta.<sup>96</sup> Preklusiouhan asettamisessa on kysymys prosessinjohdosta, eikä siitä voi aiheutua tuomarin puolueettomuuden vaarantumista ja siten esteellisyyttäkään, ellei tuomarin osoiteta toimineen puolueellisesti. Puolueellisuutta ei vielä osoita se, että tuomari asettaa preklusiouhan ainoastaan toista asianosaista kohtaan, jos tällaiselle menettelylle on hyväksyttävä syy.<sup>97</sup>

<sup>94</sup> Aineellisesta prosessinjohdosta kootusti ks. esim. Jokela 2015, s. 59–65; Lappalainen – Hupli 2021, s. 1003–1008; Helenius – Linna 2021, s. 87–93. Eryityisesti valmisteluvaiheen selvittävästä prosessinjohdosta muutoksenhaussa hovioikeudessa ks. Tapanila 2021, s. 680–682.

<sup>95</sup> Vallitseva käsitys lienee se, että tämän säännöksen ilmaisusta ”uuteen vaatimukseen” huolimatta määräajan päättymisen jälkeen kanteenmuutoksen sallittavuutta ei arvioida ”pätevän synn” vaan OK 14:2:ssä säädetyn kanteenmuutoskiellon kautta. Tästä tarkemmin ks. Linna 2015, s. 348–350.

<sup>96</sup> OK 25:1.3:n mukaan käräjäoikeuden oikeudenkäynnin aikana tekemään ratkaisuun saa hakea muutosta valittamalla vain, jos se on nimenomaisesti sallittu.

<sup>97</sup> Ks. Tapanila 2007, s. 244.



*Valmistelun päättymisvaiheen preklusiosta* säädetään OK 6:9:ssä. Mainitun pykälän 1 momentin mukaan asianosainen ei saa asiassa, jossa sovinto on sallittu, pääkäsittelyssä vedota sellaiseen seikkaan, johon hän ei ole vedonnut valmistelussa, ellei asianosainen saata todennäköiseksi, että hänen menettelynsä johtuu pätevistä syistä. Saman pykälän 2 momentin mukaan asianosainen ei saa asiassa, jossa sovinto on sallittu, pääkäsittelyssä vedota sellaiseen todisteeseen, johon hän ei ole vedonnut valmistelussa, ellei voida olettaa, että hänen menettelynsä johtuu pätevistä syistä. Uusi todiste voidaan kuitenkin ottaa vastaan, jos asianosaiset siihen suostuvat.<sup>98</sup>

OK 5:22:n mukaisen preklusiouhkaisen valmistelukehotuksen antaminen on tuomioistuimen harkinnassa, mutta aloite tai vaatimus kehotuksen määräämiseksi voi tulla myös asianosaiselta,<sup>99</sup> kun taas valmistelun päättymisvaiheen OK 6:9:n mukainen preklusio tulee voimaan suoraan lain nojalla. Kehotuksen määrääminen edellyttää tietynasteista havaintoa siitä, että yksi tai useampi asianosaisista pyrkii viivyttämään aineistonsa esittämistä. Kehotus voidaan antaa asianosaiskohtaisesti, ja määräaika voidaan ajoittaa yksittäistapauksittain tarkoituksenmukaisella tavalla kirjallisen ja suullisen valmistelun vaiheisiin.<sup>100</sup>

Preklusion ulottuvuus dispositiivinen/indispositiivinen-jaottelun suhteen sekatyypisiin asioihin aiheuttaa ensimmäisessä oikeusasteessa omat ongelmansa.<sup>101</sup> Tähän liittyvistä kysymyksistä on usein tarpeen käydä prosessinjohtollista keskustelua silloinkin, kun asianosaisella on käytössään oikeudellista asiantuntija-apua. Lisäksi riippumatta siitä, koskeeko asiaa preklusiouhka, asianosaisia on syytä muistuttaa siitä, että seikkojen ja todisteiden esittämisen tarpeettomasta viivyttämisestä saattaa seurata oikeudenkäyntikuluvastuu.<sup>102</sup>

<sup>98</sup> Ennen 1.1.2003 tässä pykälässä ei ollut kuin yksi momentti, ja tuolloin todisteesta säädettiin vastaavasti kuin seikasta. Lainmuutoksella preklusion tiukkuutta lievennettiin todisteiden osalta siten, että laista poistettiin maininta todistustaakasta, näyttökynnys pätevän syyn olemassaolosta alennettiin todennäköisestä oletettavaksi ja preklusiosta poikkeaminen tehtiin asianosaisten suostumuksin mahdolliseksi. Ks. Jokela 2015, s. 42–44.

<sup>99</sup> Helsingin hovioikeuspiirin käräjäoikeuspainotteisen laatuhankeen vuoden 2012 selvityksen mukaan enemmistö asianajajista oli sitä miltä, että erillistä preklusiouhkaista määräaikaa todistelun ilmoittamiselle ei käytetty riittävän usein. Ks. HelHO-laatuhanke 2012, s. 14.

<sup>100</sup> OK 5:22:n ja 6:9:n suhteesta ja eroista ks. Sippo – Välimaa 2003, s. 109–112.

<sup>101</sup> Mikäli sekatyypisen asian useat vaatimukset ovat jaettavissa dispositiivisiin ja indispositiivisiin, dispositiivisiin vaatimuksiin on sovellettava dispositiivisia riita-asioita koskevia säännöksiä ja indispositiivisiin vaatimuksiin vastaavasti indispositiivisia. Ks. Virolainen – Vuorenperä 2021, s. 63–64. Mikäli tällaista jakoa ei voida tehdä, on perusteltua soveltaa indispositiivisia asioita koskevia normeja. Ks. Jokela 2012, s. 275.

<sup>102</sup> Ks. tästä jäljempänä luku 2.3.

Kanteen eli ennen muuta kannevaatimusten muuttamisen kieltö (OK 14:2), joka koskee myös indispositiivisia riita-asioita, ja oikeustosisekkojen preklusio ovat erillisiä asioita, mutta ne saattavat vaikuttaa toisiinsa. Ensinnäkin oikeustosisekkojen prekludoituminen estää myös sallitun kanteen muutoksen. Toisaalta, mikäli oikeutta muuttaa kannetta ei ole, ei ole merkitystä, ovatko oikeustosisekat prekludoituneet. Lisäksi on syytä todeta, että OK 14:2:n sanamuodon mukaisesti kanteen muuttamista koskeva sääntely koskee vain kannetta ja siten kantajaa<sup>103</sup> mutta preklusio kaikkia asianosaisia. Kanteenmuutосkieltö ei myöskään estä uusien todisteiden esittämistä.<sup>104</sup>

Preklusio ei koske vedottujen seikkojen oikeudellista luonnehdintaa tai muutoinkaan oikeuskysymystä<sup>105</sup> eikä niitä todistuskeinoja, joiden hankkimisesta tuomioistuim voi päättää omasta aloitteestaan, kuten muun muassa asiantuntijalausuntoa (OK 17:7). Lisäksi vallitseva kanta on, että preklusio ei koske todistusteemaa eli asianosaisen ilmoitusta siitä, mitä todisteella aiotaan näyttää toteen. Tämä kanta saa tukea lakisidonnaisuuden ja lainsäädännön tarkkarajaisuuden vaatimuksesta, ja se on sopusoinnussa tuomioistuimen vapaan todisteiden harkinnan periaatteen kanssa. Toisaalta kanta on ongelmallinen, kun todistajan uudella temalla pyritään kiertämään todistuskeinoon liittyvää preklusiota tai suoranaisesti yllättämään vastapuoli.<sup>106</sup>

*Preklusiosääntelyn hyväksyttävyyden taustalla on liittynyt alioikeusvaiheessa suoritettavaan aineelliseen prosessinjohtoon. Tämä ilmenee alioikeusudistuksen esitöistä<sup>107</sup>, oikeuskäytännöstä<sup>108</sup> ja oikeuskirjallisu-*

<sup>103</sup> Ks. kuitenkin KKO 2010:9 (ään.), jonka mukaan, jotta oikeudenkäynnin osapuolet ovat yhdenvertaisessa asemassa keskenään, oikeudenkäymiskaaren 14 luvun 2 §:n 1 momentin 1 kohdasta ja 2 momentista ilmenevää periaatetta voidaan soveltuvin osin soveltaa myös vastaajan vastaukseen.

<sup>104</sup> Kanteenmuutосkiellon ja oikeustosisekkojen preklusion suhteesta ks. Linna 2015, s. 351–354. Välimäki 2016, s. 296 on todennut, että todistustaakkaan nähden preklusio on ennakkoluoteinen.

<sup>105</sup> Ks. esim. KKO 2001:77.

<sup>106</sup> Teemapreklusiosta lähemmin ks. Saranpää 2014, s. 699–721; Vaitoja 2014, s. 160–173; Tapanila 2021, s. 331–333, 474–475.

<sup>107</sup> Hallituksen esityksessä (HE 15/1990 vp, s. 126) on todettu seuraavaa: ”Kysymys uuden oikeudenkäyntiaineiston esittämisen rajoittamisesta hovioikeudessa on hyvin läheisessä yhteydessä aineelliseen oikeudenkäynnin johtamiseen alioikeudessa. Sen vuoksi on tärkeätä, että asian käsittelyä alioikeudessa jo valmistelussa johdetaan niin, että asianosaiset 5 luvun 22 §:n mukaisesti viipymättä mainitsevat kaikki ne seikat, joihin he haluavat vedota, sekä ilmoittavat kaikki ne todisteet, jotka he tulevat esittämään. Samoin pääkäsittelyssä tuomioistuimen on huolehdittava siitä, että asianosainen ei epähuomiossa jätä vetoamatta sellaiseen seikkaan tai todisteeseen, johon hän on vedonnut tai jonka hän on ilmoittanut valmistelussa.”

<sup>108</sup> KKO 2005:69 (sen preklusiota koskeva käsittelyratkaisu): ”Prosessinjohto alemmissa oikeuksissa ei ole ollut kaikilta osin asianmukaista. Todistustaakka on arvioitu väärin ja

desta<sup>109</sup>. Valmistelun kuluessa asianosaisen huomiota tulisi kiinnittää siihen, että tiettyjä asioita ei voi nostaa esiin tai niihin palata kuin poikkeuksellisesti valmistelun päättymisen jälkeen. Lisäksi valmistelun päättymisen on todettava asianosaisille preklusiovaikutuksen vuoksi selvästi.<sup>110</sup> Tosin ei ole mitenkään selvää, millä edellytyksin tuomarin kyselyvelvollisuuden laiminlyönti tai muut prosessinjohtolliset puutteellisuudet estävät preklusion oikeusvaikutukset.<sup>111</sup> Keskeinen väline, jolla voidaan minimoida asianosaisille haitalliset preklusiiviset seuraukset pääkäsitelyssä, on tuomarin asian valmistelun kuluessa laatima kirjallinen yhteenvedo (OK 5:24).<sup>112</sup> Erityisesti silloin, kun asianosaisella on lainoppinut avustaja, huolellisuusvelvollisuuden laiminlyönti ja tuomioistuimen prosessinjohtotoimien varaan jättäytyminen voivat kuitenkin osoittautua syiksi, jotka puhuvat preklusion murtamista vastaan.<sup>113</sup>

---

keskeisiä todisteita sivuutettu. Tämä on johtanut yllätyksellisiin ratkaisuihin, joihin [SM: A] ei ole ollut velvollinen oikeudenkäyntitoimissaan varautumaan. Tämän vuoksi Korkein oikeus on järjestänyt asiassa edellä mainitun valmisteluistunnon ja varannut asianosaisille tilaisuuden esittää selvitystä. Korkein oikeus ottaa huomioon asianosaisten tämän johdosta 22.10.2004 esittämän uuden selvityksen.” Ratkaisussa KKO 2022:14 on puolestaan toiseen pääasiasanaan Oikeudenkäyntimenettely liittyvinä alahakusanoina käytetty sanoja Preklusio ja Prosessinjohto.

<sup>109</sup> Ks. Vaitoja 2014, s. 186–188. Jokela 2015, s. 692 on todennut, että preklusion ei yleensä tulisi koskea sellaisia seikkoja, jotka käräjäoikeuden olisi tullut prosessinjohtovollisuutensa perusteella selvittää. Hovioikeusmenettelyn osalta Jokela 2022, s. 402 on puolestaan todennut, että hänen mielestään preklusion hovioikeudessa tulisi koskea kuten alioikeusvaiheessa vain dispositiivisia riita-asioita, sillä indispositiivisissa riita-asioissa pyrkimys aineellisen totuuden selvittämiseen on korostuneempi kuin dispositiivisissa riita-asioissa. Koska lainsäätäjän valinta on kuitenkin toinen, se asettaa lisävaatimuksia alioikeustuomareiden ja nykyisessä suullisessa menettelyssä myös hovioikeustuomareiden aineelliselle prosessinjohtolle ja osoittaa toisaalta luottamusta siihen, että indispositiiviset riita-asiat selvitetään jo alioikeuksissa niin hyvin, ettei hovioikeuksissa normaalitapauksissa tule enää yllätyksiä oikeustositseikkojen ja todisteiden osalta.

<sup>110</sup> RHO-laatuhanke 2015, s. 40.

<sup>111</sup> Tästä lähemmin oikeuskirjallisuudessa ks. Leppänen 1998, s. 368–370; Välimäki 2016, s. 334–335. Tapanila 2021, s. 275 on korostanut asianosaisen vastuuta asiansa ajamisessa, eikä asianosaisten tulisi olettaa tuomioistuimen korjaavan heidän huolimattomuuttaan prosessinjohton keinoin. Materiaalinen prosessinjohto on luonteeltaan asianosaisten prosessitoimia täydentävää. Vrt. Vaitoja 2014, s. 215, jonka mukaan asianosaisella on kylläkin vastuu määräämistoimistaan, mutta sen voidaan sanoa aktualisoituvan vasta sen jälkeen, kun tuomioistuin on ottanut kysymyksen esille. Tämä koskee yhtä hyvin väitteenvaraisia faktaperusteita kuin niitä, joiden tutkimisesta asianosaisella on oikeus luopua.

<sup>112</sup> Yhteenvedosta yleisesti ks. esim. Lappalainen – Hupli 2021, s. 1007–1008 ja muutoksenhausta hovioikeudessa ks. Tapanila 2021, s. 672, 681. Yhteenvedosta erityisesti preklusion näkökulmasta ks. Jokela 2015, s. 51.

<sup>113</sup> Vastaavasti ilman lainoppinutta avustajaa toimineen asianosaisen huomaamattomuus voi olla hyväksyttävämpää kuin lainoppineen avustajan laiminlyönti. Ks. Leppänen 1998, s. 356–358; Jokela 2015, s. 51–52. Ks. myös KKO 2022:14 (kohta 16): ”Tässä tapauksessa Korkein oikeus oli antanut ratkaisunsa KKO 2018:10, jota yhtiö on pitänyt vanhentumis-

Preklusiota ei ole tarkoitettu kategoriseksi tai ehdottomaksi seuraamukseksi prosessitoimen viivästyisestä. Preklusion murtamista koskevan ankeksiannon eli menettelyn johtumisen pätevistä syistä keskiössä on prosessitoimien moitteettomuus ja huolellisuus, mutta vailla merkitystä ei ole myöskään tavoite päästä yksittäistapauksellisessa asiassa aineellisesti oikeaan ratkaisuun.<sup>114</sup> Mikäli asia on faktoiltaan objektiivisesti arvioiden tavanomaista laajempi ja monimutkaisempi, uusien seikkojen ja todisteiden nimeäminen voi olla jossain määrin sallittavampaa kuin tavanomaisessa asiassa.<sup>115</sup>

Vastaus kysymykseen siitä, lisääkö vai vähentääkö preklusio oikeudenkäyntikulujen määrää, on epäselvä. Laajoissa riita-asioissa on todettu olevan mahdollista, että preklusio myötävaikuttaa oikeudenkäyntikulujen kasvuun, mikäli prekludoitumisen välttämiseksi oikeudenkäynnin varhaisessa vaiheessa vedotaan kaikkiin mahdollisiin sekkoihin ja todisteisiin. Toisaalta on mahdollista, että preklusio ainoastaan aikaistaa prosessitoimia, jotka tulisivat joka tapauksessa ennen pitkää tehdyiksi. Tällöin preklusio jätteväittäisi ja halventaisi oikeudenkäyntiä.<sup>116</sup>

---

kysymyksen kannalta merkityksellisenä, lähes 10 kuukautta ennen tässä asiassa kärjäoikeudessa toimitettua jatkettua valmistelua ja pääkäsitteilyä. Näin ollen olosuhteet, joiden perusteella pätevän aiheen olemassaoloa on tässä tapauksessa arvioitava, ovat olennaisesti toisenlaiset kuin ratkaisussa KKO 1996:135 tai ratkaisussa KKO 2015:28. Tässä tapauksessa yhtiöllä, jota on asiassa edustanut asianajaja, on ollut riittävästi aikaa ja mahdollisuuksia ottaa selkoa Korkeimman oikeuden ratkaisusta ja vedota sen perusteella kärjäoikeuden valmisteluistunnossa kanteessa vaadittujen saatavien vanhentumiseen, jos se on pitänyt sitä asiansa ajamisen kannalta tarpeellisenä. Asian vaatima huolellinen asianajo on edellyttänyt, että asianosainen asiamiehineen tarkistaa käsittelyn kestäessäkin vaatimuksiaan ja perusteitaan, jos asian kannalta merkitykselliset muutokset oikeustilassa antavat siihen aiheita. Kun yhtiö ei ole näin menetellyt, vaan se on katsonut voitavansa tässä suhteessa jättäytyä tuomioistuimen prosessinjohtotoimien varaan, vetoamatta jättämisestä ei voida pitää huolellisen prosessaamisen kannalta hyväksyttävänä.”

<sup>114</sup> Ks. Sippo – Välimaa 2003, s. 227–228; Jokela 2015, s. 689–693; Välimäki 2016, s. 340. Helenius – Linna 2021, s. 202 ovat todenneet, että preklusio ei saisi johtaa oikeudenmenetyksiin silloin, kun asianosainen on pyrkinyt prosessaamaan rehellisesti. Vastavasti Välimäki 2016, s. 299 on tulkintalinjanaan todennut seuraavaa: ”Latteusmoitteista piittaamatta puollan sellaista tasapainoilua, jossa ollaan ankaria epärehelliselle, laiskalle ja huolimattomalle prosessaamiselle, mutta jossa ymmärretään parastansa yrittävää mutta epäonnistunutta toimintaa.”

<sup>115</sup> Ks. Jokela 2015, s. 51; Tapanila 2021, s. 326–327.

<sup>116</sup> Ks. Oikeusministeriön julkaisuja 2021:16, s. 91–93. Julkaisun (s. 10) mukaan se koskee oikeudenkäyntikuluja laajoissa riita-asioissa.

### 2.3 Oikeudenkäyntikuluvastuu preklusion täydentäjänä

Oikeudenkäynnin pitkittämistä koskeva OK 21:5 on käyttökelpoinen erityisesti silloin, kun pääasian voittaja on menettelyllään aiheuttanut ylimääräisiä kustannuksia. Asianosainen joutuu vastuuseen myös edustajansa, avustajansa tai asiamiehensä viivyttelystä.<sup>117</sup> Säännös koskee nimenomaisesti väitteitä, ja se soveltuu myös tuomarin esteellisyyttä koskeviin väitteisiin. Esteellisyyttä koskevan OK 13:8:n mukaan asianosaisen on perustellesaan väitteensä ”ilmoitettava samalla, milloin peruste tuli hänen tietoonsa”. Vaikka esteellisyyden peruste olisi preklusiouhan ulkopuolella tai vaikka preklusio ei olisi vielä aktualisoitunut, asianosaisen viivyttely perusteen esittämisessä voi johtaa OK 21:5:n mukaiseen korvausvelvollisuuteen.<sup>118</sup>

Vuoden 1993 alioikeusuudistuksen esitöiden perusteella OK 21:5 on säädetty täydentämään viivytyksettömän käsittelyn prosessitehosteeksi säädettyjä OK 5:22 ja 6:9:n preklusiosäännöksiä. Mainituista esitöistä ilmenee lisäksi, että OK 21:5:ää voidaan soveltaa myös indispositiivisissa asioissa.<sup>119</sup> Arvioitaessa menettelyn tahallisuutta tai huolimattomuutta merkitystä on preklusion vastaisen menettelyn syyllä.<sup>120</sup> Se asianosaisen on ilmoitettava OK 5:29:n nojalla.<sup>121</sup>

Tietoisesti perusteettomien prosessiväitteiden tai todisteiden esittäminen on omiaan hidastamaan oikeudenkäyntiä, etenkin jos väitteitä esittänyt

<sup>117</sup> Ks. Jokela 2019, s. 156–157.

<sup>118</sup> Ks. Lappalainen 2003, s. 281; Tapanila 2007, s. 345.

<sup>119</sup> Ks. HE 191/1993 vp, s. 14. Vaikka preklusiouhka ei koske indispositiivisiä asioita käräjäoikeudessa ja vaikka tällaisissa asioissa preklusiouhalla ei ole juuri merkitystä hovioikeudessakaan, perusteettomasta uusien seikkojen tai todisteiden esiintuomisen viivyttelystä saattaa kuitenkin olla seurauksena vastapuolen oikeudenkäyntikulujen korvausvelvollisuus, jos viivyttely on pitkittänyt tai vaikeuttanut asian käsittelyä oikeudenkäyntikuluja lisäävällä tavalla. Näin Linna 2022, s. 200, 279 hakemusasioiden osalta. Oikeudenkäynnistä rikosasioissa annetun lain (689/1997, ROL) 9:2:ssä on säännös, joka sen esitöiden (HE 82/1995 vp, s. 118) mukaan vastaa OK 21:5:ää. Kuitenkin esitöiden mukaan syytetyn korvausvelvollisuutta harkittaessa on otettava huomioon hänen erityisasemansa oikeudenkäynnissä. Vastaajalla rikosasiassa ei esimerkiksi ole velvollisuutta myötävaikuttaa asian selvittämiseen. Hänellä on oikeus vastoin parempaa tietoaankin vaieta tai kiistää häntä vastaan esitetty tosiseikka. Sen vuoksi vastaajaa ei ole asetettava korvausvelvolliseksi asian käsittelyn pitkittämisestä hänen vaikenemisensa tai perusteettoman kiistämisensä johdosta. ROL 9:3:ssä säädetään puolestaan vastaajan edustajan, asiamiehen tai avustajan yhteisvastuullisesta kulujen korvausvelvollisuudesta päämiehensä kanssa 2 §:n mukaisessa tilanteessa.

<sup>120</sup> Ks. HE 191/1993 vp, s. 14; Leppänen 1998, s. 380–389.

<sup>121</sup> OK 5:29:n tarkoituksena on välttää pääkäsittelyn lykkääntyminen. Ks. Helenius – Linna 2021, s. 201.

osapuoli vaatii niistä annettavaksi käsittelyratkaisuja.<sup>122</sup> Vaikka tällaista menettelyä toisinaan esiintyykin, kulusanktiosäännöksen soveltaminen on ollut ilmeisesti vähäistä.<sup>123</sup> Säännöksen ennaltaehkäisevä merkitys on olennaisempi silloin, kun preklusio ei tule asiassa tai sen osassa kysymykseen. Tällainen asia on esimerkiksi markkinaoikeudessa käsiteltävä sopimattomasta menettelystä elinkeinotoiminnassa annettuun lakiin (1061/1978) perustuva kieltoasia, joka ei ole vailla indispositiivisia piirteitä, vaikka siinä ovat toistensa vastapuolina elinkeinonharjoittajat. Virallisvalvontaisuus johtuu tällaisessa asiassa lähinnä kuluttajien oikeuksista, joiden vastaisiin elinkeinonharjoittajien yhteisiinkään näkemyksiin markkinaoikeuden päätöstä ei voida perustaa. Tilanteessa, jossa preklusio ei tule kysymykseen, vasta pääkäsittelyä vastaavassa istunnossa taikka vähän ennen sen alkua nimetty asiakirjatodistelu ja henkilötodistelu saattavat johtaa siihen, että vastapuolen oikeusturva edellyttää istunnon siirtämistä myöhempään ajankohtaan, jotta vastapuoli voi arvioida tarvettaan esittää vastatodistelua. Asianosaisia on syytä muistuttaa tällaisen asian valmistelussa mahdollisesta kuluvastuusta samaan tapaan kuin dispositiivisen riitaasian valmistelussa valmistelun päättymisestä ja sen oikeusvaikutuksista. Muutoin asianosaiset eivät välttämättä ole selvillä mahdollisuudesta määrätä kulusanktio.<sup>124</sup>

Asianosaisen edustajan, asiamiehen tai avustajan oikeudenkäyntikuluja korvaamista koskevasta vastuusta säädetään OK 21:6:ssä. Säännöksen esitöissä todetun mukaisesti pykälässä tarkoitettua menettelystä on kysymys esimerkiksi silloin, kun asiamies aiheuttaa toiselle asianosaiselle tarpeettomia kustannuksia toimimalla päämiehensä toimiohjeiden vastaisesti

---

<sup>122</sup> Ks. Kulmala 2018, s. 907, joka on myös esittänyt, että vastuu kuluista voinee tulla harkittavaksi myös tapauksessa, jossa osapuoli tietoisena jonkin ehdottoman prosessinedellytyksen puutteesta jättää tämän tuomatta esiin mutta vetoaa siihen myöhemmin esimerkiksi muutoksenhaussa tarkoituksenaan viivyttää asian käsittelyä.

<sup>123</sup> Korkeimman oikeuden kyseiseen pykälään ylipäätään liittyviä ennakkopäätöksiä vaikuttaisi olevan kolme: KKO 2001:65, KKO 2004:13 ja KKO 2005:91. Ks. lisäksi Kulmala 2018, s. 891–907, jossa on käsitelty myös oikeudenkäynnissä tapahtuneita laiminlyöntejä ja oikeudenkäynnin pitkittämistä (s. 906–907), sekä Jokela 2019, s. 153–157; Saarensola 2017, s. 135–136.

<sup>124</sup> Välimiesmenettelyssä oikeudenkäyntikuluja koskeva vastuu saatetaan ottaa suhteessa preklusioon ensisijaiseksi viivyttelyä ehkäiseväksi keinoksi, koska kuten Koulu – Turunen 2021, s. 1315 ovat todenneet, preklusiopäätökseen liittyy helposti riski kumoamiskanteesta, joka perusteettomanakin aiheuttaa kustannuksia ja ajanhukkaa. Näin ollen käytännöllisenä ratkaisuna välimiesmenettelyssä on voitu pyrkiä sopimaan järjestäytymisistunnossa asianosaisten kanssa siitä, että mahdollinen määräaikojen ylittäminen vaikuttaa oikeudenkäyntikuluja koskevaan ratkaisuun. Tällöin asianosaiselle syntyy selvä kannustin pysyä määräajoissa ja välttää viivytystaktiikkaa ilman preklusiosta seuraavaa riskiä kumoamiskanteesta.

taikka kun asiamies esittää perusteettomiksi tietämiään väitteitä tai sellaista todistelua, jolla ei voi olla merkitystä asiassa. Asiamies tai avustaja on vastuussa ainoastaan omalla toiminnallaan ja laiminlyönnillään aiheuttamistaan tarpeettomista lisäkustannuksista eikä siis välittömästi päämiehensä menettelystä oikeudenkäynnissä. Asiamies tai avustaja on myös yleensä oikeutettu luottamaan päämiehensä asiaa koskeviin ilmoituksiin.<sup>125</sup> Näistä syistä tätä kulukorvaussäännöstä on sovellettava tietyllä varovaisuudella.<sup>126</sup>

Edustajan, asiamiehen tai avustajan korvausvastuu edellyttää, että hänen päämiehensä vastapuoli on ylipäättään vaatinut korvausta kuluistaan. Tämän jälkeen korvausvelvollisuus voidaan määrätä viran puolesta, kunhan velvoitettavalle on varattu tilaisuus tulla kuulluksi. Edustajan, asiamiehen tai avustajan korvausvastuu edellyttää lisäksi sitä, että myös hänen päämiehensä on määrätty korvausvelvolliseksi. Päämiehen korvausvastuun ei kuitenkaan tarvitse perustua tarpeettoman oikeudenkäynnin aiheuttamiseen tai huolimattomaan prosessaamiseen, vaan päämies hävitessään asian on voitu tuomita korvausvelvolliseksi suoraan OK 21:1:n pääsäännön nojalla.<sup>127</sup>

<sup>125</sup> Hyvää asianajajatapaa koskevissa ohjeissa (kohta 8.2 Totuusvelvollisuus ja todisteet) on todettu, että asianajaja ei saa antaa tuomioistuimelle lausumia, jotka hän tietää paikkansapitämättömiksi, eikä kiistää, minkä tietää todeksi. Asianajaja ei ole ilman erityistä syytä velvollinen tarkistamaan asiakkaansa antamia tietoja. Asianajaja ei saa myötävaikuttaa todisteiden hävittämiseen tai vääristeleminen. Asianajajalla ei ole velvollisuutta, eikä vastoin asiakkaan tahtoa oikeutta esittää asiakkaan kannalta vahingollista todistetta tai tietoa, ellei tähän ole lakiin perustuvaa velvollisuutta.

<sup>126</sup> HE 191/1993 vp, s. 15. Esitöissä on myös todettu, että asianosainen itse on aina vastuussa myös hänen edustajansa, asiamiehensä tai avustajansa aiheuttamista tarpeettomista lisäkustannuksista. Lisäksi esitöissä on todettu, että lainkohdassa ei säännellä asiamiehen tai muun edustajan vastuuta omalle päämiehelleen aiheuttamastaan vahingosta, vaan tämä määräytyisi edelleenkin yleisten vahingonkorvaus- ja sopimus oikeudellisten säännösten mukaisesti.

<sup>127</sup> Oikeudenkäyntiasiamiehen korvausvastuusta oikeuskäytännössä ks. KKO 2001:65, KKO 2003:46 ja KKO 2005:9 sekä Finlex-ratkaisu HelHO 2021:18. Ks. lisäksi HelHO-laatuhanke 2011, s. 90–101; Jokela 2019, s. 157–163 ja periaatteellisemmin ks. Leppänen 1998, s. 389–397. Tapanila 2021, s. 540 on siviiliprosessuaalisessa teoksessaan todennut, että oikeuskäytännössä on todettavissa tiukentuvaa suhtautumista oikeudenkäyntiavustajan tai edustajan korvausvelvollisuuteen oikeudenkäyntikuluista huolimattomuuden perusteella. Vastaavasti rikosasioiden osalta ks. Tapanila 2019, s. 122–124.

### 3 HALLINTOPROSESSIN PREKLUSIIIVISUUS JA TEHOSTEET OIKEUDENKÄYNNIN PITKITTÄMISEN ESTÄMISEKSI

#### 3.1 Vuoden 2019 hallintoprosessilain valmistelu ja ulkomaalaislain esinäytös

HLL:n kehittämistarpeiden tarkastelu aloitettiin vuonna 2007 eli yli 12 vuotta ennen HOL:n voimaantuloa. Hallintolainkäyttötoimikunnan avuksi asetettu työryhmä, joka otti nimekseen prosessityöryhmä, teetti muutostarpeiden kartoittamiseksi kaksi kyselyä, toisen hallintotuomioistuinten lainkäyttöhenkilökunnalle keväällä 2008 ja toisen hallintotuomioistuimissa toimineille asiamiehille ja avustajille keväällä 2009. Huomionarvoista on, että kummassakin kyselyssä käsite preklusio yhdistettiin vaatimusten esittämiseen ja niiden muuttamiseen jatkovalitusvaiheessa seuraavasti: ”Pitäisikö hallintolainkäyttölaissa säätää tarkemmin vaatimusten esittämisestä ja siitä, ettei vaatimuksia voida olennaisesti muuttaa jatkovalitusvaiheessa (preklusio)?” Kysymykset eivät siis koskeneet vaatimusten perusteiden esittämistä eivätkä myöskään muun selvityksen esittämistä. Lisäksi kysymyksillä ilmeisesti pyrittiin selvittämään käsityksiä siitä vakiintuneesta periaatteesta, että jatkovalituksessa ei saa esittää sellaisia uusia vaatimuksia, joita ei ole esitetty ensi asteen valituksen yhteydessä.<sup>128</sup> Kysymyksiin annetut vastaukset herättävät pohtimaan, ymmärsivätkö vastaajat kysymyksen tai ymmärsikö kysyjä mitä kysyi.<sup>129</sup>

Kummassakin kyselyssä kysyttiin lisäksi kirjallisen kuulemisen rajoittamisesta esimerkiksi siten, että hallintotuomioistuin voisi määrätä ajankohdasta, jonka jälkeen asiaa koskevaa kirjelmointia ei enää otettaisi vastaan. Tähän kysymykseen, jossa rajoituksen kohteena oli siis *kirjelmointi*, ei kuitenkaan liitetty preklusion käsitettä. Tältä osin yli puolet vastaajista oli kummassakin kyselyssä sitä mieltä, että kirjallista kuulemistä tulisi rajoittaa. Lainkäyttöhenkilökunnan avoimissa vastauksissa sääntely koettiin tarpeelliseksi jatkuvan kirjelmöinnin estämiseksi. Erään vastaajan mukaan ainakin vakuutusoikeudessa olisi tarpeen rajata kirjallisen materiaalin toimittamista. Eräässä toisessa vastauksessa kiinnitettiin puolestaan huomiota

<sup>128</sup> Tästä periaatteesta ensi asteen valituksen ja jatkovalituksen suhteesta ks. Hallberg – Ignatius – Kanninen 1997, s. 207. Vastaavasti Mäenpää 2019, s. 282 on todennut, että valituksen muuttamista koskevia rajoituksia sovelletaan myös hallintotuomioistuimen päätöksestä tehtävään valitukseen.

<sup>129</sup> Ks. OM 2008:18, s. 82–83 ja OM 2009:17, s. 46.



siihen, että kirjelmöinti tulee ongelmalliseksi lähinnä suullisen käsittelyn jälkeen.<sup>130</sup>

Lainkäyttöhenkilökunnan kyselyssä kysyttiin myös seuraavaa: ”Pitäisikö jatkovalitusmahdollisuutta rajoittaa vain niihin valitusperusteisiin, jotka on esitetty ensimmäisen muutoksenhaun yhteydessä?” Tähänkään kysymykseen ei liitetty preklusion käsitettä. Vastausten perusteella on vaikea arvioida, miten kysymys ymmärrettiin.<sup>131</sup>

Prosessityöryhmän vuoden 2009 välimietinnön mukaan ”[t]yöryhmässä on keskusteltu siitä, tulisiko prosessia jäntevöittää vaatimalla, että osapuolten on esitettävä vaatimuksensa, perusteensa ja todisteensa tietyssä ajassa, jonka jälkeen tulevat asiakirjat jätettäisiin huomiotta.”<sup>132</sup> Kyseisessä välimietinnössä tai prosessityöryhmän lopullisessa mietinnössä vuodelta 2011 ei kuitenkaan ehdotettu asiallisia muutoksia uusien vaatimusten, uusien perusteiden tai uusien todisteiden esittämisen rajoittamiseen.<sup>133</sup>

Uutuutena ehdotettiin kuitenkin ottavaksi käyttöön mahdollisuus hallintotuomioistuimen määräyksiin rajoittaa *uuden selvityksen* (välimietinnön OM 2009:19 käsite)<sup>134</sup> tai *lisäaineiston* taikka *lisäselvityksen* (lopullisen mietinnön OM 4/2011 käsitteet, ehdotus 51.1 § ja mainittuun pykälään viittaava 25.2 §) toimittamista, kun hallintotuomioistuin katsoo asian tulleen selvitettyksi. Rajoituksen sananmukaisena kohteena ei ollut enää edellä käsiteltyjen vuoden 2008 ja 2009 kyselyselvitysten mukainen kirjelmöinti. Ehdotuksen 51.1 §:n perusteluissa puhuttiin myös preklusion aiheutumisesta. Prosessityöryhmän lopullinen pykäläehdotus (51.1 §) oli seuraava: ”Kun hallintotuomioistuin katsoo asian tulleen selvitettyksi, se voi asettaa asian laatuun nähden kohtuullisen määräajan, jonka kuluessa osapuolten on toimitettava mahdollinen lisäaineisto asiassa. Jos osapuoli toimittaa lisäaineistoa tämän määräajan jälkeen, hallintotuomioistuin voi jättää sen huomioon ottamatta ja palauttaa lähettäjälle liittämättä sitä asian oikeudenkäyntiaineistoon.”<sup>135</sup>

Lopullisen mietinnön perusteluissa on painotettu säännöksen poikkeusluonnetta lausumalla seuraavaa: ”Säännöksessä tarkoitettu määräaika ei

<sup>130</sup> Ks. OM 2008:18, s. 77–78 ja OM 2009:17, s. 45. Lainkäyttöhenkilökunnan vastauksissa tällaisen säännöksen olemassaoloa pidettiin tarpeellisena myös ulkomaalaisasioissa sekä ”MRL tai ympäristöjutuissa”.

<sup>131</sup> Ks. OM 2008:18, s. 86–87.

<sup>132</sup> OM 2009:19, s. 94.

<sup>133</sup> Ks. OM 2009:19, s. 97, jossa on todettu, että ”[t]yöryhmä ei ehdota yleistä rajoitusta uusien seikkojen esittämisioikeuteen hallintolainkäytössä”. Ks. myös OM 4/2011, s. 98–99, 230 (ehdotus 25.1 §:ksi).

<sup>134</sup> OM 2009:19, s. 96.

<sup>135</sup> Ks. OM 4/2011, s. 98–100, 128–129, 230, 237.

kuitenkaan ole täysin ehdoton eikä se ilman muuta aiheuta preklusiota. Jos on ilmeistä, että esitettyyn asiakirjaan sisältyy täysin uutta ja asian ratkaisuun olennaisesti vaikuttavaa selvitystä, tuomioistuimen tulisi ottaa se huomioon myös määräajan jälkeen. Tällaisesta asiakirjasta on myös kuultava asianosaista. Pykälässä tarkoitettun määräajan asettaminen olisi poikkeuksellista. Sitä käytettäisiin vain tilanteissa, joissa hallintotuomioistuimen käsityksen mukaan kaikki asian ratkaisuun tarvittavat selvitykset on jo saatu ja tuomioistuin olisi tekemässä asiassa päätöstä, mutta tuomioistuimelle esitetään selvitystä, josta ei ilmene mitään olennaista uutta.”<sup>136</sup> Määräajan poikkeuksellisen asettamisen lisäksi edellä todetusta ilmenee, että jo prosessityöryhmä lähti siitä, että hallintotuomioistuimen tulee tutustua sille määräajan jälkeen toimitettuun lisäaineistoon. Tämä kaikkienensa viittaa siihen, että uuden selvityksen tai lisäaineiston rajoittamista koskevaa sääntelyä ei ole missään vaiheessa ajateltu yleiseksi keinoksi jättevöittää asioiden käsittelyä hallintotuomioistuimissa.<sup>137</sup>

Edellä todetulle selvitystyölle tuli käyttöä ajateltua nopeammin, kun Euroopan vuoden 2015 pakolaiskriisin seurauksena lainsäätäjät päätti ottaa ulkomaalaislakiin (301/2004) ”lisäselvityksen” rajoittamista koskevan säännöksen. Kyseinen ulkomaalaislain 197 a § tuli voimaan 1.9.2016. Samassa yhteydessä – ja tarkoituksessa ratkaista kansainvälistä suojelua koskevat asiat tuomioistuimissa joutuisasti ja tehokkaasti – muun ohella lyhennettiin valitusajoja ja rajoitettiin oikeusavun saamista.<sup>138</sup>

Korkein hallinto-oikeus vastusti lakivaliokunnalle antamassaan lausunnossa lisäselvityksen rajoittamista koskevaa sääntelyä lausumalla, että hallintolainkäyttölain mukaisesta menettelystä poikkeamiseen ulkomaalaisia koskevissa asioissa ei ole perusteita eikä ulkomaalaisia voida asettaa hallintolainkäyttömenettelyssä erilaiseen asemaan vain siitä syystä, että ulkomaalaisasioiden käsittelyä pyritään nopeuttamaan. Oikeudenkäynnin viivytyksettömyys on yleinen tavoite, joka tulee toteuttaa tekemällä asianmukaiset muutokset hallintolainkäyttölakiin eikä ulkomaalaislakiin. Asiallisesti säännös ei saa merkitä sitä, että tuomioistuimissa sovellettaisiin mää-

<sup>136</sup> OM 4/2011, s. 129.

<sup>137</sup> Prosessityöryhmän mietinnön johdosta antamassaan lausunnossa korkein hallinto-oikeus (Korkeimman hallinto-oikeuden 27.4.2011 päivätty lausunto dnro H 68/11, s. 14) totesi lisäaineiston rajoittamista koskevasta ehdotuksesta (51.1 §) seuraavaa: ”Pykälän *I momentin* mukaista hallintotuomioistuimen mahdollisuutta asettaa osapuolelle määräaika mahdollisen lisäaineiston toimittamiselle sekä jättää määräajan jälkeen toimitettu aineisto huomiotta on pidettävä lähinnä poikkeustilanteita ajatellen perusteltuna. Kuten perusteluisista ilmenee, mistään preklusiosäännöksestä ei olisi kyse, ja huomiotta jättäminenkin olisi tapauskohtaisessa harkinnassa.”

<sup>138</sup> Sääntelyn tavoitteista ks. HE 32/2016 vp, s. 12–13.

räaikka mekaanisesti ja tavalla, joka voisi johtaa palauttamiskiellon vastaisiin ratkaisuihin. Henkilön tilanteesta esitetty on otettava esitysajastaan huolimatta huomioon, jos selvityksellä on merkitystä asiassa.<sup>139</sup>

Professori Olli Mäenpää puolestaan totesi lakivaliokunnalle antamassaan lausunnossa, että ”[e]hdotus selventäisi oikeudenkäynnin kulkua, mutta se ei toisi olennaista lisää voimassa olevaan oikeuteen, jossa hallintolainkäyttölain 33 §:n 1 momentin ja 35 §:n säännökset jo sisältävät pitkälti vastaavanlaisen prosessinjohtoa korostavan sääntelyn.”<sup>140</sup>

Ulkomaalaislain lisäselvityksen rajoittamista koskevaa säännöstä ei ole ilmeisesti juuri sovellettu, mikä on Petri Saukon esittämien tavoin perusteltua, kun otetaan huomioon hallintotuomioistuinten varsin pitkät käsittelyajat ulkomaalaisasioissa, oikeudenkäynnissä huomioon otettavat olosuhteiden mahdolliset muutokset tällä välin ja ylipäänsä asioissa korostuvat tiukasti perustuslakiin ja ihmisoikeuksiin liittyvät kysymykset.<sup>141</sup> Niin ikään vuonna 2016 toteutetut valitusajojen lyhentämiset ja oikeusavun saannin rajoitukset ovat puolestaan näyttäneet tavoitteisiinsa nähden peräti haitallisina uudistuksina.<sup>142</sup>

<sup>139</sup> Korkeimman hallinto-oikeuden 26.4.2016 päivätty lausunto eduskunnan lakivaliokunnalle, s. 8. Professori Leena Halilan 19.4.2016 päivättyssä lausunnossa eduskunnan perustuslakivaliokunnalle on todettu lisäselvityksen rajoittamisesta (s. 9), että asiassa on oikeusturvasyistä keskeistä se, että määräaika asetetaan siinä määrin riittäväksi, että yksityisellä on mahdollisuuksia toimia sen rajoissa (Halila, Leena).

<sup>140</sup> Professori Olli Mäenpään 27.4.2016 päivätty lausunto eduskunnan lakivaliokunnalle, s. 3 (Mäenpää, Olli). Suomen Asianajajaliitto piti asiaa selvästi ongelmallisempänä ja huolestuttavampana. Ks. Suomen Asianajajaliiton 27.4.2016 päivätty lausunto eduskunnan lakivaliokunnalle, jossa on todettu (s. 3) seuraavaa: ”Esityksessä esitetään lisäselvityksen huomioimatta jättämistä hallinto-oikeuden määräämän määräajan jälkeen. Esityksestä ei kuitenkaan ilmene, miten menetellään tilanteessa, jossa määräajan jälkeen saada sellaista lisäselvitystä, jolla olisi merkitystä kansainvälisen suojelun tarpeen arvioinnille. Esimerkiksi luotettava lääketieteellinen näyttö hakijan joutumisesta kidutuksen uhriksi edellyttää usein pitkäaikaista ja moniammatillista selvitystyötä Helsingin Diakonissalaitoksen kidutettujen kuntoutuskeskuksessa. Voidaan täysin realistisesti ajatella, että esimerkiksi tällainen näyttö saattaa valmistua vasta lisäselvitykselle asetetun määräajan jälkeen. Tällaisen selvityksen huomioimatta jättäminen vaikuttaa olennaisesti hakijan suojelun tarvetta koskevaan arvioon. Kun hakijan oikeutta oikeusapuun hallintovaiheessa ehdotetaan myös rajoitettavaksi, on täysin mahdollista, että hakija tulee ylipäätään tietoiseksi tällaisen selvityksen mahdollisuudesta vasta jo saatuaan kielteisen päätöksen turvapaikkahakemukseensa. Lisäselvityksen huomioimatta jättäminen ei myöskään ole yhdenmukainen palautuskiellon ehdottomuuden ja aineellisen totuuden selvittämistä koskevan hallintotuomioistuimen velvollisuuden kanssa.”

<sup>141</sup> Saukko 2020, s. 330, alaviite 15.

<sup>142</sup> Ks. Sisäministeriön selvitys 2019, passim.

### 3.2 Prosessinedellytykset

Hallintoprosessissa kaikki prosessinedellytykset<sup>143</sup> ovat ehdottomia, mutta joiltakin osin korjattavia.<sup>144</sup> Tuomioistuimen on selvittävä prosessinedellytykset ja otettava ne huomioon oma-aloitteisesti.<sup>145</sup> Tämä ilmenee epäsuorasti valitusasioiden osalta HOL 81.2 §:sta ja muiden asioiden osalta HOL 82.3 §:sta, joissa säädetään tutkimatta jättämisen syistä.<sup>146</sup> Oma-aloitteisuus ei kuitenkaan tarkoita sitä, etteikö asianosaiselle tai valittajana olevalle viranomaiselle olisi yleensä varattava tilaisuus tulla kuulluksi prosessinedellytyksiä koskevista kysymyksistä (HOL 44 §:n 2 ja 3 momentti).<sup>147</sup> Koska prosessinedellytykset tulee ottaa hallintoprosessissa huomioon viran puolesta, oikeudenkäyntiväitteet eivät myöskään prekludoidu.<sup>148</sup> Prosessinedellytysten täyttymistä alemmassa hallintotuomioistuimessa on si-

<sup>143</sup> Koivuluoma – Paso – Saukko – Tarukannel – Tolvanen 2020, esim. s. 183 käyttävät käsitettä *prosessinedellytys*. Mäenpää 2019, s. 503–505 puolestaan käyttää käsitteitä *oikeudenkäynnin prosessuaaliset edellytykset* ja *oikeudenkäynnin edellytykset*. Aiemmin on käytetty myös käsitteitä *valituksen edellytykset* (Hallberg – Ignatius – Kanninen 1997, s. 329–330) ja *valituksen edellytykset* (Merikoski 1968, s. 233–234). Selvyyden vuoksi on syytä todeta, että näiden edellytysten puuttuminen ei estä oikeudenkäyntiä vaan asian sisällöllisen tutkimisen ja ratkaisemisen.

<sup>144</sup> Lisäksi ne saattavat olla hyvinkin tulkinnanvaraisia. Oikeusturvan tehokkuuden vaatimus voi edellyttää oikeusturvakeinojen saatavuutta myös tilanteessa, jossa oikeusjärjestys ei sitä nimenomaisesti anna. Tällöin kyseessä on esimerkiksi jonkin säännöksen mukainen valituskielto. Ks. Koivuluoma – Paso – Saukko – Tarukannel – Tolvanen 2020, s. 183–184.

<sup>145</sup> Ks. Mäenpää 2019, s. 503–505. Vastaavasti ks. esim. Halila – Aer 2014, s. 237; Kulla 2004, s. 176; Hallberg – Ignatius – Kanninen 1997, s. 329; Silenti 1984, s. 385.

<sup>146</sup> Aer 2012, s. 282 on todennut HLL:n osalta, että prosessinedellytysten tutkiminen tuomioistuimen toimesta riippumatta siitä, onko kukaan prosessin osapuolista esittänyt väitettä niiden puuttumisesta, voidaan johtaa HLL 51.2 §:sta, jonka mukaan vaatimus jätetään tutkimatta, jos sen tutkimiselle on este.

<sup>147</sup> HOL 44.2 §:ssa kuulemisvelvoite on kytketty ilmaisuun ”valitus jätetään heti tutkimatta”, kun taas aiemmassa HLL 34.2 §:ssa se oli kytketty ilmaisuun ”vaatimus jätetään tutkimatta”. Sanan *heti* lisäämisellä kuulemisvelvoitetta on kiristetty. HOL 44.2 §:n esitöiden (HE 29/2018 vp, s. 110) mukaan sillä, että valitus jätetään heti tutkimatta, tarkoitetaan käsittelyn edellytysten selvää puuttumista. Asian ratkaiseminen asianosaista kuulematta ei vaaranna oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin toteutumista silloin, jos valittajalta kiistatta puuttuu valitusoikeus, päätös ei ole valituskelpoinen tai valitus on tehty selvästi myöhässä ja se jätetään tutkimatta. Asianosaista tulee kuitenkin yleensä kuulla tutkimisen edellytystä koskevasta kysymyksestä, mikäli valituksen tutkimisen edellytykset ovat oikeudellisesti tai tosiseikkojen puolesta epäselvät tai tulkinnanvaraiset.

<sup>148</sup> Hallintoa koskevasti Kuusikko 2018, s. 707 on ehdottanut, että siellä voisi olla tarvetta turvautua jonkinlaiseen preklusion tyypiseen ajatteluun. Tilanteissa, joissa esteellisyysäännösten soveltaminen on tulkinnanvaraista ja toimitaan ikään kuin harmaalla vyöhykkeellä, ja kun haluttaisiin tietty asiantuntemus käyttöön tai on kyse muista vastaavista syistä, voisi käytännössä olla tarvetta sopia esteellisyysääntelyn soveltamisalasta. Tällöin asianosaiset luopuisivat esteellisyyteen vetoamisesta. Tällaista sinänsä toteutetaan periaatteessa yliopistojen asiantuntijalausuntojen yhteydessä.

nänsä kontrolloitava viran puolesta myös jatkovalitusvaiheessa.<sup>149</sup> Ylempi tuomioistuin ottaa viran puolesta huomioon luonnollisesti niin ikään jatkovalitusvaiheen prosessinedellytykset.

Edellä todetusta ehdottomuudesta ei ilmeisesti tee poikkeusta edes tuomarin esteellisyys harkinnanvaraisen seikan perusteella (OK 13:8),<sup>150</sup> vaikka HOL 5.3 §:ssa ei enää viitatakaan OK 13 lukuun ”vain” soveltuvin osin, kuten tehtiin HLL 76 §:ssä, vaan suoraan. Syytä on kuitenkin havaita, että HOL 5.3 §:n esitöistä on jätetty pois kuvattaessa OK 13:8:ää sen viimeinen virke, jossa säädetään preklusiosta.<sup>151</sup> Vaikka hallintoprosessissa olisikin tällainen preklusio, sen merkitystä olisi omiaan vähentämään oikeudenkäynnin tyypillisesti kirjallinen luonne ja se, että tuomioistuimen päätöksen tekemiseen osallistuvat henkilöt eivät käytännössä välttämättä ole oikeudenkäynnin osapuolten tiedossa ennen päätöksen tiedoksiantoa.<sup>152</sup> Joissakin tilanteissa, jotka koskevat ennen muuta yksityisten asianosaisten välisiä suhteita, esteellisyysväitteellä taktikointi voi olla syytä ottaa huomioon harkittaessa oikeudenkäyntikuluvastuita.<sup>153</sup>

### 3.3 Oikaisuvaatimus päätöstä koskeva valitusoikeuden rajoitus

Hallinto-oikeuteen pääsyn esteenä voi olla *pakollinen* hallinnollinen oikaisuvaatimusmenettely.<sup>154</sup> Hallintolain (434/2003) 49 b.1 §:ssa säädetystä oikaisuvaatimusmenettelyn ensisijaisuudesta johtuen HOL 7.2 §:n mukaan

<sup>149</sup> Hallberg – Ignatius – Kanninen 1997, s. 329. Pikkujämsä 2014, s. 885 on nostanut esiin kysymyksen siitä, tuleeko jatkovalitusvaiheessa kuitenkaan perinteisen kannan mukaisesti puuttua alueelliseen toimivaltavirheeseen viran puolesta.

<sup>150</sup> Ks. HLL:ia koskevasti Tapanila 2007, s. 349–352, joka katsoi, ettei tämä preklusio sovellu hallintolainkäyttöön periaatteellisista virallisperiaatteesta johtuvista syistä. Ks. tästä myös KHO 2016:21, jossa eri mieltä ollut presidentti Pekka Vihervuori lausui seuraavaa: ”Sille oikeuskirjallisuudessa esitetyle näkemykselle, jonka mukaan hallintolainkäytössä virallisperiaatteesta johtuisi tuomioistuimen velvollisuus viran puolesta ottaa yksittäisen tuomarin esteellisyys huomioon myös niin sanottujen harkinnanvaraisten esteellisyysperusteiden osalta, ei ole esitettävissä laista johtuvia perusteita.”

<sup>151</sup> HE 29/2018 vp, s. 73.

<sup>152</sup> Tilanne on ollut tällainen alueellisen hallinto-oikeuden esittelijän esteellisyyttä koskevissa täysistuntoratkaisuissa KHO 2018:116 ja KHO 2018:117 (ks. oikeusneuvos Alice Guimaraes-Purokosken äänestyslausekannat).

<sup>153</sup> HLL:ia koskevasti Tapanila 2007, s. 352 katsoi, että esteellisyysväitteellä ”taktikointiin” voidaan puuttua oikeudenkäyntikuluseännöksillä (HLL 74 §), mikäli asian uudesta käsittelystä alemmassa tuomioistuimessa on vahinkoa toiselle yksityiselle asianosaiselle.

<sup>154</sup> Julkisia hankintoja koskeva hankintaoikaisu ei ole pakollinen esivaihe tuomioistuimeen pääsulle, vaan se on *rinnakkainen* oikeussuojakeino valitukselle markkinaoikeuteen. Näin ollen hankintapäätöksestä saa valittaa markkinaoikeuteen riippumatta hankintaoikaisuvaatimuksen tekemisestä. Näiden instituutioiden erillisuus tarkoittaa myös muutoksenhaun

oikaisuvaatimus päätökseen saa hakea muutosta valittamalla vain se, joka on tehnyt oikaisuvaatimuksen. Jos hallintopäätöstä on oikaisuvaatimusmenettelyssä muutettu tai se on kumottu, oikaisuvaatimukseen annettuun päätökseen saa kuitenkin hakea muutosta valittamalla myös se, jolla on HOL 7.1 §:n mukaan valitusoikeus asiassa.<sup>155</sup>

HOL 7.2 §:n ensimmäisen virkkeen mukaisesta rajoituksesta valitusoikeuteen säädettiin aiemmin HLL 6 a §:ssä. Ennen tämän pykälän säätämistä vuonna 2010 vastaavanlainen säännös oli jo koskenut kunnallisvalitusta.<sup>156</sup> Nykyään asiasta säädetään kuntalain 137.3 §:ssa.

### 3.4 Valituksen sisältövaatimusten rajoittava vaikutus

Valituksen sisältöä koskevan HOL 15.1 §:n mukaan valituksessa on ilmoitettava muun muassa valituksen kohteena oleva päätös, vaatimukset ja vaatimusten perustelut. Koska valitus on tehtävä tiettyinä valitusaikana, myös valituksen sisältöä koskevat asiat on lain mukaan ilmoitettava valitusaikana. Ellei tällaista pääsääntöä olisi, valitusaika menettäisi osin merkityksensä.<sup>157</sup>

Korkeimman hallinto-oikeuden vuosikirjapäätöksen KHO 2022:30, jossa on ollut kysymys valittamisesta markkinaoikeuteen tavaramerkin väite-menettelyssä tehdystä Patenti- ja rekisterihallituksen päätöksestä, olennaisin oikeusohje liittyy tuomioistuimen menettelyyn (prosessinjohtoon). Tässä päätöksessä on kuitenkin käsitelty myös HOL 15 §:ää, jota on luonnehdittu ensisijaisesti muutoksenhakijalle annetuksi ohjeistukseksi, jonka tarkoituksena on saada muutoksenhakija tekemään sellainen valituskirjelmä, jonka perusteella tuomioistuin voi tutkia, miltä osin ja millä perusteella muutoksenhakija haluaa muutosta asiassa tehtyyn hallintopäätökseen. Se, miten tarkasti valituskirjelmässä on yksilöitävä vaatimus hallintopäätöksen muuttamisesta, riippuu kunkin valitusasian laadusta ja aikaisem-

---

vireillepanon määräaika-erillisyyttä. Hankintaoikaisuista lähemmin ks. Pekkala – Pohjonen – Huikko – Ukkola 2019, s. 624–632.

<sup>155</sup> Valitusoikeudesta oikaisuvaatimus päätökseen ks. Halila – Aer 2014, s. 244–245; Mäenpää 2019, s. 247.

<sup>156</sup> Ks. HE 226/2009 vp, s. 62.

<sup>157</sup> Ks. Hallberg – Ignatius – Kanninen 1997, s. 207. Silenti 1984, s. 378 on ennen HLL:n säätämistä kiinnittänyt huomiota siihen, että silloisen täydentämissäännöksen nojalla asianosainen saattoi siirtää valituksen laajuudesta ja valitusperusteista disponoinnin valituksen jättämisaikankohdan jälkeiseen aikaan, jos hän ei yksilöinyt vaatimusta lainkaan. Nähdäkseeni tällainen ”ongelma” ainakaan käytännön tasolla ei ole sittemminkään poistunut. Mäenpää 2019, s. 258 on todennut, että valitus jätetään tutkimatta vasta, jos se on täydentämismenettelyn jälkeenkin niin vajavainen, että sitä ei voida käsitellä.

mista käsittelyvaiheista.<sup>158</sup> Kuitenkin mainitun vuosikirjapäätöksen mukaan silloin, kun valittajalla on yksityinen vastapuoli, HOL 15 §:n mukaisilla vaatimuksilla turvataan myös vastapuolen prosessuaalisia oikeuksia ja sitä, että oikeudenkäynnin osapuoli pystyy valituskirjelmän perusteella antamaan oman vastineensa muutoksenhakijan vaatimuksiin ja perusteluihin.

Käytännössä valituksen sisältövaatimusten täyttymiseen valitusaikana suhtaudutaan hallintotuomioistuimissa joustavasti,<sup>159</sup> ja valituksen sisältöön liittyvät puutteet ja epäselvyydet korjaantuvat usein tulkinnalla tai viimeistään prosessinjohtollisen täydentämisvelvoitteen (HOL 40 §) toteutuksen myötä.<sup>160</sup> Kaikkienensa valitusajan preklusiivisuudella on valituksen sisältövaatimusten suhteen käytännössä jokseenkin vähäinen merkitys.<sup>161</sup>

### 3.5 Uudet vaatimukset, uudet perustelut ja uudet todisteet (uusi selvitys)

HLL:n esitöissä esitettiin 27 §:n kohdalla, että pykälässä ei säännellä hallintomenettelyn ja ensimmäisen valitusasteen välisestä suhteesta eli siitä, missä määrin valituksen laajuuteen vaikuttaa se, missä laajuudessa asia on

<sup>158</sup> Ks. vastaavasti aiempaa HLL 23 §:ää koskevasti KHO 2020:134, joka koskee valitusta toimeentulotukiasiassa. Pikkujämsä 2021, s. 546 on arvioidessaan tätä ratkaisua korostanut sitä, että HOL 15.1 §:n 2 ja 3 kohta on kirjoitettu ehdottomaan ja valittajaa velvoittavaan muotoon: vaatimukset ja niiden perustelut on ilmoitettava. Lisäksi Pikkujämsä on todennut (s. 545), että hallinto-oikeudessa vaatimuksen on kohdistuttava välittömästi toimeentulon sijasta sen epäämistä koskevaan päätökseen ja tuon päätöksen mahdollisen kumoamisen tai muuttamisen kautta vasta välillisesti itse toimeentulotukeen. Koska hallintoviranomaisessa ja tuomioistuimessa esitettävät vaatimukset ovat tällä tavoin erilaisia, myöskään vaatimusten perustelut eivät voi olla identtisiä.

<sup>159</sup> Mäenpää 2019, s. 258 on todennut, että oikeuskäytännössä valituksen sisältövaatimuksia on sovellettu ”melko joustavasti”.

<sup>160</sup> Hallberg – Ignatius – Kanninen 1997, s. 211 ovat täydennysmenettelyä koskevasta HLL 28 §:stä todenneet, että usein kuitenkin jo hallintomenettelyssä esitetyistä vaatimuksista, valituksenalaisesta päätöksestä, asiakirjoista ja asiayhteydestä ilmenee, mitä muutoksia valittaja haluaa tehtäväksi ja millä perusteella hän vaatii muutosta, eikä täydennysmenettelyä siten tarvita.

<sup>161</sup> Ks. kuitenkin KHO 2016:223, jossa Suomessa kansainvälistä suojelua hakeneen valittajan valitus ei täydennysmenettelynkään jälkeen sisältänyt mitään yksilökohtaisia perusteluja sille, minkä vuoksi Maahanmuuttoviraston päätös tulisi kumota. Valituskirjelmässä ei ollut mainittu, koskeeko valitus koko Maahanmuuttoviraston päätöstä eikä myöskään sitä, kohdistuuko valitus valittajan yksilöllisiin turvapaikkaperusteisiin vai yleisesti hänen kotialueensa olosuhteisiin. Hallinto-oikeudelle esitetty valitus ei ollut sisältänyt mitään seläistä, jonka perusteella hallinto-oikeus olisi voinut tutkia valituksen.

ollut vireillä hallintopäätöstä tehtäessä. Sääntelyn ulkopuolelle jää myös ensi asteen valituksen ja jatkovalituksen välinen suhde. Toisaalta pykälän sääntely heijastaa kuitenkin niitä periaatteita, jotka vaikuttavat näiden kysymysten ratkaisuun.<sup>162</sup> Vuonna 2010 HLL:iin otettiin erityissäännös oikaisuvaatimuksen vaikutuksesta valituksen sisältöön (HLL 26 a §). Tämän säännöksen esitöissä todettiin, että sääntely ei vaikuta siihen, missä laajuudessa hallintotuomioistuimella on oikeus puuttua viran puolesta hallintopäätöksen virheellisyyteen.<sup>163</sup>

Myöskään HOL:iin ei sisälly yleistä ja nimenomaista valituksen muuttamisen kieltävää säännöstä. Valitusajan päättymisen jälkeen tapahtuvaa valituksen muuttamista kuitenkin rajoitetaan HOL 41 §:ssä säädetyin tavoin.<sup>164</sup>

Nykyään oikaisuvaatimuksen ja *valituksen vaatimusten* suhteesta säädetään HOL 15.4 §:n jälkimmäisessä virkkeessä. Sen mukaan oikaisuvaatimuksen tekijä saa esittää valituksessaan uuden vaatimuksen vain, jos se perustuu olosuhteiden muutokseen tai oikaisuvaatimuksen tekemisen määräajan päättymisen jälkeen valittajan tietoon tulleeseen seikkaan. Lakivaliokunnan mietinnön mukaan tämän säännöksen tarkoituksena on turvata, että muutoksenhaku ei ensi vaiheen jälkeen laajene koskemaan vaatimuksia, joita ei ole esitetty muutoksenhaun ensi vaiheessa. Muutoksenhaun ensi vaiheella mietinnössä on tarkoitettu oikaisuvaatimusmenettelyä. Lakivaliokunta on tuonut mietinnössään esiin myös sen, että valiokunnan saaman selvityksen mukaan Euroopan unionin tuomioistuimen oikeuskäytännöstä ei ilmene estettä ehdotetulle sääntelylle.<sup>165</sup> Oikaisuvaatimuksen ja *valituksen vaatimusten perustelujen* suhteesta säädetään puolestaan HOL 15.4 §:n ensimmäisessä virkkeessä. Sen mukaan oikaisuvaatimuksen tekijä saa valittaessaan oikaisuvaatimuspäätöksestä esittää vaatimuksilleen uusia perusteluja.<sup>166</sup> Tämä säännös ei ole rajoittava. HOL 15.4 §:ssa ei myös-

<sup>162</sup> HE 217/1995 vp, s. 53.

<sup>163</sup> HE 226/2009 vp, s. 63.

<sup>164</sup> Ks. Mäenpää 2019, s. 277–278.

<sup>165</sup> Ks. LaVM 18/2018 vp, s. 8 ja siinä viitattu PeVL 50/2018 vp, s. 7–8. Säännöksen soveltamisesta esimerkein ks. Koivuluoma – Paso – Saukko – Tarukannel – Tolvanen 2020, s. 140. HLL:n aiemmasta vastaavasta säännöksestä ks. Halila – Aer 2014, s. 251–252. Hallintoprosessuaalisesta ”kanteenmuutoskiellosta” laajemmin lähinnä veroasioissa ks. Myrsky – Rabinä 2015, s. 531–545, jossa (s. 545) kirjoittajat ovat myös todenneet, että käytännössä hallinto-oikeudet ovat voineet suhtautua varsin joustavasti sellaisiin uusiin oikaisuvaatimusvaiheen jälkeen valituskirjelmässä esitettyihin vaatimuksiin, joiden merkitys kokonaisuuden kannalta on vähäinen.

<sup>166</sup> Lakivaliokunta on mietinnössään tältä osin esittänyt, että ehdotetussa sääntelyssä ei rajoiteta uusien perustelujen esittämistä hallintotuomioistuimelle eikä ehdotus ole muutoinkaan Euroopan unionin oikeuden vastainen. Ks. LaVM 18/2018 vp, s. 8–9. Tältä osin



kään rajoiteta *uusien todisteiden esittämistä* oikeudenkäynnissä, eikä tuomioistuin ole sidottu asiaa ratkaistessaan siihen aineistoon, joka on ollut oikaisuvaatimusmenettelyssä käytettävissä. Oikeudenkäynnissä on niin ikään mahdollista esittää uusia oikeudellisia perusteita ja vedota uusiin oikeuslähteisiin.<sup>167</sup>

*Valitusajan päättymisen jälkeisistä rajoituksista* vaatimusten ja niiden perustelujen esittämiseen säädetään HOL 41 §:ssä. Pykälän otsikko on ”Uusien vaatimusten esittäminen”, ja pykälän 1 momentissa säädetään uuden vaatimuksen esittämisestä, 2 momentissa uusien perustelujen esittämisestä vaatimuksen tueksi ja 3 momentissa sivuvaatimusten tekemisestä<sup>168</sup>. Pykälän esitöiden mukaan se vastaa asiallisesti HLL 27 §:ää, ja sääntelyn taustalla ovat OK 14:2:n säännökset kanteen muuttamisen kiellosta ja niistä vaatimuksista, joiden esittämistä ei katsota kielletyksi kanteen muuttamiseksi.<sup>169</sup> HOL 41 §:n 1 ja 2 momentin mukaiset rajoitukset eivät koske muita valitusasian osapuolia kuin valittajaa.

HOL 41 §:n 1 ja 2 momentti koskevat sanamuotonsa mukaisesti valituksella vireille pantavia asioita, mutta ne ja sivuvaatimuksia koskeva 3 momentti tulevat HOL 23 §:n perusteella sovellettavaksi myös HOL 4 luvun (19–23 §) mukaisissa muissa hallintolainkäyttöasioissa, jotka pannaan vireille esimerkiksi hakemuksella tai esityksellä. Itse asiassa HOL 41 §:n taustalla oleva kanteenmuutoskieltoa koskeva ajattelu sopii näihin asioihin paremmin kuin valituksella vireille pantaviin asioihin. Puhtaissa alistusasioissa HOL 41 §:llä ei liene käytännöllistä merkitystä, ja alistusasioissa, joihin liittyy valitus, merkitystä on lähinnä vain pykälän 3 momentilla.

*Uuden vaatimuksen* saa esittää valitusajan päättymisen jälkeen vain, jos se perustuu olosuhteiden muutokseen tai valitusajan päättymisen jälkeen valittajan tietoon tulleeseen seikkaan (HOL 41.1 §). Kuten säännöksen esitöistä ilmenee, uuden vaatimuksen esittämistä koskevilla rajoituksilla ei

---

mietinnössä lienee otettu huomioon myös perustuslakivaliokunnan lausunnossa (PeVL 50/2018 vp, s. 8) esitetyt näkökohdat puolustautumisoikeuden suojaamisesta, oikeusvarmuuden periaatteesta ja menettelyn moitteettomasta kulusta.

<sup>167</sup> Ks. Halila – Aer 2014, s. 250–251.

<sup>168</sup> HOL 41.3 §:n perusteella asianosainen saa oikeudenkäynnin aikana vaatia täytäntöönpanon kieltämistä tai keskeyttämistä, suullista käsittelyä tai oikeudenkäyntikulujen korvausta tai tehdä muun oikeudenkäyntiin liittyvän sivuvaatimuksen. Ilmaisui ”oikeudenkäynnin aikana” tarkoittaa sitä, että sivuvaatimus tulee esittää asian vireillä ollessa kulloinkin kyseessä olevassa oikeusasteessa. Ks. asiallisesti vastaavasti väliaikaisesta oikeusturvasta HOL 123.1 ja 2 §, joissa säädetään kylläkin nimenomaisesti hallintotuomioistuimen toimivallasta, sekä oikeudenkäyntikuluvaatimuksesta HOL 98.1 §. Selvyyden vuoksi on syytä todeta, että sellainen alemmassa oikeusasteessa syntyneitä oikeudenkäyntikuluja koskeva vaatimus, jota ei ole esitetty siellä, jää vasta ylemmässä oikeusasteessa esitettynä tutkimatta.

<sup>169</sup> HE 29/2018 vp, s. 106.

tarkoiteta vaatimuksen rajoittamista tai peruuttamista.<sup>170</sup> Säännös merkitsee esimerkiksi sitä, että jos valitusajan kuluessa on valitettu vain tietystä hallintopäätöksen kohdasta, valitusajan päättymisen jälkeen tehty valituksen laajentaminen päätöksen muihin kohtiin jää lähtökohtaisesti tutkimatta.<sup>171</sup>

*Uusia perusteluita* vaatimuksensa tueksi valittaja saa esittää valitusajan päättymisen jälkeen, jollei asia sen johdosta muutu toiseksi (HOL 41.2 §).<sup>172</sup> Yleisesti ottaen on syytä todeta, että valittajan esittämiltä perusteluilta ei ole syytä edellyttää suurempaa yksilöinnin tarkkuutta kuin millä tarkkuudella valituksenalainen päätös on perusteltu.<sup>173</sup> HOL 41.2 §:n mukaiset ”uudet perustelut”, kuten myös aiemman HLL 27.2 §:n mukaiset ”uudet perusteet”, koskevat sinänsä sekä oikeus- että todistustositseikkoja, mutta kuten jälkimmäisen säännöksen osalta on esitetty, ”[k]äytännön soveltamisongelma on sen tulkitseminen, milloin uusi oikeustositseikka johtaa asian muuttumiseen toiseksi.”<sup>174</sup> Janne Aer on todennut tästä selkeämmin, että kysymystä todistustositseikkojen esittämisestä ei tule ratkaista HLL 27 §:n nojalla,<sup>175</sup> siis nykyään HOL 41 §:n 1 tai 2 momentin perusteella.

*Uusiin oikeusohjeisiin* vetoaminen tai muutoin aiemmasta täydentynyt *oikeudellinen argumentaatio* ei muuta asiaa toiseksi, mikä ilmenee esimerkiksi ratkaisusta KHO 2019:158. Siinä on HLL 27.2 §:iin viitaten todettu, että tuomioistuimenmenettelyssä yleisesti noudatettavan periaatteen mukaan tuomioistuimen on viran puolesta tunnettava lain sisältö ja sovellettava sitä asian tosiseikastoon (*jura novit curia* -periaate). Hallintotuomioistuin ei ole oikeudellisessa arvioinnissaan sidottu muutoksenhakijan esittämään käsitykseen asiaan soveltuvista lain säännöksistä. Näin ollen valittajakin voi valitusajan päättymisen jälkeen täydentää oikeudellista argumentoin-

<sup>170</sup> HE 29/2018 vp, s. 106.

<sup>171</sup> Ks. Hallberg – Ignatius – Kanninen 1997, s. 207 aiemmasta asiallisesti samansisältöisestä HLL 27.1 §:sta. Kirjoittajat ovat myös todenneet (s. 208), että kanteenmuutostkielollalla ei ole hallintolainkäytössä samaa merkitystä kuin yleisessä lainkäytössä. Ks. myös HLL:n säätämiseen johtanut oikeusministeriön lainvalmisteluosaston ehdotus OM 2/1994, s. 228–235, jossa on todettu (s. 230), että yleisesti ottaen vaatimuksen muuttamista koskevia ennakkopäätöksiä on vähän.

<sup>172</sup> Vrt. sanamuodon osalta OK 14:2.3, jonka mukaan kanteen muuttamiseksi ei ole katsottava sitä, että kanteen tueksi esitetään uusia seikkoja, ellei asia sen johdosta muutu toiseksi. Tämän säännöksen ilmaisu ”ellei asia sen johdosta muutu toiseksi” on pidetty vaikeasti hahmotettavana. Ks. tästä Kaisto 2013, passim., joka on todennut (s. 784), että vallitsevana kantana voidaan pitää sitä, että uusiin seikkoihin vetoamista tulisi arvioida oikeusseurauksen samana pysymisen näkökulmasta. Vastaavasti ks. Linna 2015, s. 344–345, joka on nähdäkseni esittänyt (s. 352–353) myös, että mikäli kanteen tueksi esitetty uusi seikka ei merkitse kanteen kiellettyä muuttamista, uusi seikka saattaa kuitenkin prekludoitua.

<sup>173</sup> Ks. Aer 2012, s. 276.

<sup>174</sup> Hallberg – Ignatius – Kanninen 1997, s. 209.

<sup>175</sup> Aer 2008, s. 767.

tiaan ilman, että asia tämän vuoksi muuttuu toiseksi. *Se, että asia HOL 41.2 §:n edellyttämin tavoin muuttuisi toiseksi vaatimuksen uusien perustelujen vuoksi, on varsin harvinainen tilanne.*<sup>176</sup> Mahdollista se kuitenkin on, mutta yleistä luonnehdintaa asian muuttumisesta toiseksi on vaikea esittää.<sup>177</sup>

Ratkaisusta KHO 2017:156 ilmenee ensinnäkin esimerkki asian muuttumisesta toiseksi. Tilanne liittyy jatkovalitukseen, mutta sinänsä samanlainen valituksen laajennus voisi tapahtua myös ensi asteen oikeudenkäynnin sisällä. Yhtiö oli markkinaoikeudessa vaatinut hyvitysmaksun määräämistä perustellen sitä muun ohella tarjousten vertailun virheellisyydellä kahden alavertailuperusteen osalta. Yhtiö oli vasta korkeimmassa hallinto-oikeudessa laajentanut valitustaan esittämällä hankintayksikön selitykseen antamassaan vastaselityksessä, että tarjousten vertailu oli ollut virheellistä myös kuuden muun alavertailuperusteen osalta. Asia oli näiden perusteiden esittämisen johdosta muuttunut HLL 27.2 §:ssa tarkoitettulla tavalla toiseksi.

Oikeusastejärjestyksestä mainitussa ratkaisussa on todettu, että vaikka valituksen muuttamista koskeva HLL 27 § koskee vain ensi asteen valitusta, lainkohdasta ilmeneviä periaatteita voidaan kuitenkin soveltaa myös ensi asteen valituksen ja jatkovalituksen väliseen suhteeseen. Muutoksenhakumenettelyn lähtökohtana on, että vaatimukset ja niiden perusteet esitetään jo siinä vaiheessa, kun hankintapäätöksestä valitetaan ensimmäiseen valitusasteeseen, tässä tapauksessa markkinaoikeuteen. Kun otetaan huomioon oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin sisältyvä vaatimus oikeudenkäynnin joutuisuudesta ja asianosaisten tasapuolisesta kohtelusta, lähtö-

<sup>176</sup> Ks. Mäenpää 2019, s. 279–280, joka on käyttänyt ilmaisua ”verratan epätodennäköinen mahdollisuus”. HLL 27.2 §:n mukaisen uuden perusteen esittämisestä veroasioissa on kohtuullisessa määrin ratkaisukäytäntöä. Sen perusteella on oikeuskirjallisuudessa tehty johtopäätös, että asia muuttuu uuden perusteen johdosta toiseksi ”vain poikkeuksellisesti”. Ks. Myrsky – Råbinä 2015, s. 534–539. Ks. myös KHO 2012:134: Louhinta-, murskaus- ja asfalttitoimintaa harjoittavan yhtiön naapurissa asuva henkilö oli korkeimmassa hallinto-oikeudessa yhtiön ympäristölupaa koskevan valituksensa johdosta antamassaan vastaselityksessä esittänyt, että hallinto-oikeuden ja aluehallintoviraston päätökset ympäristölupa-asiassa oli kumottava myös sillä perusteella, ettei asiassa ole toimitettu YVA-lain mukaista arviointimenettelyä. Koska ympäristövaikutusten arviointimenettelyn soveltamisesta ei ollut annettu erillistä päätöstä, josta olisi pitänyt valittaa hallinto-oikeuteen samassa yhteydessä kuin ympäristölupapäätöksestä, ja kun korkeimmassa hallinto-oikeudessa esitetty uusi valitusperuste ei ollut muuttanut ratkaistavana olevaa valitusasiaa hallintolainkäyttölain 27 §:n 2 momentissa tarkoitettulla tavalla toiseksi, ympäristölupaa koskeva valitus korkeimmassa hallinto-oikeudessa oli tutkittava myös tällä uudella perusteella tehtynä.

<sup>177</sup> Tarukannel – Jukarainen 1999, s. 204; Jukarainen 2013, s. 27. HLL:n esitöiden (HE 217/1995 vp, s. 54) mukaan kysymys asian muuttumisesta toiseksi oli jätettävä lähemmin määrittäytyväksi oikeuskäytännössä.

kohtaisesti ei ole perusteltua, että asia tulee vasta jatkovalituksessa esitettyjen perusteiden johdosta korkeimmassa hallinto-oikeudessa tutkittavaksi laajemmin kuin se on tutkittu ensimmäisessä valitusasteessa. Tämä on oikeusastejärjestyksen lähtökohta. Näin ollen asia jätettiin korkeimmassa hallinto-oikeudessa tutkimatta siltä osin kuin yhtiö oli siellä esittänyt uusia tarjousten vertailun virheellisyyden perusteita, joita se ei ollut esittänyt markkinaoikeudessa ja joiden johdosta asia oli muuttunut toiseksi.<sup>178</sup>

Mikäli asia ei muutu toiseksi, uudet oikeustositteet voidaan tutkia siinä tuomioistuimessa, missä ne on esitetty, tai valituksenalainen päätös voidaan kumota ja asia palauttaa alempaan asteeseen uudelleen käsiteltäväksi. Sama koskee uusia todisteita (uutta selvitystä), joiden ajallista esittämistä HOL:ssa ei ole suoraan lain nojalla rajoitettu.<sup>179</sup> Myöhemmin käsiteltävä HOL 46 § mahdollistaa kuitenkin tuomioistuimelle määrääjän asettamisen lisäaineiston esittämiseksi.

Asioiden indispositiivisesta luonteesta johtuen hallintotuomioistuin voi hankkia selvitystä tosiseikoista varsin vapaasti myös *oma-aloitteisesti* (HOL 37.2 §), mutta tällöinkin vain tutkimisvaltansa ja kulloisenkin oikeussuojakeinon erityispiirteiden rajoissa.<sup>180</sup> *Aineellisen totuuden* selvittämiseen voidaan siis pyrkiä vain siinä laajuudessa kuin asia on tuomioistuimen ratkaistavana.<sup>181</sup> Selvityksen saamiseksi voidaan järjestää myös *suullinen käsittely* (HOL 57 §), jossa kuullaan tosiseikkojen selvittämiseksi esimerkiksi todistajia. Suullisessa käsittelyssä voidaan kuitenkin esittää uusia vaatimuksia ja uusia perusteluja vain HOL 41 §:n 1 ja 2 momentin rajoissa.<sup>182</sup>

Hallintoprosessissa on varsin tavallista, että vasta valitusvaiheessa saadaan sellaista uutta selvitystä, joka olisi voinut vaikuttaa siihen, miten asia

---

<sup>178</sup> Ruotsin hallintoprosessilain 37.1 §:n mukainen preklusio koskee vain asioita, joissa edellytetään valituslupaa ylimpään oikeusasteeseen (ei siis kamarioikeuteen). Kyseisessä lainkohdassa säädetään seuraavaa: ”I mål där prövningstillstånd krävs får omständighet eller bevis, som klaganden åberopar först i Högsta förvaltningsdomstolen, beaktas endast om det finns särskilda skäl.” Ks. Blomberg – Södergren 2020, s. 145–146, jossa on todettu muun ohella seuraavaa (s. 145): ”Preklusionsregeln i bestämmelsen har sin grund i den s.k. instansordningsprincipen och i att tyngdpunkten i processen inte ska ligga i högsta instans, vilket därmed underlättar för HFD att fullgöra sin prejudikatbildande funktion. Preklusionsregeln är endast tillämplig i HFD. Trots regelns ordalydelse, har den i praxis ansetts tillämplig även beträffande vad motpart – och således inte endast klagande – åberopar först i HFD –”.

<sup>179</sup> Aer 2008, s. 767 on HLL:n osalta todennut, että hallintoprosessissa todisteita ja muuta selvitystä voidaan esittää aina siihen asti, kunnes asia ratkaistaan. Ks. tästä myös Myrsky – Rabinä 2015, s. 539.

<sup>180</sup> Näin HLL 33 §:n osalta Hallberg – Ignatius – Kanninen 1997, s. 246.

<sup>181</sup> Ks. Aer 2009, s. 763.

<sup>182</sup> Näin Hallberg – Ignatius – Kanninen 1997, s. 269 HLL 27 §:n ja vuoden 1995 kuntalain (365/1995) 90.2 §:n erityissäännöksen osalta.

olisi alemmassa asteessa ratkaistu. Tällainen selvitys voi olla oikeudenkäynnin osapuolten oma-aloitteisesti esittämää, tai se voi olla hallintotuo-  
mioistuimen selvittämismahdollisuuden perusteella saatua. Hallintotuo-  
mioistuimen mahdollisuudesta palauttaa valitusasia hallintoviranomaiselle  
uudelleen käsiteltäväksi säädetään HOL 81.1 §:n 3 kohdassa.

Asian palauttaminen on omiaan aiheuttamaan käsittelyn viivästymistä  
ja ylimääräisiä kustannuksia. Palauttaminen voi kuitenkin olla tarkoituk-  
senmukaista, jos selvitys olisi voinut vaikuttaa hallintopäätöksen lopputu-  
lokseen tai viranomaisen ei ole aiemmin puuttuneen selvityksen vuoksi  
voinut ottaa kantaa merkityksellisiin tosiseikkoihin. Erityisesti silloin, kun  
vastakkain on yksityisiä intressejä, asian palauttamisella turvataan mah-  
dollisuutta puolustautumiseen ja myöhempään muutoksenhakuun. Harkin-  
ta asian palauttamisen ja suoraan ratkaisemisen, joka on poikkeus pääsään-  
nöstä, välillä joudutaan tekemään tapauskohtaisesti.<sup>183</sup> Palauttamisen ylei-  
syy vaihtelee asiaryhmäkohtaisesti.<sup>184</sup> Asian suoraa ratkaisemista tuomio-

<sup>183</sup> Ks. esim. ulkomaalaisasioista KHO 2019:20: Korkeimmassa hallinto-oikeudessa oli ratkaistavana, oliko hallinto-oikeus voinut arvioida täydennetyin maatiedon vaikutuksen pala-  
uttamatta asiaa Maahanmuuttovirastolle uudelleen käsiteltäväksi. Korkein hallinto-oikeus  
totesi, että hallinto-oikeus oli ottanut huomioon täsmällisen ja ajankohtaisen maatietouden  
vaikutuksen valituksenalaisen päätöksen lopputulokseen, kuten sen oli pitänytkin. Valittaja  
oli myös saanut vastineessaan hallinto-oikeudelle esittää oman käsityksensä Maahanmuut-  
toviraston lausunnosta sekä esittää myös uutta maatietoutta. Valitus hylättiin. Ks. myös  
muuna päätöksenä julkaistu ratkaisu KHO 22.9.2021/H3243, jossa asia palautettiin Maa-  
hanmuuttovirastolle uudelleen käsiteltäväksi lausumalla muun ohella seuraavaa: ”Asiassa  
on ilmennyt, että turvallisuustilanne muutoksenhakijan kotialueella Diyalan läänissä sijait-  
sevassa Khanaqinin piirikunnassa on heikentynyt selvästi verrattuna siihen ajankohtaan, kun  
Maahanmuuttovirasto ja sittemmin hallinto-oikeus ovat ratkaisseet asian.” – ”Muutoksen-  
hakijan riski joutua aseellisesta konfliktista johtuvan erottelemattoman väkivallan kohteeksi  
joko kotialueellaan tai matkareitillä kotialueelleen on korostunut. Edellä mainituilla perusteilla  
muutoksenhakijaa ei voida palauttaa Diyalan läänissä sijaitsevaan Khanaqiniin. Asian  
käsitteilyn tässä vaiheessa ei ole perusteltua ottaa korkeimmassa hallinto-oikeudessa ensi  
asteena tarkasteltavaksi, onko muutoksenhakijalla mahdollisuus ulkomaalaislain 88 e §:ssä  
tarkoitettuun sisäiseen pakoon.”

<sup>184</sup> Asian palauttamisesta uuden selvityksen perusteella ks. Hallberg – Ignatius – Kanninen  
1997, s. 95, 209; Haapaniemi 2001, s. 503; Vihervuori 2004, s. 498; Aer 2009, s. 768. Ul-  
komaalaisasioissa asian palauttamiseen viranomaiselle on omiaan johtamaan esimerkiksi  
hallinto-oikeudessa esitetty uusi turvapaikkaperuste. Uusi turvapaikkaperuste on ollut esil-  
lä esimerkiksi ratkaisuihin KHO 2019:93 (pelko sukuelinten silpomisesta), KHO 2018:81  
(kristinuskoon kääntymisen) ja KHO 2017:148 (seksuaalinen suuntautuminen). Palautusten  
määrät ovat tässä asiaryhmässä merkittäviä, ja selvästi yleisin palautuksen syy on uusi selvi-  
tys. Vuonna 2017 viranomaisen kansainvälistä suojelua koskevista ratkaisuksista valitettiin ensi  
asteen hallinto-oikeuksiin yhteensä 8854 kertaa. Samana vuonna asioita palautettiin viran-  
omaiselle pelkästään uuden selvityksen perusteella 1639 kertaa. Vuonna 2018 vastaavat luvut  
olivat 6821 ja 873. Jatkomuutoksenhaun osalta vastaavat luvut vuodelta 2017 olivat 606 ja  
282 sekä seuraavalta vuodelta 540 ja 260. Ks. Sisäministeriön selvitys 2019, s. 13–14. Rungas  
vuosikymmen sitten Jääskinen 2008, s. 229–230 totesi, että korkeimman hallinto-oikeuden

istuimessa voi hankaloittaa se, että tuomioistuimella voi olla vähemmän asian vaatimaa substanssiosaamista kuin hallintoviranomaisella.<sup>185</sup> Uusi selvitys voi myös johtaa tarpeeseen tehdä tarkoituksenmukaisuusharkintaa, johon hallintotuomioistuimella ei ole toimivaltaa, koska valituksen saa tehdä vain sillä perusteella, että päätös on lainvastainen (HOL 13.1 §).

### 3.6 Lisäaineiston esittämisen rajoittaminen

Uutena säännöksenä HOL:iin otettu 46 § antaa hallintotuomioistuimelle mahdollisuuden rajoittaa lisäaineiston esittämistä asettamalla sen esittämiseksi määräajan siinä vaiheessa tai sen jälkeen, kun hallintotuomioistuin on katsonut asian tulleen selvitettyksi. Vastaava säännös oli otettu aikaisemmin vuonna 2016 ulkomaalaislakiin. HOL 46 §:n otsikko on ”Selvityksen rajoittaminen”, mutta itse säännöksessä käytetään selvityksen sijasta ilmaisua ”lisäaineisto”. Säännös on sanamuodoltaan seuraava: ”Kun hallintotuomioistuin katsoo asian tulleen selvitettyksi, se voi asettaa asian laatuun nähden kohtuullisen määräajan, jonka kuluessa oikeudenkäynnin osapuolten on toimitettava mahdollinen lisäaineisto asiassa. Jos osapuoli toimittaa lisäaineistoa tämän määräajan jälkeen, hallintotuomioistuin voi jättää sen huomioon ottamatta.”

Sinänsä on hyvinkin mahdollista, että aloite lisäaineiston esittämisen rajoittamista koskevan määräajan asettamisesta tulee joltakin oikeudenkäynnin osapuolista erityisesti, kun vastakkain on myös yksityisiä intressejä, koska määräajan tarkoituksena on säännöksen esitöiden mukaan turvata oikeus asian viivytyksettömään käsittelyyn. Säännöksen esitöissä on myös tuotu esiin, että hallintotuomioistuimella ei ollut HLL:n aikana käytössään tehokkaita keinoja tarvittaessa rajoittaa lisäselvityksen esittämistä.<sup>186</sup> Todettua kannanottoa ei nähdäkseni ole lainvalmistelun kuluessa annetut lau-

---

palautusratkaisut viranomaiselle olivat suhteellisesti yleisimpiä immateriaalioikeudellisissa asioissa. Jääskisen esittämin tavoin hakijoille oli ja on nykyäänkin tärkeää, että hakemus johdetaan rekisteröintipäätökseen vaikka haettua kapeammalla suojajaperillä, koska muutoin hakija menettää kysymyksessä olevaan hakemukseen liittyvän etuoikeuspäivän sekä patenttien ja hyödyllisyysmallien kyseessä ollessa lisäksi myös rekisteröinnin edellytyksenä olevan keksinnön uutuuden. Toisaalta patenttia ja hyödyllisyysmallioikeutta vastustavat asianosaiset pyrkivät löytämään uusia esteasiakirjoja, jotka asettavat kyseenalaiseksi keksinnön uutuuden tai keksinnöllisyyden. Näin ollen asia joutuu tuomioistuimessa usein uuteen tilaan, mikä edellyttää asian palauttamista Patentti- ja rekisterihallitukselle.

<sup>185</sup> Ks. Jukarainen 2013, s. 28, joka kylläkin käsittelee tilannetta, jossa valituksenalaisen päätöksen perustelujen puutteellisuuden vuoksi hallintotuomioistuin joutuu selvittämään asiaa materiaalisesti, vaikka se tehtävä olisi kuulunut jo hallintoviranomaiselle.

<sup>186</sup> HE 29/2018 vp, s. 112.

sunnot ja muutoin säännöksen esitöissä lausuttu huomioon ottaen edellytyksiä ymmärtää niin, että tehokkaita keinoja olisi käytössä uudenkaan lain myötä.<sup>187</sup> Lisäksi säännöksen soveltamisala on erityisesti vaatimusten ja väitteiden suhteen ongelmallinen. HOL 46 §:ää sovellettaessa on syytä kiinnittää huomiota paitsi sen esitöissä todettuun myös siihen, että varsinaisessa preklusiossa, sellaisena kuin se liittyy yleiseen lainkäyttöön, on kysymys vakavasta oikeusseuraamuksesta, jonka edellytyksistä on säädetävä lailla.<sup>188</sup>

HOL 46 §:n esitöiden mukaan uuden selvityksen vastaanottaminen ja kuulemismenettely saattavat viivästyttää tarpeettomasti asian käsittelyä ja toisinaan uusi selvitys saattaa johtaa tarpeettomaan kuulemiskiarteeseen. Säännöksen määräaika ei voi olla täysin ehdoton, koska asioiden indispositiivinen luonne edellyttää kaiken relevantin selvityksen huomioon ottamista. Tuomioistuimen on siis joka tapauksessa tutustuttava sille ennen asian ratkaisemista esitettyyn selvitykseen. Jos on ilmeistä, että esitettyyn

<sup>187</sup> Ennen vuoden 2018 lopullista hallituksen esitystä HOL:ksi (HE 29/2018 vp) siitä oli tehty esitysluonnos, josta oikeusministeriö oli pyytänyt lausunnot 110 taholta, ja sen oli antanut 65 tahoa. Lausunnoista tehtiin tiivistelmä, joka julkaistiin. Lausunnotiivistelmän mukaan selvityksen rajoittamista koskevaa sääntelyä vastusti kaksi tahoa, jotka olivat Maaseutuvirasto ja Suomen luonnonsuojeluliitto. Ks. OM 48/2017, s. 84. Lausunnotiivistelmästä myös ilmenee Suomen tuomariliitto ry:n näkemyksenä (s. 89) olleen, että säännöksen ei koeta tuovan merkittävää helpotusta nykytilanteeseen, koska hallinto-oikeuden on joka tapauksessa perheydyttävä toimitettuun aineistoon ja arvioitava sen merkitys päätöksenteossa. Lausunnotiivistelmän mukaan vakuutus-oikeuden, jonka tilannetta oli jo tuossa vaiheessa helpotettu erityissääntelyllä (nykyisen oikeudenkäynnistä vakuutus-oikeudessa annetun lain 17 §), todettiin (s. 89–90) esittäneen seuraavaa: ”*Vakuutus-oikeudella* on lausuntonsa mukaan runsaasti kokemusta muutoksenhakijoista, jotka jatkuvasti, monet jopa päivittäin, lähettävät asiassaan sähköpostia sekä niihin liitettyjä tiedostoja. Tällainen toiminta hidastaa käsittelyä, vaikka asiat olisivat käytettävissä olevan oikeudenkäyntiaineiston perusteella jo valmiita ratkaistaviksi. Rajoituksia selvityksen toimittamiselle on jo nykyisenkin lain voimassa ollessa jouduttu toisinaan asettamaan prosessinjohtollisilla perusteilla, mutta säännös selvityksen toimittamisen rajoittamisesta on hyvä saada myös lakiin. Tämän vuoksi vakuutus-oikeus kannattaa ehdotusta, vaikka se ei sellaisenaan ratkaisekaan jatkuvaa lisäselvitysten toimittamiseen liittyvää perusongelmaa, vaan ainoastaan antaa keinon rajata sitä. Perusongelma on kuitenkin vaikea kokonaan ratkaista, kun edelleen pidettäneen kiinni siitä, että lisäselvityksen toimittaminen valitusprosessin aikana on mahdollista.” Vakuutus-oikeuden lausunnon edellä mainitun viimeisen virkkeen toteamus *kun edelleen pidettäneen kiinni* oli vaihtunut vakuutus-oikeuden 4.1.2019 päivytyssä lausunnossa eduskunnan lakivaliokunnalle dnro: VakO 1398/00.08/2018 (s. 3) muotoon *kun sinänsä perustellusti edelleen pidetään kiinni*.

<sup>188</sup> Koulu 2015, s. 148. Vaitoja 2016, s. 78–79 on viitannut preklusion osalta legaliteetti-vaatimukseen ja tulkintaohjeeseen, jonka mukaan säännöksiä ei tulisi tulkita laventavasti. Ks. vastaavasti esim. Välimäki 2016, s. 298. Lappalainen 1994, s. 111–112 on todennut, että koska preklusio on varsin voimakas ase, lainsäätäjää on joutunut punnitsemaan huolellisesti niitä tilanteita, joissa tätä sanktiota on aiheellista käyttää. Ensinnäkin on katsottu, että ali-oikeustasolla preklusio on otettavissa käyttöön vain dispositiivisissa riita-asioissa. Sen sijaan indispositiivisissa asioissa totuuspyrkimystä ei ole ”vaarannettu” preklusiosäännöksiin.

asiakirjaan sisältyy täysin uutta ja asian ratkaisuun olennaisesti vaikuttavaa selvitystä, tuomioistuimen tulee ottaa se huomioon myös määräajan jälkeen, jos asiaa ei ole vielä ratkaistu. Tällaisesta selvityksestä on myös kuultava oikeudenkäynnin osapuolia. Sen sijaan, jos tuomioistuin jättää selvityksen huomioon ottamatta, tulee päätöksen perusteluista ilmetä määräajan asettaminen ja se, että määräajan jälkeen on saapunut selvitystä, jota ei ole otettu huomioon asiaa ratkaistaessa.<sup>189</sup>

Nähdäkseni lisäaineisto, riippumatta kyseisen käsitteen tulkinnallisesta laaja-alaisuudesta, jota käsitellään jäljempänä, olisi otettava huomioon varsin matalalla kynnyksellä ainakin, mikäli se näyttäisi vaikuttavan asian lopputulokseen. Varmuutta tällaisesta vaikutuksesta ei kuitenkaan tässä vaiheessa prosessia ole syytä edellyttää. Erityisen pidättyväinen yksityisen asianosaisen esittämän lisäaineiston rajoittamisessa tulee olla silloin, kun asiassa on kysymys rangaistusluonteisen hallinnollisen seuraamuksen määrittämisestä.<sup>190</sup>

Esitöissä todettu viittaa siihen, että rajoituksen kohteeksi joutuvan lisäaineiston johdosta ei tarvitsisi kuulla muita oikeudenkäynnin osapuolia ja ettei tällaista selvitystä tarvitsisi antaa niille edes tiedoksi. Säännöksen tarkoitus huomioon ottaen tällainen poikkeama kontradiktorisuuden vaatimuksesta lienee hyväksyttävissä, koska pelkkä rajoituksen kohteeksi joutuvan lisäaineiston tiedoksiantokin muille osapuolille voi johtaa oma-aloitteiseen lausumiseen ja siten oikeudenkäynnin pitkittymiseen entisestään.<sup>191</sup>

<sup>189</sup> Ks. HE 29/2018 vp, s. 45, 53, 112. Suomen luonnonsuojeluliitto totesi hallituksen esityksen luonnoksen johdosta antamassaan lausunnossa, että vaikka ehdotus on prosessinäkölmasta osin perusteltu, se on ympäristönäkökulmasta ongelmallinen. Esimerkiksi päätöksentekoon liittyvät luonto- ja ympäristöselvitykset vaativat päivittämistä, ja toisinaan niitä ei voi tehdä kuin tiettyyn vuodenaikaan. Ks. OM 48/2017, s. 89.

<sup>190</sup> Veroasioiden osalta ks. Kellas – Vuokila 2019, s. 338–339, joiden mukaan puheena olevan säännöksen soveltamisen tulee olla erityisen varovaista silloin, kun asiaan liittyy veronkorotuksen määrääminen, koska veronkorotusta pidetään vakiintuneesti sellaisena hallinnollisena sanktiona, johon soveltuvat rikosprosessia koskevat periaatteet.

<sup>191</sup> Vrt. HOL 39.2 §:n esityöt (HE 29/2018 vp, s. 105), joiden mukaan aineisto, joka jätetään ratkaisuharkinnassa kokonaan ottamatta huomioon asiaan selvästi kuulumattomana, tulee kuitenkin pääsääntöisesti antaa oikeudenkäynnin osapuolille tiedoksi. Ks. tästä myös PeVL 50/2018 vp, s. 8–9, jossa on todettu, että tuomioistuin voi poiketa kuulemisveloitteesta vain hyvin poikkeuksellisesti. Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännössä on vakiintuneesti korostettu sitä, että asianosaisille on varattava tilaisuus tutustua kaikkeen oikeudenkäyntiaineistoon ja annettava mahdollisuus kommentoida sitä. Kuulemisveloitteen ja aineiston tiedoksi antamisen suhteesta on HOL:n esitöissä (HE 29/2018 vp, s. 111) todettu puolestaan seuraavaa: ”Kuuleminen ei tarkoita samaa kuin aineiston antaminen tiedoksi. Oikeudenkäyntiaineisto on asianmukaista antaa tiedoksi jokaiselle oikeudenkäynnin osapuolelle, myös asianosaisen myötäpuolelle ja valituksen kohteena olevan päätöksen tehneelle viranomaiselle, vaikka näitä tahoja ei aineiston johdosta nimenomaisesti kuultaisikaan. Osapuoli voi tarvittaessa lausua aineistosta oma-aloitteisesti ilman



Päätökseen tehtävän kirjauksen perusteella muut oikeudenkäynnin osapuolet tulevat jälkikäteen tietoiseksi rajoituksen kohteeksi joutuneen lisäaineiston esittämisestä.<sup>192</sup>

HOL 46 §:n otsikossa puhutaan siis ”selvityksestä”, mutta pykälä koskee sen sanamuodon mukaan ”lisäaineistoa”. Käsitteen aineisto voi sinänsä katsoa kattavan kaiken oikeudenkäyntimateriaalin, johon käsittelyä johdettaessa tai ratkaisua tehtäessä on kiinnitettävä huomiota.<sup>193</sup> Joka tapauksessa on tulkinnanvaraista, ulottuuko tämän pykälän soveltamisala kuitenkin kaikenlaiseen kirjelmöintiin sen sisällön prosessuaalisesta luonteesta riippumatta ja siten pääasiavaatimuksiin ja niiden perusteluihin (oikeustoiseikkoihin) vai ainoastaan todistustoiseikkoihin (todisteluun eli näyttöön). Epäselvää myös on, ulottuuko HOL 46 §:n soveltamisala erilaisiin prosessuaalisiin vaatimuksiin, mukaan lukien HOL 41.3 §:n mukaisiin sivuvaatimuksiin, joiden esittämisen takaraja on vasta oikeudenkäynnin päättyminen, ja oikeudenkäyntiväitteisiin, kuten väitteeseen tuomarinteellisuudesta, vai joudutaanko tällaisten prosessitoimien johdosta kuitenkin tekemään niitä koskevat nimenomaiset ratkaisut.

HOL 46 §:n ensimmäisen virkkeen monikkomuodon ”oikeudenkäynnin osapuolten” perusteella on syytä kysyä, voiko määräajan asettaa vain osal-

---

tuomioistuimen pyyntöäkin, mikäli katsoo siihen olevan aihetta.” Kuulemisvelvoitteesta Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännön perusteella ks. esim. Pellonpää – Gullans – Pölonen – Tapanila 2018, s. 616–621.

<sup>192</sup> Turun hallinto-oikeuden 8.1.2018 (ilmeisesti 8.1.2019) päivätyssä lausunnossa eduskunnan lakivaliokunnalle H00090/18 kiinnitettiin huomiota siihen, että eräissä tilanteissa lisäselvityksen saapumista koskevan tiedon kirjaaminen päätökseen viivästyttäisi jo tehdyn päätöksen antamista. Tähän oikeusministeriön 23.1.2019 päivätyssä lausunnossa eduskunnan lakivaliokunnalle vastattiin (s. 28) seuraavasti: ”Tieto määräajan asettamisesta ja sen jälkeen saapuneesta selvityksestä sekä tällaisen selvityksen jättämisestä huomioon ottamatta olisi kirjattava päätökseen informaatioksi oikeudenkäynnin osapuolille. Tiedot on tarkoituksenmukaista kirjata myös siitä syystä, ettei synny epäselvyyttä, onko selvitys tullut perille tuomioistuimeen. Kysymys on lyhyestä kirjauksesta, joka ei kuormita tuomioistuinta huomattavasti tai oleellisesti hidasta ratkaisun antamista. Selvityksen jättämistä huomioon ottamatta ei tarvitse perustella.”

<sup>193</sup> Aer 2008, s. 772 on todennut, että oikeudenkäyntiaineistoon luetaan valituksenalaisen päätöksen lisäksi asiassa esitetyt vaatimukset ja niiden perusteet, todisteet ja muut selvitykset sekä oikeusohjeet. Ks. myös lähinnä yleisen lainkäytön näkökulmasta Virolainen 1988, s. 53, joka on todennut, että laajassa mielessä oikeudenkäyntiaineistolla tarkoitetaan kaikkea sitä materiaalia, joko asianosaisten esittämää tai tuomioistuimen itse hankkimaa, johon käsittelyä johdettaessa tai ratkaisua tehtäessä on kiinnitettävä huomiota. Sanottuun aineistoon kuuluvat siten asianosaisten vaatimukset, tosiseikat, todisteet eli todistuskeinot, kokemussäännöt ja oikeusohjeet. Ks. myös Virolainen – Vuorenää 2021, s. 108, joiden mukaan suppeassa merkityksessä oikeudenkäynti- tai prosessiaineistolla tarkoitetaan sitä aineistoa, johon asiassa annettava ratkaisu saadaan perustaa.

le tai yhdelle oikeudenkäynnin osapuolista.<sup>194</sup> Säännöksen tarkoituksena ilmeisestikin on, että näin voidaan menetellä.<sup>195</sup>

HOL 46 §:ssä ei ole kysymys varsinaisesta preklusiosääntelystä.<sup>196</sup> Tällä säännöksellä pikemminkin rajoitetaan tarpeettoman aineiston – sekä alkuperäisesti tarpeettoman että prosessin kuluessa sellaiseksi muuttuneen – esittämistä, mutta vasta erikseen asetetun määräajan jälkeen. Säännöksen soveltamisala suhteessa HOL 39.2 §:iin, jonka mukaan tuomioistuin voi jättää huomioon ottamatta sellaisen aineiston, joka selvästi ei kuulu käsiteltävään asiaan, on osin päällekkäinen, koska toimitettu lisäaineisto voi täyttää kummankin säännöksen tunnusmerkistön.<sup>197</sup> HOL 46 §:n soveltamisen käytännöllisenä erona suhteessa HOL 39.2 §:iin vaikuttaisi olevan se, että HOL 46 §:n perusteella huomioon ottamatta jäävää lisäaineistoa ei tarvitse antaa muille oikeudenkäynnin osapuolille edes tiedoksi. Tämä turvaa osin säännöksen pyrkimystä ratkaista ratkaisukypsä asia viivytyksettömästi, mutta se ei poista sitä viivytystä, joka aiheutuu lisäaineistoon tutustumisesta ja sen mahdollisesti sisältämän erityyppisen prosessiaineksen analysoinnista tuomioistuimessa.

HOL 46 §:stä ei ilmene, että alemmassa oikeusasteessa rajoituksen kohteeksi joutunutta lisäaineistoa ei voisi esittää ylemmässä oikeusasteessa. Säännös ei siis ota huomioon oikeusastejärjestyksen periaatetta. Säännöksen esityöt eivät myöskään viittaa tällaiseen tarkoitukseen. Selvää on, että HOL 46 § on erikseen sovellettavissa ylemmässä oikeusasteessa.

Kuten professori Mäenpää toi esiin eduskunnan lakivaliokunnalle antamassaan lausunnossa ulkomaalaislain 197 a §:n säätämisen yhteydessä, puheena olevan kaltainen sääntely ei tuo olennaista lisää siihen, miten

---

<sup>194</sup> Vrt. niin ikään kehotustyyppinen OK 5:22, jossa on käytetty yksikkömuotoa ”kehottaa asianosaista täyttämään määräajassa”.

<sup>195</sup> Aineellinen ja muodollinen prosessinjohto on tuomarin velvollisuus. Aineellinen prosessinjohto voi vaarantaa tuomarin puolueettomuuden vain poikkeuksellisesti, jos tuomari osoittaa selvästi suosivansa toista osapuolta. Tuomarin puolueettomuudesta prosessinjohtoon kannalta ks. Tapanila 2007, s. 240–244, 324–328. Vaikka HOL 46 §:n mukaisen määräajan asettaminen vain yhdelle tai joillekin oikeudenkäynnin osapuolista on säännöksen sanamuodon näkökulmasta ongelmallista, tällaisen uhan asettaminen ei kuitenkaan lähtökohtaisesti saata merkitä tuomarin tai kokoonpanon puolueellisuutta.

<sup>196</sup> Ks. Koivuluoma – Paso – Saukko – Tarukannel – Tolvanen 2020, s. 186, jossa on todettu, että HOL 46 § ei ole erityisesti siviiliprosessiin omaksuttu preklusiosäännös todisteiden esittämisen ajallisesta rajoittamisesta prosessin aikana ja että asianosaisella voi olla perusteltu syy olla noudattamatta määräaika. Tällöin puhutaan laillisesta esteestä (HOL 53 §).

<sup>197</sup> Mäenpää 2019, s. 306 on todennut, että HOL 39.2 §:ssa tarkoitettua asiaan kuulumatonta aineistoa voi olla esimerkiksi selvitys, joka koskee täysin toisenlaista asiaa tai mahdollisia virheitä viranomaisen muissa menettelyissä, jotka eivät liity valituksen kohteena olevaan asiaan.

prosessinjohdollisesti on voitu toimia aiemminkin.<sup>198</sup> Ainoilta eroilta vai-  
kuttaa ensinnäkin se, että aiemmin tuomioistuimella ei ollut laillisia edel-  
lytyksiä todeta, että määräajan jälkeistä lisäaineistoa ei otettaisi huomioon,  
ja toiseksi se, että HOL 46 §:n mukaisen rajoituksen kohteeksi joutunutta  
lisäaineistoa ei välttämättä tarvitse antaa muille oikeudenkäynnin osapuol-  
lille edes tiedoksi. Tosin jos lisäkirjelmä sisältää HOL 46 §:n soveltamis-  
alan ulkopuolelle jäävää prosessiainesta, tällöin kuulemisen tarvetta joudu-  
taan arvioimaan niin sanotusti normaalissa järjestyksessä.

### 3.7 Oikeudenkäyntikuluvastuu

HOL:ssa ei ole varsinaisia preklusiosäännöksiä. Niiden puute mahdollis-  
taa oikeudenkäynnin osapuolille varsin vaivattoman keinon pitkittää oi-  
keudenkäyntiä ja saada aikaan jopa palautusratkaisu. Tällainen asiantila  
saattaa olla myös viranomaisen intressissä. Oikeudenkäynnin pitkittämi-  
sestä johtuva prosessisanktio on HOL 96 §:n mukainen oikeudenkäyntiku-  
lujen erityinen korvausvelvollisuus. Kuitenkaan, kyseisen pykälän esitöi-  
den mukaan, pykälän tarkoituksena ei ole kannustaa osapuolia esittämään  
varmuuden vuoksi tarpeettoman laajaa selvitystä prosessin aikaisemmassa  
vaiheessa.<sup>199</sup> Indispositiivisessa asiassa on sinänsä hyvinkin mahdollista,  
että tarpeellinenkin selvitys päädytään hankkimaan tai jo hankittu tarpeel-  
linen selvitys esittämään vasta ensi asteen oikeudenkäynnin loppuvaihees-  
sa tai jatkomuutoksenhaussa. Myös viranomaisen toiminnassa saattaa olla  
tällaisia piirteitä, vaikka sen suoranaisena tarkoituksena ei välttämättä oli-  
sikaan aiheuttaa haittaa oikeudenkäynnin toiselle osapuolelle.

HOL 96.1 §:n mukaan riippumatta siitä, kuinka oikeudenkäyntikulut  
muutoin on korvattava, oikeudenkäynnin osapuoli voidaan velvoittaa kor-  
vaamaan toiselle osapuolelle ne kulut, jotka ovat aiheutuneet siitä, että  
osapuoli on tahallisesti tai huolimattomuudesta ilmeisen tarpeettomasti  
pitkittänyt oikeudenkäyntiä. Säännöksen esitöistä on todettu, että HOL  
95.3 § ei ole esteenä sille, että yksityinen määrätään suorittamaan korvaus-  
ta julkiselle asianosaiselle.<sup>200</sup> HOL 96.1 §:n sanamuodon ja säännöksen  
tarkoituksen perusteella on ilmeisesti kuitenkin niin, että yksityinen voi-  
daan määrätä suorittamaan korvausta kyseisen säännöksen perusteella jul-

<sup>198</sup> Professori Olli Mäenpään 27.4.2016 päivätty lausunto eduskunnan lakivaliokunnalle,  
s. 3 (Mäenpää, Olli).

<sup>199</sup> HE 29/2018 vp, s. 170.

<sup>200</sup> HE 29/2018 vp, s. 170.

kiselle oikeudenkäynnin osapuolelle, vaikka viimeksi mainittu ei olisi asianosainen.

HOL 96.2 §:n mukaan tarpeettomana pitkittämisenä voidaan pitää uuden selvityksen tai vaatimuksen esittämistä myöhemmin kuin se olisi ollut esitettävissä, jollei tähän ole painavaa syytä (kohta 1), sellaisen väitteen esittämistä, jonka oikeudenkäynnin osapuoli tietää perusteettomaksi (kohta 2), jäämistä pois suullisesta tai muusta käsittelystä ilman laillista estettä (kohta 3) ja muuta vastaavaa oikeudenkäyntiin liittyvää menettelyä (kohta 4).

Oikeudenkäynnin pitkittämisestä aiheutuva kulukorvausvastuu voi tulla kysymykseen vain, jos oikeudenkäynti on pitkittynyt tarpeettomasti osapuolen menettelyn johdosta ja jos oikeudenkäynnin pitkittämisestä on aiheutunut toiselle osapuolelle todellisia kuluja eli lisäkustannuksia. Lisäksi velvoitettavan vastapuolen lienee täytynyt HOL 98.1 §:n mukaisesti vaatia kulujaan korvattaviksi, jotta korvauskysymys olisi ylipäättään oikeudenkäynnin kohteena. Oikeudenkäynnin pitkittämisestä aiheutuva kulukorvausvastuu edellyttää myös sitä, että oikeudenkäyntiä on pitkitetty tahallisesti tai huolimattomuudesta eli tuottamuksesta, joten kaikkienensa tämän korvausvastuun määräämisen kynnys on siis varsin korkea.<sup>201</sup>

Niin sanotusta asiamiehen kulukorvausvastuusta säädetään HOL 96.3 §:ssa, jonka mukaan oikeudenkäynnin osapuolen edustaja, asiamies tai avustaja voidaan velvoittaa yhteisvastuullisesti osapuolen kanssa korvaamaan 1 momentissa säädettyt kulut, jos pitkittyminen on aiheutunut hänen tahallisuudestaan tai huolimattomuudestaan.<sup>202</sup> Lakia valmisteltaessa esitettiin myös sen suuntaisia näkemyksiä, että joissakin tilanteissa voisi olla kohtuullista määrätä vain osapuolen edustaja, asiamies tai avustaja yksin korvausvelvolliseksi toimenpiteistään, mutta lainvalmistelusta vastannut oikeusministeriö torjui tällaisen aloitteen.<sup>203</sup> Tiukan yhteisvastuulli-

<sup>201</sup> HLL 75.1 §:iin perustuneesta OK 21:5:n soveltamisesta ks. Hallberg – Ignatius – Kaninen 1997, s. 446–447. Ratkaisussa KHO 2019:63 (julkinen hankinta) ei ollut tarvetta mennä niin pitkälle, että olisi jouduttu lausumaan OK 21:5:n soveltamisesta. Pääasiaratkaisun ongelmallisuus ja OK 21:6:n soveltamisesta lausuttu viittaavat kuitenkin siihen, ettei asiassa ollut kysymys OK 21:5:n vastaisesta menettelystä. Ratkaisussa KHO 2018:146 (eritysalojen julkinen hankinta) korkein hallinto-oikeus lausui markkinaoikeudessa syntyneiden oikeudenkäyntikulujen osalta muun ohella, että saadun selvityksen perusteella asia on ollut vielä markkinaoikeuskäsittelyn aikana siinä määrin tulkinnanvarainen, ettei valittajan voida katsoa esittäneen markkinaoikeuskäsittelyn aikana OK 21:5:ssä tarkoitetulla tavoin aiheetonta väitettä tai muutoin pitkittäneen oikeudenkäyntiä tahallisesti.

<sup>202</sup> Säännöksen esitöiden (HE 29/2018 vp, s. 171) mukaan siinä ei säädetä mahdollisen korvausvastuun jakautumisesta viranomaisen edustajana toimineen virkamiehen ja hänen työnantajansa kesken, vaan se määräytyy muun lainsäädännön perusteella.

<sup>203</sup> Helsingin hallinto-oikeuden 7.1.2019 päivätysssä lausunnossa eduskunnan lakivaliokunnalle H 00627/18 ehdotettiin (s. 5) vielä harkittavaksi mahdollisuutta säätää myös siitä, että osapuolen edustaja, asiamies tai avustaja voidaan velvoittaa korvaamaan kulut yksin. Yh-

suuden ongelmia on nostettu esiin myös yleisen lainkäytön osalta. Tällaiset yhteisvastuullisuusongelmat eivät kuitenkaan ole liittyneet viivytelyyn oikeudenkäyntiaineiston esittämisessä.<sup>204</sup>

HOL 96.3 §:n esitöissä on todettu, että säännös vastaa pääosin OK 21:6:ää, johon aiemmin viitattiin HLL 75.1 §:ssa,<sup>205</sup> ja että tuomioistuimien määrätä yhteisvastuullisesta korvausvelvollisuudesta oma-aloitteisesti.<sup>206</sup> Korvausvelvollisuuden määrääminen kuitenkin edellyttäne, että päämiehen vastapuoli on vaatinut kulujaan korvattaviksi. Lisäksi HOL 98.2 §:n mukaan ennen korvausvelvollisuuden määräämistä velvoitettavalle on varattava tilaisuus tulla kuulluksi. Säännöksen esitöiden mukaan

---

teisvastuullinen korvausvelvollisuus voi johtaa osapuolten kannalta kohtuuttomaan tilanteeseen, mikäli pitkittyminen on aiheutunut selvästi tai yksinomaan edustajan, asiamiehen tai avustajan tahallisuudesta tai törkeästä huolimattomuudesta. Lisäksi esitetystä pykälästä ei käy ilmi, voiko tuomioistuin määrätä vaaditut oikeudenkäyntikulut vastapuolen lisäksi hänen asiamiehensä korvattaviksi viran puolesta vai tuleeko oikeudenkäynnin osapuolen esittää tätä koskeva vaatimus ottaen huomioon myös 98 §:ssä ehdotettu. Tähän oikeusministeriön 23.1.2019 päivätyssä lausunnossa eduskunnan lakivaliokunnalle vastattiin (s. 55) seuraavasti: ”Ehdotus vastaisi sisällöltään oikeudenkäymiskaaren 21 luvun 6 §:n säännöstä, jonka mukaan asianosaisen edustaja, asiamies tai avustaja, joka 4 tai 5 §:ssä tarkoitetulla tavalla tahallisesti tai huolimattomuudesta on aiheuttanut toiselle asianosaiselle tässä luvussa tarkoitettuja oikeudenkäyntikuluja, voidaan velvoittaa, sen jälkeen kun hänelle on varattu tilaisuus tulla kuulluksi, yhteisvastuullisesti asianosaisen kanssa korvaamaan kyseiset kulut.”

<sup>204</sup> Siviiliprosessin osalta Tapanila 2021, s. 540, alaviite 57 on todennut, että oikeudenkäyntiavustajan kuluvastuu voinee poikkeuksellisesti tulla kysymykseen myös niin, että päämies ei joudu menettelyn vuoksi korvausvastuuseen. Tällainen tilanne voi olla käsillä esimerkiksi, jos päämies ei ole voinut mitenkään vaikuttaa avustajan laiminlyöntiin, esimerkiksi istunnosta pois jäämiseen. Vastaavasti rikosprosessin osalta ks. Tapanila 2019, s. 122–124, joka on myös todennut (s. 124), että avustajan ammattitaidolle ja -etiikalle sekä luotettavuudelle joudutaan antamaan entistä enemmän painoarvoa. On selvää, että laiminlyönteihin ja väärinkäytöksiin puuttumiseen sovellettavien keinojen on oltava tehokkaita ja niitä on tarvittaessa käytettävä.

<sup>205</sup> HLL:n aikaisessa ratkaisussa KHO 2019:63 (julkinen hankinta) korkeimmassa hallinto-oikeudessa selityksen antanut hankintayksikkö lausui seuraavaa: ”Valittajan asiamies on velvoitettava yhteisvastuullisesti päämiehensä kanssa korvaamaan hankintayksikön oikeudenkäyntikulut. Asiamiehenä toimiva luvan saanut oikeudenkäyntiasiamies on perusteettomasti pitkittänyt muutoksenhakuprosessia perustamalla valituksen seikkoihin, joihin ei ollut vedottu jo markkinaoikeudessa. Lisäksi hän on osittain vedonnut seikkoihin, jotka eivät ole perustuneet hankintalakiin eivätkä vallitsevaan oikeuskäytäntöön. Asiamiehen olisi tullut tietää vaatimusten olevan pääosin vailla perustetta. Valitus on tehty, vaikka valittajalla ei ole asiassa oikeussuojan tarvetta.” Korkein hallinto-oikeus hylkäsi valituksen ja velvoitti valittajan korvaamaan hankintayksikön vaatimat oikeudenkäyntikulut 600 euroa viivästykskorkoineen. Korkein hallinto-oikeus hylkäsi valittajan asiamieheen kohdistetun oikeudenkäyntikulujen yhteisvastuullista korvaamista koskevan vaatimuksen viittaamalla vain ”asian laatuun”. Tällainen perustelu viitannee pääasian oikeudelliseen ongelmallisuuteen.

<sup>206</sup> HE 29/2018 vp, s. 170–171.

asianosaisen kuuleminen on keskeinen oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin kriteeri.<sup>207</sup>

HOL 96.3 §:n sanamuoto ”1 momentissa säädetyt kulut” vaikuttaisi viittaavan siihen, että osapuolen edustajalle, asiamiehelle tai avustajalle voitaisiin määrätä yhteisvastuullinen korvausvelvollisuus vain, mikäli päämiehen korvausvelvollisuus on perustettu saman pykälän 1 momenttiin.<sup>208</sup>

HOL 96 §:n soveltamistilanteet tulevat käytännössä todennäköisesti jäämään varsin vähäisiksi. Sinänsä oikeudenhoidollisten tarpeiden kehittymisen kannalta on kuitenkin syytä huomata, että julkisia hankintoja koskevien oikeudenkäyntien tehostamisen ja nopeuttamisen eräänä keinona on valtiovarainministeriön asettaman selvityshenkilön 22.9.2021 päivätyssä raportissa viitattu mahdollisuuden soveltaa kyseistä pykälää.<sup>209</sup>

## 4 KUNNALLISVALITUKSEN ERITYINEN PREKLUSIIVISUUS

### 4.1 Kunnallisvalituksen erityispiirteet

Kunnallisvalitus on perusluonteeltaan laillisuusvalitus. Sen hallintovalituksesta poikkeaviksi erityispiirteiksi on esitetty muun muassa laaja muutoksenhakuoikeus, rajoitetut valitusperusteet sekä hallintotuomioistuimen rajoitettu tutkimis- ja ratkaisovalta. Mainittujen rajoitusten taustalla on kunnallisen itsehallinnon perustuslain tasoinen suoja, josta säädetään Suomen perustuslain (731/1999) 121.1–3 §:ssa.<sup>210</sup>

Kunnallishallinnon muutoksenhakujärjestelmässä kunnallisvalitusta edeltävä pakollinen oikeussuojakeino on oikaisuvaatimus, jonka viranomaisen käsittelee hallinnollisessa menettelyssä. Oikaisuvaatimuksen voi tehdä sekä tarkoituksenmukaisuus- että laillisuusperusteella. Oikaisuvaatimusmenettelyn ulkopuolelle on rajattu ainoastaan kunnallisten ylimpien tai ainoiden toimielinten päätökset. Niistä valitetaan kunnallisvalituksella

<sup>207</sup> HE 29/2018 vp, s. 173.

<sup>208</sup> Vrt. OK 21:6:n muotoilu ”tässä luvussa tarkoitettuja oikeudenkäyntikuluja”.

<sup>209</sup> Ks. Valtiovarainministeriön julkaisuja 2021:47, s. 117–118.

<sup>210</sup> Ks. Harjula – Prättälä 2019, s. 915–917. Perusoikeusuudistukset vuosina 1995 ja 2000 eivät varsinaisesti muuttaneet kunnallisen itsehallinnon perusteita, vaan säännökset kirjoitettiin vastaamaan perustuslakivaliokunnan vakiintunutta lausuntokäytäntöä. Ks. Harjula – Prättälä 2019, s. 56–59 (tulkintalinjan kehitys) ja s. 84–85 (kunnan itsenäisyys suhteessa valtioon). Kuntien itsehallinnon perusteiden perustuslaillisista täsmennyksistä ks. Hannus – Hallberg – Niemi 2009, s. 39–43.

suoraan hallinto-oikeuteen. Kuntalain 137.3 §:n perusteella valitusoikeus oikaisuvaatimus päätöksestä on lähtökohtaisesti vain sillä, joka on tehnyt oikaisuvaatimuksen. Jos oikaisuvaatimus päätöksen kohteena ollut päätös on oikaisuvaatimuksen johdosta muuttunut, muutkin kunnallisvalituksen tekemiseen sinänsä oikeutetut voivat valittaa oikaisuvaatimus päätöksestä.

Tarkasteltaessa muutoksenhakuoikeuden laajuutta hallintovalituksen erottaa kunnallisvalituksesta se, että hallintovalituksen voi tehdä vain asianosainen, kun taas kunnallisvalituksen voi tehdä myös kunnan jäsen. Kuntalain 137.1 §:n mukaan oikaisuvaatimuksen ja kunnallisvalituksen saa tehdä se, johon päätös on kohdistettu tai jonka oikeuteen, velvollisuuteen tai etuun päätös välittömästi vaikuttaa (*asianosainen*) sekä kunnan jäsen.<sup>211</sup> Sen myötä, että kunnallisvalituksen voi tehdä myös kunnan jäsen, kunnallisvalituksen mukainen valitusoikeus on lukuisilla tahoilla, ja kunnallisvalitusta voidaan pitää kansalaisvalituksena (*actio popularis*). Tällaisen henkilöpiiriltään laajan muutoksenhakuoikeuden taustalla on ajatus kunnan veronmaksajien ja asukkaiden mahdollisuudesta saattaa kunnan asioita käsiteltäväksi tuomioistuimessa laillisuusvalvonnan tarkoituksessa. Kunnallisvalitusta voidaan pitää myös valtion valvontakeinona.<sup>212</sup> Valitusoikeuden kahtiajaosta johtuen kirjallisuudessa on käytetty ilmaisuja *valvontavalitus* ja *asianosaisvalitus*.<sup>213</sup>

Oikaisuvaatimuksen ja kunnallisvalituksen välillä ei ole HOL 15.4 §:n kaltaisia vaatimuksia koskevia yhteyksiä. Siten esimerkiksi oikaisuvaatimuksessa tehty vaatimus kunnan toimielimen päätöksen osittaisesta kumoamisesta voidaan laajentaa valituksessa koskemaan kyseistä päätöstä kokonaisuudessaan.<sup>214</sup>

Kunnallisvalituksen rajoitetut valitusperusteet on todettu kuntalain 135.2 §:ssa. Sen mukaan valituksen saa tehdä sillä perusteella, että päätös on syntynyt virheellisessä järjestyksessä (kohta 1), päätöksen tehnyt viranomaisena on ylittänyt toimivaltansa (kohta 2) tai päätös on muuten lain-

<sup>211</sup> Ruotsin kunnallislain (Kommunallag, 2017:725) 13:1:n perusteella valitusoikeus on jokaisella kunnan tai vastaavan yhteisön jäsenellä, esim. pykälän 1 momentin mukaisesti ”varje medlem av en kommun eller en region”, ja kunnallisvalitus on siten 13 luvun otsikon mukaisesti ”laglighetsprövning”. Tähän järjestelmään ei siis kuulu oikeussuojan tarpeen arviointi.

<sup>212</sup> Oikaisuvaatimuksesta ja kunnallisvalituksesta yleisesti ks. Harjula – Prättälä 2019, s. 908–927.

<sup>213</sup> Ks. Sarvilinna 2021, s. 570–572, 580.

<sup>214</sup> Ks. HE 29/2018 vp, s. 86. Ks. myös Mäenpää 2019, s. 279; Harjula – Prättälä 2019, s. 919–920.

vastainen (kohta 3).<sup>215</sup> Näissä kohdissa on kysymys erikseen määritellyistä laillisuusperusteista,<sup>216</sup> siis oikeusperusteista.

Päätös on syntynyt virheellisessä järjestyksessä, eli kysymys on menettelyvirheestä, jos kuntalain tai muun lain, esimerkiksi hallintolain, menettelyä koskevia säännöksiä taikka hallintosäännön menettelyä koskevia määräyksiä ei ole noudatettu. Tyypillisiä valmisteluvaiheen virheitä ovat asianosaisen kuulemisen laiminlyönti ja esteellisen henkilön osallistuminen valmisteluun. Viranomainen on puolestaan ylittänyt toimivaltansa, kun päätös ei ole lainkaan kuulunut kunnan toimialaan tai päätösvalta kunnan sisäisesti päätöksen tehneelle viranomaiselle. Viranomaisen katsotaan menneen toimivaltaansa ulommaksi myös silloin, kun päätös on perustunut harkintavallan väärinkäyttöön. Muulla lainvastaisuudella tarkoitetaan aineellisten ja lähtökohtaisesti julkisoikeudellisten normien vastaisuutta. Tehokkaana valitusperusteena ei siten voi käyttää sitä, että päätös on yksityisoikeudellisten normien vastainen.<sup>217</sup>

Kunnallisvalitusta koskeva rajoitettu tutkimisvalta viittaa siihen, että hallintotuomioistuin on lähtökohtaisesti sidottu valittajan esittämiin valituksen perusteluihin,<sup>218</sup> ja rajoitettu ratkaisulta puolestaan siihen, että kunnallisvalitus on kassatorinen oikeussuojakeino. Tällöin hallintotuomioistuin ei voi muuttaa valituksenalaista päätöstä vaan lainvastainen päätös voidaan ainoastaan kumota tai kumota ja palauttaa viranomaiselle. Hallintovalituksessa, joka on reformatorinen muutoksenhakukeino, tällaista rajoitusta ei ole, vaan hallintotuomioistuin voi tarvittaessa myös muuttaa valituksenalaista päätöstä. Käytännössä kunnallisvalituksessa asianosaisen oikeusturva saattaa kuitenkin edellyttää kassatorisuuden periaatteesta poikkeamista.<sup>219</sup>

---

<sup>215</sup> Pesonen 1995, s. 1444–1445 on tuonut esiin, että jos kunnallisvalituksen valitusperusteista haluttaisiin säätää mahdollisimman yksinkertaisesti, riittäisi sen toteaminen, että muutosta saa hakea ainoastaan sillä perusteella, että päätös on lainvastainen.

<sup>216</sup> Ks. Mäenpää 2019, s. 266.

<sup>217</sup> Ks. Harjula – Prättälä 2019, s. 921–927; Sarvilinna 2021, s. 583–586. Ks. myös Mäenpää 2019, s. 265–266, jonka mukaan muu lainvastaisuus voi johtua esimerkiksi siitä, että kunnan viranomainen on käyttänyt harkintaansa hallinnon oikeusperiaatteiden vastaisesti.

<sup>218</sup> Nenonen 2014, s. 404 on käyttänyt valittajan toiminnan näkökulmasta ilmaisua ”väittämissaakkaa vastaava velvollisuus”.

<sup>219</sup> Ratkaisussa KHO 2009:10 on todettu, että mikäli viranhaltijalla on lain mukaan oikeus saada vaatimansa palkka, kunnallisen itsehallinnon suojaaminen ja kunnallisvalituksen lähtökohtainen kassatorisuus ei ole esteenä sille, että hallinto-oikeus kumoaa kunnallisen viranomaisen päätöksen ja velvoittaa viranomaisen maksamaan viranhaltijalle lainmukaisen palkan.



## 4.2 Uusien perusteiden esittämistä koskeva rajoitus

Kuntalain 135.3 §:n mukaan valittajan tulee esittää 2 momentissa tarkoitettujen valituksen perusteet ennen valitusajan päättymistä.<sup>220</sup> Kuntalain 135.3 §:ssa ei lausuta ainakaan nimenomaisesti mitään vaatimusten esittämisestä. Oikeuskirjallisuudessa esitetyn perusteella saa käsityksen, että myös vaatimukset on esitettävä samassa ajassa, mutta esitykset eivät ole yhdensuuntaisia tai ainakaan selkeitä.<sup>221</sup> HOL:n esitöissä esitetty viittaa puolestaan siihen, että kuntalain 135.3 § ei koskisi vaatimuksia, koska niistä ei kyseisessä lainkohdassa säädetä.<sup>222</sup> Kuntalain 144 §:n mukaan kunnallisvalitukseen sovelletaan siltä osin kuin tässä laissa ei toisin säädetä, mitä HOL:ssa säädetään.<sup>223</sup> Tästä on tehtävissä johtopäätös, että vaatimusten valitusajan päättymisen jälkeisen muuttamisen osalta kunnallisvalituksessa tulee sovellettavaksi kuntalain 144 §:n viittaussäännöksen perusteella HOL 41.1 §. Tätä käsitystä tukee se, että aikanaan vuonna 1996 kunnallisvalituksen uusien perusteiden esittämisestä säädetty rajoitussäännös säädettiin poikkeukseksi nimenomaan HLL 27.2 §:sta.<sup>224</sup>

<sup>220</sup> Vastaavanlainen uusien perusteiden esittämistä rajoittava säännös on kirkkolaissa (1054/1993), jonka kirkollisvalitusta koskevan 24:4.4:n mukaan valittajan tulee esittää 2 tai 3 momentissa tarkoitettujen valituksen perusteet ennen valitusajan päättymistä. Vastaavanlainen järjestely koskee myös hyvinvointialueesta annetun lain (611/2021) 140 §:n mukaista aluevalitusta. Viimeksi mainitusta säännöksestä ks. HE 241/2020 vp, s. 643–644. Alueellisen itsehallinnon takeet eivät ole yhtä vahvat kuin kunnallisen itsehallinnon, vaan Suomen perustuslain 121.4 §:n perusteella tällaisesta itsehallinnosta ”säädetään lailla”. Ks. HE 241/2020 vp, s. 28–29.

<sup>221</sup> Ks. Harjula – Prättälä 2019, s. 917, jotka ovat todenneet, että ”[k]unnallisvalituksessa *valitusviranomaisen tutkimisvalta* ulottuu vain niihin vaatimuksiin ja perusteisiin, jotka valittaja on ensiasteen valituksessaan esittänyt.” Koivuluoma – Paso – Saukko – Tarukanen – Tolvanen 2020, s. 141 ovat puolestaan käsitellessään HOL 41.1 §:n mukaisia uusia vaatimuksia todenneet, että kunnallisasioissa on vallalla valituksen muuttamiskielto, joka koskee sekä vaatimuksia että vaatimuksen perusteita. Koska vaatimuksen muuttaminen on hallintovalituksessakin säädetty rajoitetummaksi kuin perusteiden muuttaminen, on perusteita katsoa saman säännön soveltuvan myös vaatimuksiin. Kirjoittajat ovat myös viittaneet teokseen Mäenpää 2019, s. 281 toteamalla seuraavaa: ”Oikeuskirjallisuudessa on tosin muuttamiskiellon katsottu koskevan valitusperusteita, eikä kirjallisuudessa ole otettu kantaa nimenomaan vaatimusten muuttamiseen kunnallisvalituksessa.” Ks. tästä jo aiemmin Siitari-Vanne 2005, s. 404–405.

<sup>222</sup> Ks. HE 29/2018 vp, s. 68.

<sup>223</sup> Kuntalain 144 §:n esitöissä (HE 61/2019 vp, s. 17) esitetty ei viittaa pykälän sanamuodosta poikkeavaan tulkintaan. Tähän ei viittaa myöskään kuntalain alkuperäisissä esitöissä (HE 268/2014 vp, s. 242) esitetty.

<sup>224</sup> Ks. HE 110/1996 vp, s. 2, jossa on todettu, että ”[l]ain 90 §:ään ehdotetaan lisättäväksi uusi 3 momentti, jonka mukaan hallintolainkäyttölain 27 §:n 2 momentista poiketen valittaja ei saa valitusajan päättymisen jälkeen esittää uusia valitusperusteita.”

Kuntalain 135 §:n esitöissä on todettu lyhyesti, että 3 momentissa säädetäisiin nykyistä vastaavasti valitusperusteiden esittämisvelvollisuudesta ennen valitusajan päättymistä.<sup>225</sup> Olli Mäenpään toteamin tavoin kuntalain 135.3 §:n oikeusvaikutuksena on prosessuaalinen rajoitus (preklusio), jonka mukaan hallintotuomioistuimella ei ole toimivaltaa tutkia valitusajan päätyttyä esitettyä uutta valitusperustetta eikä tehdä sitä koskevaa päätöstä.<sup>226</sup> Sitä vastoin uutta selvitystä, muun muassa todistelua, aikaisemmin esitettyjen valitusperusteiden tueksi voidaan esittää valitusajan päättymisen jälkeenkin.<sup>227</sup> Valitusajan päättymisen konkreettinen määräpäivä määräytyy kuntalaisille ja eri asianosaisille eri tavoin johtuen päätöksen erilaisista tiedoksiannon tavoista.<sup>228</sup>

Vastaava rajoitussäännös oli aiemman vuoden 1995 kuntalain (365/1995) 90.3 §:ssa, johon se oli lisätty pian HLL:n säätämisen jälkeen jo edellä todetuin tavoin HLL 27.2 §:n soveltamisen poissulkemiseksi. Tätä ennen uusien perusteiden esittämisen rajoitus oli perustunut oikeuskäytäntöön. Kari Kuusiniemen vuonna 2010 julkaistun artikkelin mukaan aiemman kuntalain 90.3 §:n lisäämiseen johtaneessa hallituksen esityksessä (HE 110/1996 vp) viitatuista oikeuskäytännöistä, joka vakiintui vähitellen, ei löydy perusteluja sille, miksi kunnallisvalituksessa ei valitusajan jälkeen saa esittää uusia valitusperusteita.<sup>229</sup>

---

<sup>225</sup> HE 268/2014 vp, s. 238. Ruotsin kunnallislain 13:7:ssä säädetään seuraavaa: ”Vid prövningen av överklagandet får domstolen inte beakta andra omständigheter än sådana som klaganden har hänvisat till före överklagandetidens utgång.” Uusi laki ei merkinnyt tältä osin muutosta aiempaan. Lainvalmistelussa esitetyistä näkökohdista koskien preklusion tarvetta alimmassa instanssissa ylipäätään ja preklusiomääräajan pidentämisestä suhteessa valitusaikaan ks. SOU 2015:24, s. 538–539. Muun ohessa tällaiset kysymykset olivat Ruotsissa selvitettävänä, vaikka siellä kunnallisvalituksessa on kysymys vain kuntalaisen valituskeinosta.

<sup>226</sup> Ks. Mäenpää 2019, s. 266, 451–453; Mäenpää 2018, s. 1058–1060; Mäenpää 2013, s. 987–988. Tarukannel – Jukarainen 1999, s. 55 ovat todenneet mainittuaan ensin OK 6:9:n, että ”[p]reklusiosäännöstä muistuttaa kuitenkin kuntalain 90.3 §, jonka mukaan valittajan tulee esittää saman pykälän 2 momentissa tarkoitettujen valituksen perusteet ennen valitusajan päättymistä (ks. myös HLL 27 ja 51.2 §).” Ks. vastaavasti Pohjolainen – Tarukannel 2004, s. 1120, jossa on todettu, että ”kunnallisvalitus sisältää eräänlaisia preklusion piirteitä.”

<sup>227</sup> Ks. Hallberg – Ignatius – Kanninen 1997, s. 136–137; Hannus – Hallberg – Niemi 2009, s. 541.

<sup>228</sup> Kunnallisten päätösten erilaisista tiedoksiannon tavoista ja muutoksenhaun ohjauksesta käytännössä ks. Myllymäki – Torkkel 2020, s. 70–101.

<sup>229</sup> Kuusiniemi 2010, s. 246 (kohdassa, jossa hän siteeraa äänestyslausuntoaan). Vähitellen vakiintuneen oikeuskäytännön taustoista ks. mts. 234–237; Hallberg – Ignatius – Kanninen 1997, s. 135–137; Mäenpää 1982, passim. Ks. myös erit. täysistuntoratkaisu KHO 1963 I 14: Kunnallisvalituksessa ei voitu tutkia valitusperustetta, joka oli esitetty valitusajan kuluttua umpeen annetussa vastaselityksessä. Äänestys 19–2.

Tuomioistuimen tutkimisvallan rajaamista vain valitusajan kuluessa esitettyihin perusteisiin on puolustettu tehokkuusperiaatteella ja kunnallisten päätösten laaja-alaisella luonteella. Voidakseen laittaa päätökset täytäntöön kunnan tulee tietää, millä perusteilla on valitettu.<sup>230</sup> Siihen nähden, että hallintovalitusta koskevasta pääsäännöstä poiketen valitus kunnallisasiassa ei pääsääntöisesti estä kunnan päätöksen täytäntöönpanoa, kunnalla voi usein olla tarve tietää valitusperusteet mahdollisimman varhaisessa vaiheessa voidakseen arvioida vailla lainvoimaa olevan päätöksen täytäntöönpanoon liittyviä etuja ja haittoja.<sup>231</sup> Vaikka kuntalain 135.3 § on omiaan estämään oikeudenkäynnin pitkittymistä, sitä ei kuitenkaan voi pitää perusluonteeltaan oikeudenkäyntimenettelyn joutuisuutta ja avoimuutta turvaavana prosessuaalisena sanktiona, josta yleisen lainkäytön preklusiojärjestelyissä keskeisesti on kysymys.

Kuusiniemen mukaan kunnallisen itsehallinnon suojaamiseksi kunnallisvalituksessa on perusteltua pitää tuomioistuimen tutkimisvalta rajallisempana kuin hallintovalituksessa, mutta uudessa valitusperusteessa ei ole kysymys tuomioistuimen oma-aloitteisesta tutkimisesta vaan siitä, saako tuon uuden perusteen esittää myöhemmin prosessin kestäessä.<sup>232</sup> Markku Pesonen on puolestaan todennut, että kunnan itsehallinnolle tuskin merkitsee kovin suurta vaaraa, jos valitusprosessissa voidaan tutkia sellainenkin uusi perustelu, jonka valittaja on esittänyt valitusajan päättymisen jälkeen.<sup>233</sup>

Kuntalain kommentaarissa on todettu valitusperusteilla tarkoitettavan niitä oikeudellisia perusteita, joilla päätös vaaditaan kumottavaksi. Valituskirjelmässä ei ole välttämätöntä vedota johonkin nimenomaiseen valitusperusteeseen. Siinä on kuitenkin mainittava ne tosiasialliset seikat, joiden johdosta päätöstä pidetään esimerkiksi lainvastaisena tai virheellisessä järjestyksessä syntyneenä. Näitä tosiasioita ja muita seikkoja, joilla valitusta

<sup>230</sup> Mäkinen 2010a, s. 258; Mäkinen 2010b, s. 203.

<sup>231</sup> Kuntalain 143 §:n mukaan päätös voidaan panna täytäntöön ennen kuin se on saanut lainvoiman. Täytäntöönpanoon ei kuitenkaan saa ryhtyä, jos oikaisuvaatimus tai valitus käy täytäntöönpanon johdosta hyödyttömäksi taikka jos oikaisuvaatimuksen käsittelevä toimielin tai valitusviranomainen kieltää täytäntöönpanon. Harjula – Prättälä 2019, s. 976 ovat mainittua säännöstä käsitellessään todenneet muun muassa, että täytäntöönpanoon ryhtyminen on usein etujen ja haittojen vertailua. Jos täytäntöönpanon edut katsotaan selvästi haittoja suuremmiksi, täytäntöönpanoon saatetaan ryhtyä. Näin on usein tilanne silloin, kun täytäntöönpanon lykkääminen aiheuttaa päätöksen käymisen hyödyttömäksi. Kunnallisen päätöksen täytäntöönpanosta muutoksenhausta huolimatta ks. myös Sarvilinna 2021, s. 586–589.

<sup>232</sup> Kuusiniemi 2010, s. 237. Kuusiniemi on myös todennut (s. 249), että silloisen kuntalain 90.3 § kategorisuudessaan tulisi arvioida uudelleen.

<sup>233</sup> Pesonen 1995, s. 1457. Vastaavasti Mäenpää 1982, s. 153.

tuetaan, nimitetään valitusperusteluiksi. Tämän jälkeen kommentaarissa on todettu ensinnäkin, että ”kunnallisvalituksessa on vanhastaan sovellettu periaatetta, jonka mukaan valituksen perusteet on esitettävä ennen valitusajan päättymistä”, ja lisäksi, että ”kunnallisvalituksessa uusia perustelujakaan ei voida esittää valitusajan päättymisen jälkeen, mutta aiemmin esitettyjä perusteluja ja vaatimuksia voidaan täydentää.”<sup>234</sup>

Edellä todettu tarkoittanee sitä, että ainakaan nykyään valituksen oikeudellisia perusteita ei tarvitse muodollisesti nimetä valitusajassa eikä myöhemminkään,<sup>235</sup> vaan riittävää on, että valitusajassa esitetään valituksen tosiasialliset perustelut,<sup>236</sup> siis oikeustosiaseikat. Kuntalain 135.3 §:n ilmaisusta ”valituksen perusteet” tai edes pidemmästä otannasta ”2 momentissa tarkoitettut valituksen perusteet” etenkin maallikon on jokseenkin vaikea saada käsitystä, että valitusajan kuluessa ei tarvitsekaan esittää *valitusperusteita* eli lähinnä toistaa haluttuja kohtia 2 momentista, vaan että valittajan tulee kyseisenä aikana esittää *valitusperustelut* eli oikeustosiaseikat, joiden perusteella valittaja pitää päätöstä lainvastaisena.

Mäenpää on lausunut tästä säännöksestä seuraavaa: ”Jos kunnallisvalitus on tehty esimerkiksi ainoastaan sillä menettelyvirhettä tarkoittavalla perusteella, että lautakunnan jäsen on ollut esteellinen, hallinto-oikeus ei voi päätöksenteossaan arvioida lautakunnan toimivallan käyttöä. Nämä perusteet kuuluvat nimittäin toiseen valitusperusteiden ryhmään, toimivallan ylitykseen.”<sup>237</sup> Tätä ajatustaan Mäenpää on jatkanut seuraavasti: ”Koska esteellisyysväite koskee menettelyvirhettä, kuntalaki ei muodollisesti aseta estettä sille, että vain esteellisyysperusteen valituksessaan esittänyt voi myöhemmin vedota myös muuhun menettelyvirheeseen. Valitusperusteen

<sup>234</sup> Harjula – Prättälä 2019, s. 920.

<sup>235</sup> Ks. vastaavasti jo vuonna 1994 laadittu oikeusministeriön lainvalmisteluosaston ehdotus HLL:ksi (OM 2/1994, s. 233), jossa on todettu kunnallisvalituksen valitusperusteista, että valitusperusteen muodollista mainitsemista valituksessa säännöksen luokittelun mukaisella tavalla ei ole pidetty välttämättömänä.

<sup>236</sup> Hannus – Hallberg – Niemi 2009, s. 610–612 ovat esittäneet, että valitusperusteen eli vuoden 1995 kuntalain 90.2 §:n mukaisen oikeudellisen perusteen esittäminen valituskirjelmässä ei ole välttämätöntä, vaikkakin se on paikallaan ja yleistä, mutta valituskirjelmässä on esitettävä valituksen tosiasialliset perustelut. Valituksen tueksi saa esittää useampia valitusperusteita ja niiden tueksi useampia valitusperusteluja. Toimivallan ylitystä koskevan valitusperusteen tueksi voidaan esittää esimerkiksi, että lainan myöntäminen kysymyksessä olevaan tarkoitukseen ei kuulu lainkaan kunnan toimialaan tai ainakaan siitä ei olisi saanut päättää kunnanhallitus. Sen jälkeen, kun valitusaika on kulunut umpeen, valituksen tueksi ei saa esittää uusia valitusperusteluja esimerkiksi lisäkirjelmässä tai annettaessa mahdollinen vastine sen selityksen johdosta, joka valituksenalaisen päätöksen tehneeltä viranomaiselta on hankittu.

<sup>237</sup> Mäenpää 2019, s. 452. Ks. myös Mäenpää 2018, s. 1058; Mäenpää 2013, s. 988; Mäenpää 2007, s. 500.

muuttamisena ei siten välttämättä voida pitää sitä, että valittaja tässä tapauksessa valitusajan päätyttyä vetoaa vielä esimerkiksi kuulemisen laiminlyömiseen.<sup>238</sup> Tällainen näkemys eroaa nähdäkseni varsin olennaisesti kuntalain kommentaarissa esitetystä.

Eija Mäkinen on todennut vuosien 2006 ja 2008 empiirisen aineistonsa perusteella, että selvitettyissä Vaasan ja Hämeenlinnan hallinto-oikeuden valituksissa oli tapauksia, joissa valitusajan jälkeen oli tuotu esille uusia valitusperusteita, joita ei tutkittu. Tuomarihaastattelussa oli tullut esille, että valituksenalaisten päätösten menettelyissä oli havaittavissa selviä virheitä, joita ei kuitenkaan voitu ottaa huomioon, koska niihin ei ollut vedottu.<sup>239</sup> Sami Sarvilinna on puolestaan vuosien 2016–2019 empiirisen aineistonsa pohjalta päätenyt kuvaamaan oikeudenkäyntiä kunnallsasioissa seuraavasti: ”On ilmeistä, että valittajat eivät useinkaan jäsentele valitusperusteitaan kovinkaan tarkasti. Hyvin tyypillistä on, että päätöstä vaaditaan kumottavaksi usealla tai kaikilla valitusperusteilla. Samoin on mahdollista, ettei valittaja välttämättä viittaa mihinkään nimenomaiseen valitusperusteeseen, vaan kuvailee yleisemmin päätöksen virheellisyyttä ja hallintotuomioistuin tulkitsee, mistä valitusperusteesta saattaisi olla kyse.”<sup>240</sup>

Sarvilinnan kuvaaman kaltaiset jäsentymättömät oikeudenkäynnit ovat ilmeisesti ainakin osaksi seurausta siitä, että lainsäätäjä on ajoittanut kuntalain 135.3 §:n oikeusvaikutukset siten, että prekludoituminen tapahtuu käytännössä ennen kuin tuomioistuimella on ollut mahdollisuus perehtyä asiaan ja käyttää kyselyoikeuttaan esimerkiksi valittajan mahdollisesti epäselvien vaatimusten ja niiden perustelujen selvittämiseksi. Prekludoitumisen ajoituksen vuoksi kunnallsasiat ovat siten merkittäviltä osin tuomioistuimen tavanomaisen aineellisen prosessin johdon ulottumattomissa, mikä saattaa vaarantaa erityisesti asianosaisvalittajan menettelyllistä oikeus- turvaa. Tätä asianosaisen näkökulmaa käsitellään lähemmin jäljempänä. Myös rajoituksen ehdottomuus on ongelmallinen erityisesti valittajalle vielä valitusaikana mahdollisesti tuntemattomien seikkojen vuoksi. Ajoituksen ja ehdottomuuden johdosta kuntalain 135.3 §:n preklusiiviset

<sup>238</sup> Mäenpää 2019, s. 452–453. Ks. vastaavasti mts. 281; Mäenpää 2018, s. 1059.

<sup>239</sup> Mäkinen 2010b, s. 203. Mäkisen teoksen empiirinen aineisto on muodostunut kaikista vuosina 2006 ja 2008 Hämeenlinnan ja Vaasan hallinto-oikeuksissa käsitellyistä ja ratkaistusta kunnallsvalituksista. Tutkimusmateriaali on muodostunut yhteensä 635 kunnallsvalituksesta. Ks. mts. 93–94.

<sup>240</sup> Sarvilinna 2021, s. 582. Sarvilinnan artikkelin empiirinen aineisto on koostunut Helsingin, Hämeenlinnan ja Vaasan hallinto-oikeuksissa vuosina 2016–2019 annetuista 30 kunnallsasiaratkaisuista, jotka ovat liittyneet kiinteistönluovutuksiin, ja samoissa asioissa annetuista 12:sta korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisusta. Ks. mts. 579–580.

oikeusvaikutukset ovat selvästi ankarammat kuin siviiliprosessuaalisen preklusion.

### 4.3 Asianosaisen oikeusturva

Suurin osa kunnallisvalituksista tehdään omassa asiassa tai oman intressin vuoksi.<sup>241</sup> Erityisesti tämä koskee kunnallisen viranhaltijan virkasuhteen päättämistä koskevia asioita.<sup>242</sup> Myös niissä asianosaisen oikeussuojakeino on siis kunnallisvalitus.<sup>243</sup>

Kunnallisvalituksen on katsottu toteuttavan hyvin kunnan jäsenen valvontaintressiä,<sup>244</sup> eivätkä kiusantekovalituksetkaan ole ilmeisesti kuin marginaalinen ilmiö.<sup>245</sup> Kunnallisvalitusta on kuitenkin arvosteltu jo pitkään asianosaisen oikeusturvan näkökulmasta,<sup>246</sup> vaikka hallinto-oikeuksissa voitaneenkin kuntalain 135 §:n estämättä puuttua viran puolesta riittävän olennaisiin ja ilmeisiin menettelyvirheisiin.<sup>247</sup>

Kuntien ja maakuntien muutoksenhakujärjestelmien kehittämistä koskevassa selvityksessä vuodelta 2019 on todettu, että viranhaltijoiden kohdalla kunnallisvalituksen luonne kassatorisena valituksena ei kaikilta osiltaan ole sopiva, koska kyse on melko usein selvästi asianosaisasioista ja oikeussuojan hakijana on yksittäinen luonnollinen henkilö. Hän joutuu tuomaan esiin valitusperusteet valitusaikana, ja hallinto-oikeuksien liikkumisala on

---

<sup>241</sup> HE 268/2014 vp, s. 94. Mäkinen 2010b, s. 196 on jo aiemmin todennut tutkimuksensa empiirisen materiaalin perusteella, että selvästi suurin osa valituksista tehdään omassa asiassa tai oman intressin vuoksi. Vastaavasti korkeimmassa hallinto-oikeudessa vuonna 2000 ratkaistujen kunnallisasioiden osalta ks. Kallio 2003, s. 40.

<sup>242</sup> Ks. Sarvilinna 2020, s. 20–21; Kallio 2003, s. 40.

<sup>243</sup> Kunnan ja hyvinvointialueen viranhaltijasta annetun lain (304/2003) 50.1 §:n mukaan haettaessa muutosta työnantajan päätökseen sovelletaan, mitä kuntalaisia tai hyvinvointialueesta annetussa laissa oikaisuvaatimuksen tekemisestä ja kunnallisvalituksesta sekä aluevalituksesta säädetään, jollei jäljempänä toisin säädetä.

<sup>244</sup> Mäkinen 2010b, s. 205.

<sup>245</sup> Empiiristen tutkimusten perusteella kunnallisvalitus ei yleisesti ottaen vaikuttaisi haittaavan kohtuuttomasti kunnallista päätöksentekoa, vaikka julkisuudessa toisinaan puhutaankin kiusantekovalituksista ja ammattivalittajista. Ks. Mäkinen 2010b, s. 190–194; Mäkinen 2020, passim.

<sup>246</sup> Kunnallisvalitukseen liittyvistä oikeusturvaongelmista ks. esim. Kallio 2003, s. 50–52; Tarukannel – Jukarainen 2004, s. 1120; Mäenpää 2007, s. 501; Mäkinen 2010a, s. 257–258; Mäkinen 2010b, s. 202–203.

<sup>247</sup> Silenti 1984, s. 386 on todennut, että kuulemisvirheeseen voidaan yleensä puuttua viran puolesta. Tätä sääntöä tulisi hänen mielestään noudattaa myös kunnallisasioissa ainakin silloin, kun valittajana on asianosainen omassa asiassaan eikä valitus siis ole pelkästään kunnan jäsenenä tehty. Mitä muihin menettelyvirheisiin tulee, voitaneen niidenkin perusteella päätös kumota viran puolesta aina silloin, kun virhe on riittävän olennainen ja ilmeinen.

rajoitettu. Selvityksessä on esitetty, että viranhaltijoiden muutoksenhaku voisi olla mahdollista muuttaa osittain hallintovalitukseksi lukuun ottamatta lähinnä johtavien viranhaltijoiden asioita. Niissä voisi kunnallisvalituksen sijasta harkita myös laajennettua hallintovalitusta, jolloin kunnan jäsenetkin voisivat edelleen valittaa. Virkavalinnat säilyisivät kuitenkin kunnallisvalitusasioina.<sup>248</sup>

Nykyisen lain soveltamisen osalta Mäenpää on todennut, että hallinto-tuomioistuimen päätösvaltaa rajoittavaa kuntalain 135.3 §:ia on perusteltua tulkita joustavasti ainakin silloin, kun on kysymys välittömästi asianosaisen oikeusasemaan vaikuttavasta päätöksestä.<sup>249</sup> Kuten edellä kuvatusta Mäkisen esittämästä ilmenee, käytännössä joustavuudella on ollut rajansa ainakin eräissä hallinto-oikeuksissa vuosina 2006 ja 2008.<sup>250</sup>

Sittemmin korkeimman hallinto-oikeuden vuosikirjapäätöksessä KHO 2015:115 on katsottu, että esimerkiksi valituksen viittaukset oikaisuvaatimukseen ja siinä esitetyn uudistaminen saattavat riittää sellaiseen tulkintaan, että valittaja on vedonnut valituksessaan johonkin tiettyyn valitusperusteeseen. Tällaisesta joustavuudesta tai suopeudesta<sup>251</sup> seuraa, että valittajan kannattaa valituksessaan toistaa aiemmin esittämänsä, mainita kaikki kuntalain 135.2 §:ssa todetut laillisuusperusteet ja ennen muuta selostaa laveasti tietämiään ja arvailemiaan tosiasioita eikä ainakaan nimenomaisesti rajata mitään asiaa valituksensa ulkopuolelle, jotta valittaja ei rajoittaisi hallinto-oikeuden mahdollisuutta tulkita valitusta oikeusturvakäytännöllisesti. Yleisesti ottaen tällaisessa prosessaamisessa ei ole mitään kannatettavaa eikä järjestelmän tulisi kannustaa siihen.

Mäkinen on todennut, että oikeuskäytännössä voitaisiin jo nyt – siis vuonna 2010 – ottaa huomioon asianosaisasema. Hän pitäisi mahdollisena

<sup>248</sup> Ks. Kuusikko – Lindroos – Lohiniva-Kerkelä 2019, s. 234–235. Sarvilinna 2020, s. 8–9 on puolestaan todennut seuraavaa: ”Viranhaltijalain 50 §:n mukaan työnantajan eli kunnan viranhaltijalain nojalla tekemään päätökseen haetaan muutosta siten kuin kuntalaissa oikaisuvaatimuksen tekemisestä ja kunnallisvalituksesta säädetään. Tämä säännös vastaa myös aiemmin vallinnutta oikeustilaa. Kun otetaan huomioon, että erityisesti kunnalliseen virkaan ottamista koskevat päätökset voi olla tarpeen altistaa valvontavalituksille, on tätä ratkaisua pidettävä perusteltuna, vaikka useimmat muut päätökset todennäköisesti ovatkin ennemminkin asianosaisen valitusintressin piirissä. Sitä, että erilaiset kunnallista viranhaltijaa koskevat päätökset olisivat erilaisten hallintolainkäytön piiriin kuuluvien muutoksenhakumenettelyjen kohteena, ei sen sijaan voitaisi pitää perusteltuna sen enempää selkeyden kuin johdonmukaisuudenkaan näkökulmasta.”

<sup>249</sup> Mäenpää 2019, s. 453. Vastaavasti jo aiemmin ks. Mäenpää 2007, s. 501.

<sup>250</sup> Ks. myös Nenonen 2014, s. 93, jonka mukaan kunnallisvalituksia koskevassa oikeuskäytännössä uusien valitusperusteiden esittämiskieltoa on noudatettu tiukasti.

<sup>251</sup> Hallberg – Ignatius – Kanninen 1997, s. 137 ovat todenneet, että käytännössä valitukset voidaan monesti tulkita valittajan kannalta suopeasti siten, ettei kysymys ole varsinaisesta uudesta valitusperusteesta.

sellaista järjestelmää, jossa ”asianosaisen tekemään kunnallisvalitukseen sovelletaan soveltuvin osin hallintolainkäyttölain periaatteita ikään kuin kysymyksessä olisi hallintovalitus.”<sup>252</sup> Tällöin asianosaisvalittaja ensinnäkin voisi vedota seikkoihin, jotka eivät ole olleet ennen valitusajan päättymistä hänen tiedossaan,<sup>253</sup> ja toiseksi tällainen tulkintakanta mahdollistaisi hallinto-oikeudelle aineellisen prosessinjohton kyselymahdollisuuksiin, mikä olisi omiaan johtamaan selkeämpään ja osapuolten kannalta avoimempaan oikeudenkäyntiin kuin epämääräinen joustava suhtautuminen asianosaisen valituksessa esitettyyn.<sup>254</sup>

## 5 TEOLLISOIKEUDELLISTEN REKISTERÖINTIASIOIDEN KÄSITTELYÄ KOSKEVAT PREKLUSIOJÄRJESTELYT

### 5.1 Yleistä asiaryhmästä ja sovellettavista menettelysäännöksistä

Prosessuaalinen lakikäsité ”teollis- ja tekijänoikeudelliset asiat” on ilmaistu MOL 1:4:ssä, ja tällaiset asiat ovat kuuluneet markkinaoikeuden toimivaltaan 1.9.2013 lukien.<sup>255</sup> Mainitun lain 4 luvusta ilmenee, että nämä asiat

<sup>252</sup> Ks. Mäkinen 2010a, s. 258.

<sup>253</sup> Päätökseen liittyvän menettelyvirheen osalta Siitari-Vanne 2005, s. 404–405 on viitanut tilanteeseen, jossa valittaja ei ole ollut tietoinen valituksenalaisen päätöksen valmisteluun osallistuneesta esteelliseksi katsomastaan henkilöstä ennen kuin hän oli tehnyt valituksen. Sivulla 405 alaviitteessä 70 kirjoittaja on käsittäkseni jatkanut ajatustaan toteamalla, että kunnallisvalituksen valvontafunktion kannalta pitäisi olla selvää, että kunnallisvalituksessakin on mahdollista esittää sellainen uusi valitusperuste, josta valittaja ei ole ollut tietoinen valitusta tehdessään. Nimenomaan erityisesti asianosaisen kannalta Mäkinen 2010b, s. 203 on todennut vastaavasta tilanteesta, että järjestelmää voidaan pitää epätyydyttävänä, koska myöhemmin esille tullut esteellisyys ei tule tutkituksi, vaikka sillä olisi kenties ollut päätöksenteossa suurikin merkitys.

<sup>254</sup> Tuomioistuimen prosessinjohtoa koskevan HOL 35 §:n esitöissä (HE 29/2018 vp, s. 102–103) on todettu hallintotuomioistuimen selvitysvelvollisuuteen luonnollisesti kuuluvan epäselvyyksien poistamisen ja tarpeellisten kysymysten esittämisen. Nenonen 2014, s. 94 on hankintalakien ulkopuolelle jääviä hankintoja koskevassa tutkimuksessaan todennut kunnallisvalituksesta, että asianosaisen vireille panemaa kunnallisvalitusta käsitellessään tuomioistuimella tulisi olla mahdollisuus ottaa huomioon asian ratkaisemisessa merkitykselliset perusteet, vaikka asianosainen ei olekaan niihin määrääjässä vedonnut. Oikeusturvavaatimusten mukaista myös olisi, että tuomioistuin asian selvittämiseen liittyvän prosessinjohton nojalla voisi kiinnittää asianosaisten huomion viranomaisen päätöksen ilmeiseltä vaikuttavaan virheellisyyteen silloinkin, kun asianosainen ei itse ole siihen vedonnut. Ks. vastaavasti mainittuun teokseen liitetyssä Nenosen artikkelissa (teoksen s. 405).

<sup>255</sup> Tällainen riita-asia voidaan ratkaista myös välimiesmenettelyssä, mikäli asia on dispo-



ovat prosessilajiltaan pääjaottelun mukaisesti joko hallintoprosessuaalisia tai siviiliprosessuaalisia. Hallintoprosessuaalisissa asioissa markkinaoikeus toimii hallinto- ja muutoksenhakutuomioistuimena ja siviiliprosessuaalisissa asioissa ensi asteen siviilituomioistuimena. Markkinaoikeuden rooli ja prosessuaaliset tehtävät ovat eri prosessilajien mukaisissa teollis- ja tekijänoikeudellisissa asioissa erilaiset, vaikka arvioitavana olevat aineellisoikeudelliset kysymykset olisivatkin niissä samankaltaisia.

Tässä hallintoprosessuaalisessa tutkimuksessa käytetään käsitettä *teollisoikeudelliset rekisteröintiasiat*.<sup>256</sup> Kyseinen käsite kattaa esimerkiksi patentit, hyödyllisyysmallit, tavaramerkit, mallit, toiminimet ja verkkotunnukset, vaikka viimeksi mainituissa ei olekaan kysymys varsinaisista teollisoikeuksista. Yksinoikeus tavaramerkkiin ja toiminimeen on tosin saatavissa rekisteröinnin ohella myös vakiinnuttamalla.<sup>257</sup> Teollisoikeudellisissa rekisteröintiasioissa on markkinaoikeudessa kysymys valittamisesta Patentti- ja rekisterihallituksen tai muun toimivaltaisen kansallisen rekisteriviranomaisen immateriaalisen yksinoikeuden rekisteröintiä koskevasta tai siihen liittyvästä päätöksestä. Tällaisella hallintopäätöksellä on tyypillisesti myönnetty tai evätty rekisteröitäväksi haettu yksinoikeus taikka ratkaistu rekisteröintiä koskeva väiteasia. Markkinaoikeudessa käsitellään myös .fi-verkkotunnusten merkintää koskevat valitukset. Verkkotunnusasioissa rekisteriviranomainen on Liikenne- ja viestintävirasto (Traficom). Lisäksi valituksen kohteena markkinaoikeudessa voi olla tavaramerkin hallinnollisessa menettämisen tai mitätöintimenettelyssä taikka toiminimen hallinnollisessa kumoamismenettelyssä tehty Patentti- ja rekisterihallituksen päätös.

Teollisoikeudelliset rekisteröintiasiat eroavat muista hallintoviranomaisten käsittelemistä hakemusasioista siinä, että prioriteetilla eli etuoikeudella, esimerkiksi aikaprioriteetin mukaisesti hakemuspäivällä ja patentin uutuudella, on niissä olennainen merkitys.<sup>258</sup> Näitä asioita koskeviin oikeuden-

---

sitiivinen, kuten esimerkiksi patentin loukkausta koskeva asia ja sen perusteella maksettava korvaus. Sen sijaan välimiesten ratkaistavaksi ei voida antaa kysymystä patentin julistamisesta mitättömäksi, koska tällainen kysymys on indispositiivinen ja sitä koskevan riita-asian voi ratkaista vain valtiollinen tuomioistuin. Ks. Koulou – Turunen 2021, s. 1327.

<sup>256</sup> MOL 4:1.1:ssä tällaiset asiat on nimetty muutoksenhakuvaiheen näkökulmasta ”valitusasioiksi”, joka on yleis(hallinto)prosessuaalisissa yhteyksissä käytettynä hyvin epäinformatiivinen ilmaisu.

<sup>257</sup> Teollisoikeuksiin luettavista immateriaalioikeuksista ks. esim. HE 124/2012 vp, s. 8–9; Haarmann 2014, s. 4–5. Perinteisen teollis- ja tekijänoikeuksiin perustuvan jaottelun lisäksi immateriaalioikeudet voidaan jakaa myös luovan työn suojaan (tekijänoikeus, patenttioikeus, hyödyllisyysmallioikeus ja mallioikeus) sekä tunnusmerkkioikeuteen (tavaramerkkioikeus ja toiminimioikeus). Ks. Pihlajarinne – Alén-Savikko 2020, s. 886–887.

<sup>258</sup> Immateriaalioikeuksiin liittyvistä prioriteeteista yleisesti ks. Pihlajarinne – Alén-Savikko 2020, s. 890–892. Ks. myös patenttilain (550/1967) 2.1 §, jonka mukaan patentti myön-

käynteihin liittyy myös piirteitä, joissa on kysymys pikemminkin hallinnollisen rekisteröintimenettelyn jatkamisesta tuomioistuimessa kuin lainkäytöllisestä muutoksenhausta eli valituksenalaisen hallintopäätöksen lainmukaisuuden arvioinnista. Tällainen kysymys on selvimmin tavaramerkin hakijan toisinaan vasta tuomioistuimessa esittämät rekisteriviranomaisen rekisteröinnin esteeksi asettamien merkkien eli aiempien yksinoikeuksien haltijoiden rekisteröintisuostumukset. Kun yksinoikeuden haltijan suostumus poistaa sekaannusvaaraa koskevan rekisteröinnin suostumustenvaraisen eli relatiivisen esteen, tällainen tilanne on hallintoprosessille epätyypillisesti dispositiivinen. Myös patentti- ja hyödyllisyysmalliasioissa toisinaan vasta tuomioistuimessa esitettävissä uusissa suojavaatimusasetelmissä on kysymys lähinnä rekisteröintimenettelyn jatkamisesta.

MOL 4:16:n mukaan siltä osin kuin tässä laissa taikka 1:4.1 §:n 1 tai 5–14 kohdassa mainitussa laissa ei toisin säädetä, valitusasian käsittelyyn markkinaoikeudessa sovelletaan, mitä HOL:ssa säädetään. Näin ollen markkinaoikeudessa sovelletaan teollisoikeudellisessa rekisteröintiasiaa erityissäätelyn puuttuessa HOL:ssa säädettyä. MOL 4:16:stä ilmenevin tavoin HOL:n sijasta sovellettavaksi tulevaa erityissäätelyä on MOL:ssa ja muun muassa immateriaalioikeudellisissa yksinoikeuslaeissa. Lisäksi on syytä todeta, että Patentti- ja rekisterihallituksesta annetun lain (578/2013) 6 §:ssä säädetään tiettyjä Patentti- ja rekisterihallituksen päätöksiä koskevasta 60 päivän valitusajasta markkinaoikeuteen. Selkeää preklusiosääntelyä on sekä MOL:ssa että 1.5.2019 voimaan tullessa tavaramerkkilaisissa (544/2019). Nähdäkseni myös edellä tässä tutkimuksessa käsitelty lisäaineiston rajoittamista koskeva HOL 46 § on sovellettavissa käsiteltäessä teollisoikeudellista rekisteröintiasiaa markkinaoikeudessa ja korkeimmassa hallinto-oikeudessa.<sup>259</sup>

Markkinaoikeuden *tutkimisvalta* teollisoikeudellisten rekisteröintiasioiden muutoksenhausta määräytyy MOL 4:2.1:n perusteella. Sen mukaan valitusasia käsitellään ja ratkaistaan valituksen, valituksen kohteena olevan

---

netään ainoastaan keksintöön, joka on uusi siihen verrattuna, mikä on tullut tunnetuksi ennen patenttihakemuksen tekemispäivää, ja lisäksi olennaisesti eroaa siitä. Tavaramerkkeihin liittyvästä aikaprioriteetista säädetään tavaramerkkilain (544/2019) 14 §:ssä, jonka mukaan, jos useat vaativat yksinoikeutta tavaramerkkeihin, jotka ovat 5 §:ssä säädetyllä tavalla samoja tai samankaltaisia, etusija on sillä, joka voi vedota aikaisimpaan oikeusperusteeseen. Säännöksen esitöissä (HE 201/2018 vp, s. 109–110) esitetyn perusteella selkeyden vuoksi aikaprioriteetista tavaramerkin rekisteröintimenettelyssä on säädetty erikseen suostumustenvaraisia hylkäys- ja mitätöinti-perusteita koskevassa tavaramerkkilain 13 §:ssä.

<sup>259</sup> Selvästi lienee, että erityissäätelyn puuttuessa teollisoikeudellisten rekisteröintiasioiden muutoksenhausta voi tulla sovellettavaksi HOL 39.2 §, jonka mukaan tuomioistuin voi jättää huomioon ottamatta sellaisen aineiston, joka selvästi ei kuulu käsiteltävään asiaan.

päätöksen ja muun kirjallisen oikeudenkäyntiaineiston perusteella. Kyseisen pykälän 2 momentin perusteella käsittelyä voidaan lisäksi täydentää toimittamalla asiassa valmisteluistunto, suullinen käsittely tai katselmus. Sen lisäksi, että muutoksenhaussa tuomioistuimen mahdollisuuksia käsitellä pääasiaa rajoittavat valitusajan noudattamisen lisäksi etenkin ensi asteen käsittelyssä esitetyt vaatimukset, kyseisiä mahdollisuuksia voidaan rajoittaa myös erityisellä preklusiosääntelyllä. MOL:ssa ei ole erityissäännöstä, joka *suoraan lain nojalla* rajoittaisi ajallisesti oikeudenkäyntiaineiston toimittamista markkinaoikeuteen, kunhan se toimitetaan ennen markkinaoikeuden päätöksen antamista. *Kehotusperusteisesta* preklusiosta MOL:ssa sitä vastoin on säädetty (MOL 4:13).

Hallinnollinen preklusio mahdollisine muutoksenhakuvaikutuksineen liittyy ennen muuta tavaramerkkien rekisteröinteihin. MOL:n pelkästään oikeudenkäyntivaiheeseen liittyvät erityiset preklusiosäännökset koskevat myös muita teollisoikeudellisia rekisteröintejä. Aineellisen lainsäädännön ainakin ensi vaiheessa hallinnollisia ja MOL:n hallintolainkäyttölistä muutoksenhakuaihetta koskevia preklusiojärjestelyjä ei ole edes tavaramerkkien rekisteröintien osalta integroitu keskenään.

## 5.2 Preklusio tavaramerkin väitemenettelyssä ja sen vaikutus muutoksenhakuun

Teollisoikeudellisten rekisteröintiasioiden käsittely saattaa edellyttää joissakin tilanteissa tehokkaita ja nopeita hallinnollisia menettelytapoja. Euroopan unionin tavaramerkkidirektiivissä<sup>260</sup> tällaisia ominaisuuksia edellytetään muun muassa väitemenettelyltä (43 ja 44 artikla). Nykyinen tavaramerkkilaki on säädetty vastaamaan mainitun direktiivin vaatimuksia. Väitemenettely on rekisteröinnin jälkeinen mahdollisuus saada rekisteröity tavaramerkki kumotuksi.<sup>261</sup> Väiteaika on kaksi kuukautta, eikä siihen voi saada pidennystä. Siltä osin kuin väite ei menesty muutoksenhaussakaan

<sup>260</sup> Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi (EU) 2015/2346 jäsenvaltioiden tavaramerkkilainsäädännön lähentämisestä (uudelleenlaadittu).

<sup>261</sup> Kolmannet osapuolet voivat tavaramerkkilain 23 §:n perusteella tehdä jo ennen tavaramerkin rekisteröintiä Patentti- ja rekisterihallitukselle merkin rekisteröitävyyttä koskevia ”huomautuksia”. Huomautuksen tekeminen ei tee sen tekijästä asianosaista rekisteröintimenettelyssä. Säännöksen esitöiden (HE 201/2018 vp, s. 120–121) mukaan huomautukset voivat olla vapaamuotoisia. Huomautus annetaan tiedoksi tavaramerkin hakijalle, ja Patentti- ja rekisterihallitus huomioi sen mahdollisena lisänäyttönä muiden, sen omassa selvityksessä esiin tulleiden ja hakijan toimittamien selvitysten ohella.

tai väitettä ei ole edes tehty, rekisteröintiä vastustavalla on käytettävissään muita oikeussuojakeinoja.

Tavaramerkkidirektiivi ei edellytä, että asianosaisten väitemenettelyssä suorittamia toimenpiteitä miltään osin tulisi koskea preklusio, mutta preklusiosta säättämiselle kansallisesti ei ole estettäköön.<sup>262</sup> Seuraavaksi käsiteltävät väitemenettelyä koskevat preklusiiviset järjestelyt ovatkin kansallisesti kehitettyjä tai ainakin viimeisteltyjä.

Tavaramerkkilaisissa on yksi väitemenettelyä koskeva selkeä preklusiivinen erityissäännös, joka ei kuitenkaan rajoita väitteen tekijää vaan hänen vastapuoltaan eli väitemenettelyn kohteena olevan tavaramerkin haltijaa. Kyseisessä tavaramerkkilain 34 §:ssä säädetään seuraavaa: ”Väitemenettelyyn sovelletaan, mitä 49 §:n 2–5 momentissa säädetään aiemmin rekisteröidyn tavaramerkin, toiminimen, aputoiminimen ja EU-tavaramerkin haltijan velvollisuudesta osoittaa tavaramerkkinsä, toiminimensä tai aputoiminimensä käyttö mitätöintiä koskevan hakemuksen tai kanteen kohteena olevan tavaramerkin hakemis- tai etuoikeuspäivää edeltävän viiden vuoden ajalta. Ellei tavaramerkin haltija vetoa aiemman tavaramerkin, toiminimen, aputoiminimen tai EU-tavaramerkin tosiasiallisen käytön puuttumiseen lausudessaan väitteestä ensimmäisen kerran, hän ei saa myöhemmin vedota siihen.”

Tavaramerkkilain 34 §:n esitöiden mukaan säännös on perusteltu, jotta väitemenettely olisi tavaramerkkidirektiivin 43 artiklan 1 kohdan mukaisesti tehokas ja nopea. Esitöissä on myös todettu, että tavaramerkin haltija menettää mahdollisuuden vedota käytön puuttumiseen, ellei hän vetoa siihen ensimmäisessä lausunnossaan. Lausunnoksi katsotaan sellainen, jossa tavaramerkin haltija ensimmäisen kerran edes joltakin osin vastaa väitteeseen ja siinä esitettyihin vaatimuksiin. Esimerkiksi lausunnolle asetetun määräajan pidennyspyyntöä ei katsota säännöksessä mainituksi lausunnoksi.<sup>263</sup> Väitemenettelyn kohteena olevan tavaramerkin haltijan vetoami-

---

<sup>262</sup> Väitemenettelystä tavaramerkkilain esitöissä (HE 201/2018 vp, s. 132) on tuotu esiin, että tavaramerkkidirektiivissä ei säädetä yksityiskohtaisesti menettelyn sisällöstä vaan että jäsenvaltioiden on säädettävä tehokkaasta ja nopeasta hallinnollisesta väitemenettelystä. Tavaramerkkidirektiivin johdantokappaleessa 9 on todettu tavaramerkkien rekisteröintiin liittyvien menettelysääntöjen yhtenäistämistä yleisesti ottaen seuraavaa: ”Tavaramerkkien rekisteröintiin saannin ja hallinnonin helpottamiseksi koko unionissa on olennaista lähentää aineellisen oikeuden lisäksi myös menettelysääntöjä. Tämän vuoksi tavaramerkkien rekisteröintiä koskevat keskeiset menettelysäännöt jäsenvaltioissa ja EU:n tavaramerkkijärjestelmässä olisi yhtenäistettävä. Kansallisen lainsäädännön mukaisten menettelyjen osalta riittää, kun vahvistetaan yleiset periaatteet, jolloin jäsenvaltiot voivat vapaasti antaa tarkempia sääntöjä.”

<sup>263</sup> Ks. HE 201/2018 vp, s. 134–135.

sen jälkeinen näyttövelvollisuus väitteen tekijän merkin tosiasiallisesta käytöstä on väitteen tekijällä.

Tavaramerkkilain 34 §:n mukainen preklusio on säädetty sanamuodoltaan ehdottomaksi eli säännökseen ei ole liitetty mahdollisuutta preklusioiden murtamiseen mistään syystä. Ehdottomuutta sinänsä voi pitää väitemenettelyn kohteena olevan tavaramerkin haltijan oikeusturvan kannalta ongelmallisena. Joka tapauksessa puheena olevan preklusion hyväksyttävyyden kannalta on olennaista, että Patentti- ja rekisterihallitus kiinnittää väitemenettelyn kohteena olevan tavaramerkin haltijan huomiota kyseiseen preklusiosäännökseen ja informoi haltijaa säännöksen oikeusvaikutuksista varatessaan haltijalle tilaisuuden vastata väitteeseen. Ehdottomuuden lisäksi säännös on ongelmallinen myös siksi, ettei siinä tai muuallakaan ole säädetty selkeästi preklusion ulottuvuudesta muutoksenhakuun. Joka tapauksessa säännöksen sanamuoto ei vaikuttaisi estävän ainakaan sitä, että säännöksen mukainen vetoaminen tehdään valituksessa markkinaoikeudelle siinä tilanteessa, kun tavaramerkin haltija on ollut väitettä Patentti- ja rekisterihallituksessa käsiteltäessä passiivinen.

Patentti- ja rekisterihallituksen 8.6.2021 päivitetystä sen verkkosivuilla julkaistusta ohjeistuksesta ”Väite tavaramerkkiä vastaan” ilmenee rekisteriviranomaisen näkemys, että preklusio koskee myös väitettä.<sup>264</sup> Ohjeistuksessa ei todeta, mihin oikeusohjeisiin siinä esitetty kannanotto perustuu. Todennäköisesti ohjeistuksen taustalla on erityisesti tavaramerkkilain 32.1 §, jota käsitellään erikseen jäljempänä. Ohjeistuksen mukaan ”[v]äi-

<sup>264</sup> Ennen nykyistä tavaramerkkilakia Patentti- ja rekisterihallitus on vedonnut preklusioikäytäntönsä tueksi silloiseen tavaramerkkiasetukseen (296/1964). Tämä ilmenee ainakin ratkaisusta MAO 662/15, jossa Patentti- ja rekisterihallitus totesi muun ohella seuraavaa: ”[K]oska tavaramerkkiasetuksen 11 §:n 1 momentin mukaan väite on perusteltava, väitteen tekijän on yksilöitävä väitteessään sen perusteena olevat tavaramerkit. Sen selvittäminen, perustaako väitteentekijä väitteensä mahdollisesti myös johonkin väitteessä yksilöimättömäksi jääneeseen tavaramerkkiin, ei kuulu Patentti- ja rekisterihallituksen selvittämisvelvollisuuden piiriin. Ottaen huomioon tavaramerkkiasetuksen 11 §:n 1 momentin sisällön ja väitteen kohteena olevan merkin haltijan oikeussuojan olisi kohtuutonta, jos väitteentekijä voisi valituksessaan markkinaoikeudelle vedota täysin muuhun merkkiin kuin mihin väitteessä on vedottu. Tällaisesta rajoituksesta ei tosin ehkä ole säädetty riittävän selvästi.” Tältä osin markkinaoikeus totesi ratkaisussaan seuraavaa: ”Patentti- ja rekisterihallituksen vetoama tavaramerkkiasetuksen 11 §:n 1 momentti, jonka mukaan väite on perusteltava, ei selkeästi rajoita perusteiden, kuten väitemerkkien, esittämistä väitteen tekemisen määräaikaan. Toiseksi, mikäli tämänkaltaisesta perusteiden esittämisen viimeistä määrähetkeä koskevasta preklusiotyyppisestä rajoituksesta voitaisiin tulkinnalla katsoa säädetyn puheena olevalla säännöksellä, tällaisesta väitteentekijän oikeusasemaan vaikuttavasta rajoituksesta tulisi perustuslain 80 §:n 1 momentti huomioon ottaen säätää lailla eikä asetuksella. Näin ollen myöskään väitemenettelyä koskevasta sääntelystä ei seuraa, että [valittajan] vasta oikeudenkäynnissä markkinaoikeudessa yksilöimät ja vetoamat tavaramerkit voitaisiin jättää ottamatta asiaa arvioitaessa huomioon.”

teperusteena on esitettävä, miksi rekisteröinti ei täytä tavaramerkkilaisissa asetettuja rekisteröinnin edellytyksiä” ja ”[v]äitekirjelmässä on ilmoitettava kaikki seikat, joihin väite perustuu. Väitettä voi täydentää vielä väiteajan jälkeen esimerkiksi lisänäytöllä tai -argumentoinnilla, jotka tukevat väiteperusteita, mutta uusia perusteita väiteajan päättymisen jälkeen ei voi enää esittää.” Väitteen yksilöinnistä ohjeistuksessa on todettu puolestaan seuraavaa: ”Väitteessä on yksilöitävä, koskeeko väite kaikkia väitteen kohteena olevan rekisteröinnin tavaroita ja palveluita vai vain osaa niistä, ja tällöin on ilmoitettava luokat sekä tavarat tai palvelut, joita väite koskee.”<sup>265</sup> Patentti- ja rekisterihallituksen kannanotto on kaikinensa epäselvä, eikä siinä todettu yksilöintivaatimus koske esimerkiksi väitteen perusteena olevia tavaramerkkejä.

Väiteperustetta koskevan tavaramerkkilain 31 §:n perusteella Patentti- ja rekisterihallitus voi kumota rekisteröinnin väitteen perusteella siltä osin kuin rekisteröinti ei täytä kyseisen lain mukaisia rekisteröinnin edellytyksiä, ja jos rekisteröinnille ei ole estettä, väite hylätään. Pykälän esitöistä ilmenevin tavoin väite voidaan perustaa paitsi suostumuksenvaraisiin myös ehdottomiin rekisteröinnin esteisiin. Tässä suhteessa säännös on tavaramerkkidirektiivin 43 artiklan edellyttämää kattavampi, koska direktiivi ei edellyttä, että väitemenettely koskisi myös ehdottomia rekisteröinnin esteitä. Joka tapauksessa Patentti- ja rekisterihallitus on sidottu väitteeseen, joten se ei voi arvioida asiaa laajemmin tai muilla perusteilla kuin väitteessä on esitetty.<sup>266</sup> Todetun perusteella tarkasteltaessa asiaa väitteen tekijän näkökulmasta voidaan puhua väittämistaakasta, joka ulottuu myös ehdottomiin rekisteröinnin esteisiin ja siten indispositiivisuuden alueelle. Tässä pykälässä ei säädetä ajallisesta rajoituksesta vetoamiselle.

Väitteen tekemistä koskevan tavaramerkkilain 32.1 §:n mukaan väite pannaan vireille kirjallisesti ilmoittamalla kahden kuukauden kuluessa rekisteröinnin julkaisemisesta Patentti- ja rekisterihallitukselle väitteen tekijän tunnistetiedot, tieto mihin rekisteröintiin ja rekisteröinnin kattamiin

<sup>265</sup> Ks. Patentti- ja rekisterihallituksen 8.6.2021 päivitetty ohjeistus. Ks. vastaavanlaisesta mallia koskevasta ohjeistuksesta Patentti- ja rekisterihallituksen 19.7.2019 päivitetty ohjeistus, jonka mukaan ”[v]äitteessä on ilmoitettava kaikki seikat, joihin väite perustuu, kuten missä, milloin ja miten väitteessä esitetyt mallit ovat tulleet tunnetuiksi. Väitettä voi täydentää vielä väiteajan jälkeen esimerkiksi lisänäytöllä tai -perusteluilla, jotka tukevat väiteperusteita, mutta uusia perusteita väiteajan päättymisen jälkeen ei voi enää esittää.”

<sup>266</sup> Ks. HE 201/2018 vp, s. 132; TaVM 38/2018 vp, s. 4. Patentti- ja rekisterihallitus voi tavaramerkkilain 27 §:n nojalla tietyin edellytyksin ”poistaa rekisteröinnin tai rekisteriin tehdyn merkinnän” kahden kuukauden kuluessa rekisteröintihakemuksen hyväksymisestä tai rekisterimerkinnän tekemisestä. Kyseisen pykälän esitöiden (HE 201/2018 vp, s. 125) mukaan ilmeinen virhe voi olla esimerkiksi se, että tavaramerkki on rekisteröity, vaikka siihen kohdistuisi selvä 12 tai 13 §:n mukainen hylkäysperuste.

tavaroihin tai palveluihin väite kohdistuu sekä väitteen perusteet ja suoritamalla väitemaksu. Pykälän 2 momentissa todetaan puolestaan aiempia oikeuksia koskevasti, että jos väite perustuu aiempaan oikeuteen, tulee väitteen tekijän olla tämän oikeuden haltija. Tässä 2 momentissa ei siis säädetä ainakaan suoranaisesti aiempien oikeuksien ilmoittamista koskevista ajallisista rajoituksista.

Tavaramerkkilain 32.1 §:n esitöissä on todettu muun ohella, että hallintolain 19 §:n mukaan asia pannaan vireille kirjallisesti ilmoittamalla vaatimukset perusteineen. Luettelo tavaroista ja palveluista, joihin väite kohdistuu, on olennainen osa vaatimuksen yksilöintiä. Hallintolain 22.3 §:n mukaisesti väitteen tekijä voi täydentää myöhemmin väitettään ja sen perusteita. Väitteestä tulee sen vireille tullessa kuitenkin ilmetä väitteen tekijän ja rekisteröinnin tietojen lisäksi se, mihin tavaroihin ja palveluihin väite kohdistuu, sekä vaatimuksen pääasialliset perusteet. Esitöissä on myös tuotu esiin, että Patentti- ja rekisterihallitus vastaa väitemenettelyn prosessinjohtosta,<sup>267</sup> kuten muun ohella menettelyn aikataulutamisesta, asianosaisten kirjelmien tiedoksiantamisesta ja siitä, että asia tulee hallintolain 31.1 §:n mukaisesti riittävästi selvitettyksi, käytännössä pyytämällä asianosaisia esittämään selvitystä vaatimuksistaan ja niiden perusteista.<sup>268</sup>

Tavaramerkkilain 31 ja 32 §:ssä sekä niiden esitöissä esitetyn perusteella voi olla ensinnäkin tarkoitettu, että väitteessä on nimettävä tai ainakin implikoitava yksi tai useampi tavaramerkkilain 12 ja 13 §:n mukainen hylkäys- ja mitätöintiperuste, kuten harhaanjohtavuus tai sekaannusvaara, riippumatta siitä, onko tällainen peruste ehdoton vai suostumuksenvarainen. Toiseksi voi olla myös tarkoitettu, että tavaramerkkilain 32.2 §:ssa viitatus aiemmat oikeudet, mikäli ne ovat merkityksellisiä jonkin edellä todetuin tavoin esitetyn hylkäys- ja mitätöintiperusteen arvioinnin kannalta, on nimettävä ennen väiteajan päättymistä. Aiemmissa oikeuksissa on kysymys oikeustositseikoista ja siten perusteista, mutta niiden todentamiseen, kuten rekisteröimättömän tavaramerkin vakiintumisen osoittamiseen, saattaa liittyä todistelun tarvetta. Tällaista ja myös muuta todistelua, kuten

<sup>267</sup> Esitöissä mainitulla käsiteellä prosessinjohto ei todennäköisesti tarkoiteta vastaavan tasoista prosessinjohtoa kuin mistä tuomioistuimen ja erityisesti ensi asteen tuomarin aineellisessa prosessinjohtossa ja siihen liittyvissä velvollisuuksissa on kysymys. Esimerkiksi hallintolain esitöissä puhuttiin viranomaisen menettelynohjoavallasta ja menettelyn johtamisesta (HE 72/2002 vp, s. 86) sekoittamatta viranomaismenettelyä prosessiin eli oikeudenkäyntiin. Viranomaisen menettelynohjoavallasta ks. myös Mäenpää 2018, s. 446–447.

<sup>268</sup> Ks. HE 201/2018 vp, s. 133, jonka mukaan hallintolain 34.1 §:n mukaiseen asianosaisten kuulemisen toteuttamiseen pääsääntöisesti riittää, että asianosaiset voivat lausua väitemenettelyssä kahdesti.





Vuosikirjapäätöksen mukaan alimman asteen eli Patentti- ja rekisterihallituksen päätöksessä oli viitattu sovellettuina oikeusohjeina silloisen tavaramerkkilain (7/1964) 14.1 §:n 5, 6 ja 7 kohtaan sekä 6.1 §:iin. Valituslautakunta jätti valituksen tutkimatta siltä osin kuin valittaja oli vaatinut merkin käytön kieltämistä sekä rekisteröinnin kumoamista mainitun lain 14.1 §:n 1 kohdan (hyvän tavan vastaisuus), 2 kohdan (harhaanjohtavuus) ja 4 kohdan (nimioikeus) sekä 6.2 §:n (tavaramerkin laajalti tunnettuus) perusteella. Valituslautakunta totesi perusteluinaan, että se ei voinut tutkia asiaa laajemmalti kuin se oli ollut vireillä alemmassa asteessa.<sup>270</sup>

Korkeimman hallinto-oikeuden päätöksen perustelujen mukaan valituksen tehneen puolueen väitteessä esitettyä rekisteröinnin kumoamisvaatimusta oli perusteltu muun ohella tavaramerkin kanssa melkein identtisen puoluetunnuksen käytöllä ja tunnettuudella sekä sillä, että puoluetunnusta muistuttavan tavaramerkin käyttö aiheutti hämmennystä puolueelle sekä sen jäsen- ja kannattajakunnalle. Puolue oli uudistanut vaatimuksensa Patentti- ja rekisterihallituksen päätöksestä valituslautakunnalle tekemässään valituksessa. Valituslautakunnalle antamassaan vastaselityksessä puolue oli täsmentänyt vaatimuksensa perusteita viittaamalla Patentti- ja rekisterihallituksen päätöksessään käsittelemien väiteperusteiden lisäksi tavaramerkkilain 14.1 §:n 1, 2 ja 4 kohdassa sekä 6.2 §:ssa tarkoitettuihin rekisteröintiasteisiin.

Tämän todettuaan korkein hallinto-oikeus katsoi, ettei puolue näin toimimalla ollut muuttanut alkuperäistä vaatimustaan eikä esittänyt sellaisia uusia valitusperusteita, joiden johdosta asia olisi muuttunut valituslautakunnassa toiseksi. Puolueen tavaramerkin rekisteröinnin kumoamisvaatimuksen tueksi esittämiä perusteluja nyt kysymyksessä olevalta osaltaan ei kuitenkaan ollut esitetty väitevaiheessa niin selkeästi, että asian selvittämistä tai tutkimista Patentti- ja rekisterihallituksessa olisi perusteita pitää puutteellisena. Valituslautakunnan ei kuitenkaan HLL 27.2 § huomioon ottaen olisi tullut jättää asiaa näiltä osin tutkimatta vaan sen olisi tullut joko tutkia kysymyksessä olevat valitusperusteet itse tai palauttaa asia Patentti- ja rekisterihallitukselle uudelleen käsiteltäväksi.

<sup>270</sup> Hallintoprosessuaalisessa järjestyksessä käsiteltävien veroasioiden osalta on todettu, että kanteen muuttamisesta on periaatteessa kysymys silloin, kun alkuperäinen vaatimus esitetään uudella perusteella, kun uusi vaatimus esitetään alkuperäisellä perusteella tai kun uusi vaatimus esitetään uudella perusteella. Valituksen muuttamisesta kanteenmuutoskielton näkökulmasta veroasioissa ks. Myrsky – Rähinä 2015, s. 531–532. Kirjoittajat ovat todenneet myös, että kanteen muuttamisesta on erotettava kanteen lievempi oikaiseminen, parantaminen ja täydentäminen. Tällöin kanteen yksilöllisyystunnusmerkkejä ei muuteta.

Edellä todetusta vuosikirjapäätöksestä ilmenevä Patenti- ja rekisterihallituksen valituslautakunnan näkemys viittaa siihen, että se oli käsittänyt muuttuneisiin valitusperusteisiin vetoamisen vasta valituslautakunnassa merkinneen siltä osin vaatimuksen identiteetin muuttumista. Asiassa on selvää, ettei valittajan vaatimus sellaisenaan ollut muuttunut. Korkeimman hallinto-oikeuden vuosikirjapäätöksen tiivistelmän ja perustelujen perusteella jää epäselväksi, olivatko väitteessä esitetyn vaatimuksen tueksi esitetyt perusteet muuttuneet vai ainoastaan täsmentyneet muutoksenhaun keskeisessä.<sup>271</sup>

Joka tapauksessa nykyisen tavaramerkkilain soveltamisen kannalta vuosikirjapäätöksen KHO 2013:99 perusteella nousee esiin kysymys ensinnäkin siitä, voiko nykyistäkin tavaramerkkilakia sovellettaessa lähteä siitä, että ehdottomiin hylkäys- ja mitätöintiperusteisiin täytyy vedota nimenomaan ennen väiteajan päättymistä. Toiseksi mainitussa vuosikirjapäätöksessä ei vaikuttaisi aktualisoituneen kysymys väitteen tekijän mahdollisuudesta tehokkaasti vedota uusiin aiempiin oikeuksiin muutoksenhaussa, jos kyseinen vetoaminen liittyy jo ennen väiteajan päättymistä vedottuun hylkäys- ja mitätöintiperusteeseen, esimerkiksi sekaannusvaaraan. Kolmanneksi puheena olevan vuosikirjapäätöksen perusteella ei ole selvää, muuttuuko asia muutoksenhakuvaiheessa toiseksi edes esimerkiksi silloin, kun väiteaikana on vedottu tavaramerkin erottamiskyvyn puuttumiseen ja vasta muutoksenhaussa sekaannusvaaraan, tai päinvastoin.

Mikäli tavaramerkkilain 32.1 §:n tulkinta väiteajan kuluessa perusteisiin vetoamisesta on kategorinen, jollaiseksi lainsäätäjä on voinut sen tarkoittaa, väitemenettelyssä prekludoituneisiin perusteisiin voi kuitenkin vedota tekemällä tavaramerkin menettämistä tai mitätöintiä koskevan hallinnollisen hakemuksen taikka nostamalla siviiliprosessuaalisen kanteen. Preklusion oikeusvaikutukset eivät siten ole väitteen tekijän kannalta lopulliset.

Selvältä sitä vastoin vaikuttaa, että tavaramerkkilain 32.1 § ei koske kuin väitteen tekijää. Väitemenettelyn kohteena olevan tavaramerkin haltijan mahdollisuuksia myös valittajana esittää uutta oikeudenkäyntiaineistoa vielä väitemenettelyä koskevassa muutoksenhaussakin ei vaikuttaisi rajaaavan HOL:n sääntelyn – lähinnä HOL 41.2 §:n – lisäksi kuin tavaramerkkilain 34 §. Uutta todistelua sellaisten perusteiden tueksi, joiden esittämistä menettelylliset rajoitukset eivät koske, asianosaiset voivat esittää vielä

---

<sup>271</sup> Välimäki 2016, s. 299 on todennut yleisen lainkäytön osalta, että esimerkiksi kysymys siitä, onko jokin vedottu seikka luokiteltavissa uudeksi kielletyksi oikeustositseikaksi vai sallituksi uudeksi oikeudelliseksi luonnehdinnaksi, voi osoittautua mahdottomaksi, ellei peräti mielettömäksi.

muutoksenhakuvaiheessakin. Tällaista todistelua voi olla esimerkiksi väitteen tekijän lisätodistelu tavaramerkkinsä laajalti tunnettuudesta.<sup>272</sup>

### 5.3 Toimivalta ja preklusio tavaramerkin hallinnollisessa menettämisen- tai mitätöintimenettelyssä ja muutoksenhaussa

Tavaramerkkidirektiivin 45 artiklan 1 kohdan mukaan jäsenvaltioiden on säädettävä tehokkaasta ja nopeasta hallinnollisesta menettelystä, jota noudatetaan niiden keskusvirastoissa vaadittaessa tavaramerkin menettämistä tai julistamista mitättömäksi, sanotun kuitenkin rajoittamatta osapuolten oikeutta hakea muutosta tuomioistuimissa. Nykyisen tavaramerkkilain mukainen ensisijaiselle siviiliprosessuaaliselle kannemenettelylle vaihtoehtoinen hallinnollinen menettämisen- tai mitätöintimenettely<sup>273</sup> voidaan saattaa vireille monista muistakin syistä kuin tavaramerkin käyttämättömyydestä johtuen. Perusteet voivat olla sekä ehdottomia että suostumuksenvaraisia. Ehdottomia menettämisperusteita ovat esimerkiksi merkin muuttuminen yleiseksi nimitykseksi tai harhaanjohtavaksi ja ehdottomia mitätöintiperusteita esimerkiksi erottamiskyvyttömyyden tai harhaanjohtavuuden alkuperäisyys. Suostumuksenvaraisia mitätöintiperusteita ovat esimerkiksi sekaannusvaara ja aiemman mallioikeuden loukkaus. Riippuen tilanteesta vilpallinen mieli on joko ehdoton tai suostumuksenvarainen mitätöintiperuste.<sup>274</sup>

Hallinnollinen menettämisen- tai mitätöintimenettely voidaan aloittaa vasta väiteajan jälkeen tai mahdollisen väiteasian käsittelyn päätyttyä joko lainvoimaiseen ratkaisuun tai väitteen peruutukseen (tavaramerkkilaki

<sup>272</sup> Ratkaisussa MAO 347/17 väitteen tekijä esitti valittajana markkinaoikeudelle lisälausumassaan uutta näyttöä tavaramerkkiensä laajalti tunnettuudesta. Asia palautettiin Patentti- ja rekisterihallitukselle uudelleen käsiteltäväksi. Samaa rekisteröintiä koskevasta myöhemmästä ratkaisusta MAO 493/18 ilmenee Patentti- ja rekisterihallituksen kumonneen väitteen kohteena olleen tavaramerkin väitteen tekijän erään tavaramerkin laajalti tunnettuuden perusteella.

<sup>273</sup> Kannemenettelyn ensisijaisuus tai etusija suhteessa hallinnolliseen menettämisen- tai mitätöintimenettelyyn seuraa tavaramerkkilain 61 §:n 1 ja 2 momentissa säädetyistä. Menettelyn ja sen myötä tuomioistuinlinjan määräytymisellä voi olla olennainen merkitys asianosaisille aiheutuvien kustannusten määrään ja kuluvastuun jakautumiseen oikeudenkäyntikulujen korvaamista koskevassa harkinnassa.

<sup>274</sup> Vaihtoehtoisesta hallinnollisesta kumoamismenettelystä on säädetty 1.5.2019 alkaen myös toiminimilaisissa (128/1979). Kyseinen menettely on täysin kansallista sääntelyä (HE 201/2018 vp, s. 45), ja se on mahdollinen vain toiminimen käyttämättömyyden perusteella. Ks. toiminimilain 20.2 § ja siinä viitattu 19.2 §:n 3 kohta.

54.3 §). Selvyyden vuoksi on todettava, että tämä lainkohta ei säädi väitemenettelyä hallinnollisen menettämisen- tai mitätöintimenettelyn pakolliseksi esivaiheeksi.

Tavaramerkkilain 54.1 §:n mukaan hakemuksessa on ilmoitettava vaatimus ja sen perusteet, hakijan tunnistetiedot sekä tieto siitä, mihin rekisteröintiin ja rekisteröinnin kattamiin tavaroihin tai palveluihin hakemus kohdistuu. Hakemuksen tiedoksiannosta tavaramerkin haltijalle säädetään tavaramerkkilain 55 §:ssä sekä patentin- ja lisenssinhaltijalle lain 56 §:ssä. Haltijaa on kehotettava lausumaan sekä patentin- ja lisenssinhaltijalle on varattava tilaisuus lausua hakemuksesta määräajassa. Lausunnon antamatta jättäminen ei estä asian ratkaisemista. Tavaramerkkilain 55.3 §:ssa on säädetty menettelyn kohteena olevan tavaramerkin haltijalle preklusio-uhkainen vetoamisvelvollisuus hakijan aiemman merkin tosiasiallisen käytön puuttumisen osalta. Säännös on samalla tavoin ongelmallinen kuin edellä käsitelty väitemenettelyä koskeva tavaramerkkilain 34 §.

Tavaramerkkilain 57.1 §:n mukaan asia ratkaistaan hakemuksen ja sen johdosta annettujen lausuntojen perusteella. Tämän säännöksen esitöissä esitetyn perusteella säännös selventää Patentti- ja rekisterihallituksen ja mahdollista valitusta käsittelevän tuomioistuimen *toimivallan rajoja* ja asettaa esimerkiksi hallintolain yleissäännöksistä poiketen selvät rajat sille, mitä seikkoja asiassa voidaan huomioida ja mihin vaatimukseen hakemusta ratkaiseva Patentti- ja rekisterihallitus tai tuomioistuin on sidottu. Asia tulee ratkaista hakemuksen ja sen johdosta mahdollisesti annettujen lausuntojen perusteella. Lausuntoja ovat voineet antaa tavaramerkin haltija, hakija sekä patentin- tai lisenssinhaltija. Edelleen esitöiden mukaan Patentti- ja rekisterihallitus tai sen päätöksen jälkeen valitusta käsittelevä tuomioistuin on ratkaisussaan sidottu hakemukseen, eli asiaa ei tule arvioida laajemmin tai muilla perusteilla kuin hakemuksessa on esitetty. Patentti- ja rekisterihallitus tai tuomioistuin kuitenkin arvioi sisällöllisesti, täytyvätkö hakemuksen mukaiset edellytykset.<sup>275</sup>

Esitöissä todettua tulkiten Patentti- ja rekisterihallitus on 24.1.2019 päätöksessään sen verkkosivuilla julkaistussa ohjeessa ”Ohje hallinnollisesta menettämisen- ja mitätöintimenettelystä” todennut, että se tutkii asian vain *vaatimuksen mukaisessa laajuudessa*.<sup>276</sup> Toisaalta ohjeistuksen mukaan hakemuksessa ilmoitettuja perusteita ei voi myöhemmin laajentaa. Lisäksi oh-

<sup>275</sup> Ks. HE 201/2018 vp, s. 157. Tavaramerkkilain 57.2 §:ssa ei säädetä mitään oikeudenkäynnin osapuolten kirjelmien ajallisesta esittämisestä.

<sup>276</sup> Patentti- ja rekisterihallituksen 24.1.2019 päivätty ohje, s. 14.

jeistuksessa on esitetty, että perusteiden toteennäyttämiseksi uusia todisteita voi toimittaa asian ratkaisemiseen saakka.<sup>277</sup>

Tavaramerkkilain 57.1 §:ssa olisi ollut syytä säätää selkeästi sellaisista esitöissä viitatuista prosessuaalisista perusasioista kuin toimivalta ja preklusio varsinkin, kun ne esitöissäkin esitetyn mukaisesti tässä tapauksessa poikkeavat hallintomenettelyn yleisistä lähtökohdista. Mikäli asiaa tarkastellaan lain esitöissä sanotun perusteella, vaikuttaa sinänsä selvältä, että Patentti- ja rekisterihallitus on sidottu hakijan esittämiin vaatimuksiin ja perusteisiin. Ongelmallista sitä vastoin on se, mitä asian ratkaiseminen hakemuksen ja sen johdosta annettujen lausuntojen perusteella ajallisesti tarkasteltuna tarkoittaa: onko esimerkiksi hakemuksen täydentäminen mahdollista edes ehdottomien menettämisen- ja mitätöintiperusteiden osalta.<sup>278</sup> Asian tulkinnanvaraisuutta lisää se, että esitöiden mukaan myös hakija on voinut antaa lausunnon. Ilmeisesti ainakin yhtäältä hakemuksen rajoittaminen – vaatimusten ja vedottujen menettämisen- ja mitätöintiperusteiden sekä vedottujen aiempien oikeuksien vähentäminen – ja toisaalta Patentti- ja rekisterihallituksen ohjeenkin mukaan uusien todisteiden esittäminen hakemuksessa vedottujen perusteiden tueksi vaikuttaisi olevan mahdollista siihen asti, kunnes Patentti- ja rekisterihallitus on tehnyt päätöksensä. Myös tavaramerkin haltija voi vastaavasti esittää uusia todisteita.

Tavaramerkkidirektiivin 45 artiklan 1 kohdan ilmaisu ”sanotun kuitenkin rajoittamatta osapuolten oikeutta hakea muutosta tuomioistuimissa” ei tarkoittane sitä, etteikö hallintopäätöksen ja sitä koskevan lainkäyttöllisen muutoksenhaun välillä voisi olla selkeä instanssijärjestyksellinen rajoitus ainakin hakijan esittämien vaatimusten ja perusteiden suhteen. Erityisesti menettelyn kohteena olevan tavaramerkin haltijan osalta tilanne voi olla ongelmallisempi, koska haltijan kannalta asian häviäminen tarkoittaa yksinoikeuden lopullista menettämistä. Joka tapauksessa lienee selvää, että uusien todisteiden esittäminen on kaikille osapuolille mahdollista myös muutoksenhaussa. Olisi ollut suotavaa, että tavaramerkkilaisissa olisi

<sup>277</sup> Sanatarkasti Patentti- ja rekisterihallituksen 24.1.2019 päivätyssä ohjeessa on todettu (s. 4), että ”[H]akemuksessa ilmoitettuja perusteita ei voi myöhemmin laajentaa, mutta niitä voi rajoittaa menettelyn aikana. Perusteiden toteennäyttäminen (eli todisteiden toimittaminen) on kuitenkin mahdollista niin kauan, kunnes asiassa on annettu päätös.”

<sup>278</sup> Mikäli hakemusta ei voi täydentää perusteiden osalta ennen asian ratkaisemista, hakemuksen tulee olla niin sanotusti ”kerralla kunnossa”. Ajettaessa vastaanlaista asiaa siviiliprosessuaalisesti kanteella vireille panijalta ei edellytetä samanlaista etukäteistä erehtymättömyyttä. Hakijalla on tosin vielä hakemuksensa vireillepanon jälkeenkin mahdollisuus nostaa asiassa kanne, mikä mahdollistaa asian valmistelun tuomarinvaihtamisen menettelyssä. Ks. tavaramerkkilain 61.2 § ja siihen liittyen HE 201/2018 vp, s. 160–161; LaVL 34/2018 vp, s. 3–4.

säädetty selkeästi muutoksenhakuasian käsittelyyn liittyvistä preklusiivisista rajoituksista. Tavaramerkkilain 57.1 §:ia ei voi pitää etenkään tässä suhteessa esitöissä todetuin tavoin selventävänä.

Hallinnollisen menettämisen tai mitätöintimenettelyn ja siviiliprosessuaalisen kannemenettelyn suhdetta sääntelevä tavaramerkkilain 61 § ei perustu tavaramerkkidirektiiviin.<sup>279</sup> Pykälän 4 momentissa säädetään oikeusvoimasta. Säännöksen mukaan, jos tavaramerkin menettämistä tai mitätöintiä koskeva hakemus tai kanne on lainvoimaisesti ratkaistu, uutta menettämistä tai mitätöintiä koskevaa hakemusta tai kannetta ei oteta tutkittavaksi, jos asia koskee samoja asianosaisia, samaa tavaramerkkiä, samaa vaatimusta ja samoja perusteita, paitsi jos olosuhteet ovat olennaisesti muuttuneet. Säännöksen esitöiden mukaan säännös olisi tarpeen hallinnollisen ja tuomioistuimen menettelyn oikeusvoiman selventämiseksi ja sen varmistamiseksi, ettei samaa asiaa käsitellä eri menettelyissä.<sup>280</sup> Tämä tarkoittanee oikeusvoimavaikutuksen ulottumista myös asian käsittelyyn toisen ”menettelylajin” mukaisessa myöhemmässä menettelyssä.<sup>281</sup> Hallinnollisen menettelyn, johon kylläkin liittyy mahdollisuus hallintoprosessuaaliseen muutoksenhakuun, oikeusvoimavaikutuksesta johtuvaa preklusiivisuutta ei ole syytä pitää ongelmallisena jo senkään vuoksi, että asianosaisilla on ollut mahdollisuus saada asia arvioiduksi jo alun alkaen tuomarin johdolla kannemenettelyssä.

Valitusasiassa, kuten muutoksenhaussa hallinnollisessa menettämisen tai mitätöintimenettelyssä tehtyyn päätökseen, vasta markkinaoikeudessa esitetty uusi todistelusta saattaa johtaa instanssijärjestyksestä johtuen asian palauttamiseen Patentti- ja rekisterihallituksen käsiteltäväksi. Näissä asioissa saatetaan esittää runsaastikin uutta asiakirjatodistelua ja myös vaatimuksia henkilötodistelun vastaanottamiseksi. Markkinaoikeuden harkitessa asian palauttamista viranomaiskäsittelyyn voi olla syytä kiinnittää huomiota muun ohella tavaramerkkidirektiivin 45 artiklan 1 kohdassa todettuun erityiseen menettelyn nopeutta koskevaan vaatimukseen, joskin direktiivin velvoite on kylläkin suunnattu lähinnä lainsäätäjälle. Mikäli asian käsitelyä jatketaan huomattavan uuden todistelun kanssa markkinaoikeudessa, varsinaisesta muutoksenhausta hallintopäätökseen ei enää voida puhua.

Asian palauttamiseen Patentti- ja rekisterihallitukselle uuden asiakirjatodistelun arvioimiseksi voi olla syytä turvautua erityisesti silloin, kun

<sup>279</sup> Ks. esim. TaVM 38/2018 vp, s. 3–4.

<sup>280</sup> Ks. HE 201/2018 vp, s. 161; LaVL 34/2018 vp, s. 4.

<sup>281</sup> Yleisesti oikeusvoiman ulottuvuudesta yleisen lainkäytön ja hallintolainkäytön välillä sekä myös hallintopäätöksen oikeusvoimasta suhteessa tuomioistuinten ratkaisuihin ks. Jokela 2015, s. 604–607.

valituksen tehnyt tavaramerkin haltija on jättäytynyt hakemusta Patentti- ja rekisterihallituksessa käsiteltäessä passiiviseksi. Tässä suhteessa Patentti- ja rekisterihallituksen päätös vaikuttaisi muistuttavan siviiliprosessuaalista yksipuolista tuomiota ja asian tosiasiallisen jatkokäsittelypaikan määräytyminen takaisinsaantia.

## 5.4 Oikeudenkäyntiä koskevat preklusiosäännökset

MOL 4:13.1:n mukaan markkinaoikeus voi viivästyksen estämiseksi tai muusta perustellusta syystä *kehottaa* asianosaista asettamassaan määräajassa esittämään vaatimuksensa ja niiden perusteet (kohta 1), ilmoittamaan kaikki todisteet, jotka hän aikoo esittää, ja mitä hän kullakin todisteella aikoo näyttää toteen (kohta 2) ja esittämään kaikki kirjalliset todisteet, joihin hän vetoaa (kohta 3). Pykälän 2 momentin mukaan edellä 1 momentissa tarkoitettu kehoitus annetaan uhalla, ettei asianosainen määräajan jälkeen saa vedota uuteen vaatimukseen tai seikkaan taikka ilmoittaa uutta todistetta, ellei hän saata todennäköiseksi, että hänen menettelynsä johtuu pätevistä syistä. Pykälän 3 momentin mukaan, jos asianosainen tahtoo 1 momentissa tarkoitettua määräajan jälkeen vedota uuteen vaatimukseen tai seikkaan taikka ilmoittaa uuden todisteen, hänen on viipymättä saatettava asia markkinaoikeuden tietoon ja samalla esitettävä selvitys siitä, minkä vuoksi hän ei ole noudattanut markkinaoikeuden kehoitusta.

Mainitun pykälän 1 ja 2 momentin esikuvana on selvästikin ollut OK 5:22 ja 3 momentin esikuvana OK 5:29. Olennaista on havaita, että näiltä osin dispositiivisia riita-asioita koskevaa sääntelyä on siirretty perusluonteeltaan indispositiivisten asioiden käsittelyyn hallintoprosessissa. Vanhaan hallintoprosessissa on saatettu käyttää esikuvana lähinnä indispositiivisia riita-asioita koskevia normeja.<sup>282</sup> Hallintolainkäytön näkökulmasta on myös esitetty, että yleisen lainkäytön säännösten kopiointi ja omaksuminen sellaisenaan tai soveltuvin osin on harvemmin hallintolainkäytön oikeussuojajärjestelynä onnistunutta. Muiden prosessilajien säännösten tai käytänteiden hyödyntäminen edellyttää, että hallinto-oikeudellisen menettelyn erityispiirteet otetaan huomioon.<sup>283</sup> Toisaalta esimerkiksi tavaramerkkilain mukaiset preklusiiviset järjestelyt nähdäkseni osoittavat, että ainaakaan asianosaisen oikeusturvan näkökulmasta lopputulos ei ole kovin onnistunut silloinkaan, kun yleisen lainkäytön mukaiselle perusajatokselle

<sup>282</sup> Ks. Mäenpää 2019, s. 57.

<sup>283</sup> Ks. Siitari-Vanne 2005, s. 369.

menettelysäännösten selkeydestä ja menettelyn ennakoitavuudesta ei anneta riittävää painoarvoa.

MOL 4:13:ää koskevassa hallituksen esityksessä on todettu sääntelyllä pyrittävän korostamaan asian valmistelun ja tuomioistuimen prosessinjohtoon merkitystä. Jotta markkinaoikeus voisi onnistua asian tehokkaassa valmistelussa ja prosessinjohtossa, sillä tulee olla riittävät oikeudenkäynnin johtamista tukevat keinot käytettävissään. Tämä vuoksi puheena oleva säännös mahdollisuudesta asettaa määräaika oikeudenkäyntiaineiston esittämiseksi olisi välttämätön. Hallituksen esityksessä on lisäksi todettu, että myös Euroopan patenttivirastossa suhtautuminen määräaikojen noudattamiseen on tiukkaa. Siellä uusien perusteiden, tosiseikkojen tai todisteiden esittäminen määräajan jälkeen on sallittua vain poikkeuksellisesti. Pykälän 2 momentin anteeksiantoperusteeseen liittyvästä ilmaisusta ”menettelynsä johtuu pätevistä syistä” hallituksen esityksessä on puolestaan todettu, että pätevä syy voisi olla, että asianosainen on saanut tiedon uudesta seikasta tai selvityksestä vasta määräajan jälkeen taikka että seikan ja selvityksen esittäminen on tullut tarpeelliseksi vasta vastapuolen esityksen johdosta.<sup>284</sup>

MOL 4:13 koskee MOL 7:3:n perusteella soveltuvin osin valitusasian käsittelyä myös korkeimmassa hallinto-oikeudessa. MOL 7:3:ää koskevassa hallituksen esityksessä on todettu, että korkein hallinto-oikeus voisi ensinnäkin asettaa 4:13:ssä tarkoitetun määräajan asianosaiselle ja että vastaavasti markkinaoikeuden asettama määräaika säilyttäisi vaikutuksensa myös korkeimmassa hallinto-oikeudessa.<sup>285</sup> Viimeksi mainittu oikeusastejärjestykseen liittyvä näkökohta ei ilmene nimenomaisesti MOL 7:3:stä. Tässä suhteessa esikuvana ei ole käytetty yleisen lainkäytön preklusiojärjestelyjä (vrt. OK 25:17.1 ja 30:7.1).

Tällaiset selkeät preklusiotyyppiset säännökset sisältyivät ennen vuoden 2012 hallituksen esitystä myös teollis- ja tekijänoikeusasioiden tuomioistuinkäsittelyä koskevaan työryhmämietintöön vuodelta 2010.<sup>286</sup> Siinä ”pätevän syyn” osalta konkreettisenä esimerkkinä on mainittu tilanne, että asianosainen on vasta jälkikäteen saanut tiedon ulkomaisesta patenttijulkaisusta, joka muodostaa esteen kysymyksessä olevan patentin myöntämiselle.<sup>287</sup> Tällaiseen rekisteröinnin ehdottomaan esteeseen, toisin kuin suositumukseenvaraiseen esteeseen, liittyy kohtuullisen merkittävä yleinen intressi. Työryhmämietinnössä esitetty viittaa siihen, ettei lainvalmistelussa

<sup>284</sup> HE 124/2012 vp, s. 60. Sääntelyn taustoista ks. myös mainitun hallituksen esityksen s. 19–21, 26–27 sekä OM 28/2010, s. 88–100, 214.

<sup>285</sup> HE 124/2012 vp, s. 74.

<sup>286</sup> Ks. OM 28/2010, erit. s. 214, 228.

<sup>287</sup> OM 28/2010, s. 214.



ollut ainakaan täysin sivuutettu hallintoprosessuaalisissa asioissa keskeistä julkisen intressin merkittävyyden asteen asia- ja kysymyskohtaista vaihtelua.

Työryhmämietinnön johdosta annettuja lausuntoja on kuvattu oikeusministeriön lausuntotiivistelmässä 36/2011. Sen mukaan korkein hallinto-oikeus totesi yleisesti, että ehdotettava laki sisältää runsaasti hallintolainkäytölle vieraita piirteitä ja että yleensäkin hallintolainkäyttölain säännöksistä poikkeavia, tiettyjä asiaryhmää koskevia menettelysäännöksiä ei tulisi säätää ilman hyvin perusteltua syytä. Ehdotettuja erityissäännöksiä ei voida pitää tarpeellisina siltä osin kuin ne ilmentävät hallintolainkäyttölain ja siihen pohjautuvan käytännön perusteella jo yleisesti sovellettuja ja jopa itsestään selviä menettelytapoja.<sup>288</sup> Nimenomaisesti ehdotettavaan preklusiosäännökseen korkein hallinto-oikeus ilmoitti suhtautuvansa hyvin varauksellisesti. Lisäksi korkein hallinto-oikeus totesi, että mahdollisista sitä velvoittavista prosessisäännöksistä ei tule säätää oikeudenkäynnistä markkinaoikeudessa annettavassa laissa.<sup>289</sup>

Puheena olevan preklusiosääntelyn perusteeksi esitettyjen perustelujen ja työryhmän ehdotusta kritisoineen korkeimman hallinto-oikeuden näkemysten taustalla vaikuttaisi olleen paitsi yleisiä näkemyseroja suomalaisesta hallintoprosessista ja sen suhteesta siviiliprosessista tuleviin oikeudellisiin siirännäisiin myös käsityseroja teollisoikeudellisten rekisteröintiasioiden luonteesta. Viimeksi mainittua seikkaa koskevasti hallituksen esityksessä on painotettu sitä, että tällaiset asiat ovat erityislaatuisia ja ne poikkeavat tavanomaisista hallintolainkäyttöasioista, koska niissä yksityisen intressi on korostunut ja niissä on usein selkeä kaksiasiansaissuhde.<sup>290</sup>

Yksityisen intressin korostuminen suhteessa julkiseen intressiin tarkoittaa lähinnä rekisteröinnin suostumuksenvaraisia esteitä, kuten tavaramerkkien osalta sekaannusvaaraa, joka poistuu yksityisten välisin sopimuksin (aiemman merkin haltijan rekisteröintisuostumus). Toinen lähestymistapa vaikuttaisi lähtevän siitä, että elinkeinovapautta rajoittavan rekisteröidyn teollisoikeudellisen yksinoikeuden myöntää valtiovalta tarkoituksessa suojata taloudellisia investointeja, ja esimerkiksi patentti voidaan nähdä myös palkkiona yhteiskuntaa hyödyttävästä luovasta työstä. Käytännön tasollakin teollisoikeudellisissa rekisteröintiasioissa on usein kysymys nimenomaan rekisteröinnin ehdottomista esteistä, kuten patentin rekisteröintiä koskevassa asiassa keksinnön objektiivisesta ja absoluuttisesta uutuudesta sekä keksinnöllisyydestä, jotka rekisteröintiä vastustavan asianosaisen

<sup>288</sup> OM 36/2011, s. 50.

<sup>289</sup> OM 36/2011, s. 61.

<sup>290</sup> HE 124/2012 vp, s. 26.

tulisi voida asettaa kyseenalaisiksi missä muutoksenhaun vaiheessa tahan-  
sa löytämillään uusilla esteasiakirjoilla.<sup>291</sup> Tältä osin kysymys on kohtuulli-  
sen merkittävästä yleisestä intressistä ja sen myötä asetelmasta, johon  
preklusiosääntely ei luontevasti sovellu.

MOL 4:13.2:n sanamuoto ”ellei hän saata todennäköiseksi, että hänen  
menettelynsä johtuu pätevistä syistä” ensinnäkin asettaa todistustaakan  
preklusioon murtamiseen pyrkivälle asianosaiselle, toiseksi asettaa näyttö-  
kynnyksen varsin korkealle eli todennäköisyyden tasolle ja kolmanneksi  
asettaa preklusioon murtamisen arvioinnin kohteeksi asianosaisen menet-  
telyn.<sup>292</sup> Tällainen lähestymistapa on ongelmallinen jo erityisesti viimeksi  
todetun kolmannen näkökulman perusteella siinä tilanteessa, kun prekluu-  
sioon murtamisen syynä ei ole asianosaisen menettelyn anteeksianto vaan  
uudesta estejulkaisusta johtuva rekisteröinnin ehdoton este ja siten yleinen  
intressi, tai oikeastaan preklusioon murtamista harkittaessa vasta asian-  
osaisen väite tai parhaimmillaankin tuomioistuimen alustava näkemys täl-  
laisesta esteestä. Mikäli esteen ehdottomuudesta pidetään kiinni, prekluu-  
sio ei saata tulla kysymykseen siinäkään tilanteessa, kun asianosainen on  
tiennyt estejulkaisusta jo pitkään, mutta syystä tai toisesta harkitsee sen  
sopivaksi esittämisen ajankohdaksi ensi vaiheen oikeudenkäynnin loppu-  
puolen tai jatkomuutoksenhaun. Tällainen toiminta tosin harvemmin pal-  
jastuu vastapuolelle, rekisteriviranomaiselle tai tuomioistuimelle, joten  
siihen on vaikea puuttua oikeudenkäyntikuluvastuunkaan.

Markkinaoikeudessa ei liene asetettu MOL 4:13:n mukaisia määräaiko-  
ja. Joko niille ei ole ollut aitoa tarvetta, toisin kuin hallituksen esityksessä  
arvioitiin, tai sitten erityissäännös on ainakin toistaiseksi taipunut perinteis-  
en hallintoprosessuaalisen ajattelutavan edessä. Mahdollista on myös se,  
että säännös on pelkällä olemassaolollaan edistänyt sen tarkoituksen mu-  
kaista asiantilaa estää asianosaisten viivyttelyä. Yleisestikin ottaen pre-  
klusiosääntely toimii ennen muuta vaikuttamalla asiamiesten ja avustajii-  
en asenteisiin.

---

<sup>291</sup> Teollisoikeudellisten rekisteröintiasioiden erityispiirteistä tuomioistuimen näkökul-  
masta ks. Korpela – Sainio 2004, passim; Jääskinen 2008, passim. Ensiksi mainittuun jul-  
kaisuun kirjoittamissaan alkusanoissa silloinen hallintoneuvos Niilo Jääskinen on todennut  
(s. 1), että asiaan liittyvät korkeimman hallinto-oikeuden käytännön erityispiirteet eivät  
ehkä ole laajemmalti tunnettuja edes teollisoikeuksien asiantuntijoiden piirissä. Tältä osin  
voi viitata siihen, että kahdessa alan oppikirjassa hallinnollisen valitusmenettelyn käsittely  
on sangen viittauksenomaista.

<sup>292</sup> Vrt. kahteen ensimmäiseen näkökohtaan liittyvä OK 6:9.2:n muotoilu ”ellei voida olet-  
taa, että hänen menettelynsä johtuu pätevistä syistä”.

## 5.5 Muutetut suojavaatimukset sekä uudet perusteet ja todisteet oikeudenkäynnissä

Teollisoikeudellisissa rekisteröintiasioissa rekisteröinnin hakijat esittävät tuomioistuimessa toisinaan valituksensa ja sen myötä hakemuksensa lopullisen hylkäämisen varalta uusia muutettuja suojavaatimuksia. Mikäli muutetut vaatimukset tarkoittavat suojapiirin kaventumista suhteessa haettuun yksinoikeuteen (esimerkiksi patenttivaatimusten supistaminen taikka tavaramerkin tavara- tai palveluluettelon supistaminen), niiden esittäminen on lähtökohtaisesti sallittua.<sup>293</sup> Mikäli uusia supistettuja suojavaatimuksia ei tutkittaisi tuomioistuimessa ja hakemus muutoin hylättäisiin, uuden rekisteröintihakemuksen esteeksi saattaa olla kertynyt uusia eli siihen nähden aiempia oikeuksia.

Niin ikään asianosaiset saattavat esittää tuomioistuimessa sellaisia oikeustositseikkoja ja todisteita, joita ei ole esitetty rekisteriviranomaisessa.<sup>294</sup> Asian tultua tällä tavoin vasta tuomioistuimessa esitetyn johdosta uuteen tilaan seurauksena saattaa olla instanssijärjestyksestä johtuen asian palauttaminen rekisteriviranomaisen käsiteltäväksi.<sup>295</sup> Oikeudenkäynnin osapuo-

<sup>293</sup> Ratkaisussa KHO 2018:101 on todettu, että uusien muutettujen hyödyllisyysmallin suojavaatimusten esittämisen salliminen asian edettyä valitusasteeseen on jo ratkaisusta KHO 19.9.1997 taltionumero 2294 alkaen ollut täysin vakiintuneen oikeuskäytännön mukaista. Tämä on todettu viimeksi korkeimman hallinto-oikeuden vuosikirjapäätöksessä KHO 2017:96, jossa korkein hallinto-oikeus on kuitenkin katsonut, ettei muutettujen suojavaatimusten esittäminen korkeimmassa hallinto-oikeudessa sinänsä muodosta perustetta valitusluvan myöntämiselle. Esillä olevassa asiassa ei ole kysymys mainitussa vuosikirjapäätöksessä kysymyksessä ollutta tilannetta vastaavasta tilanteesta, sillä uudet muutetut suojavaatimukset on tässä asiassa esitetty jo asiaa markkinaoikeudessa käsiteltäessä. Korkein hallinto-oikeus katsoo kuten markkinaoikeus, että hyödyllisyysmallioikeudesta annettusta laista, Patentti- ja rekisterihallituksesta annetusta laista tai hallintolainkäyttölaista ei johdu estettä uusien muutettujen suojavaatimusten esittämiseksi asian edettyä valitusasteeseen. Asian ei siten voida katsoa pelkästään uusien muutettujen suojavaatimusten esittämisen johdosta muuttuvan hallintolainkäyttölain 27 §:n 2 momentissa tarkoitettulla tavalla toiseksi. Hyödyllisyysmallioikeudesta annetun lain 11 §:n mukaisesti uusien muutettujen suojavaatimusten esittäminen ei voi johtaa siihen, että hyödyllisyysmallioikeus tulisi niiden takia koskemaan jotakin, mikä ei käynyt selville alkuperäisestä hakemuksesta. Hakija ei siten voi suojavaatimuksia muuttamalla laajentaa hyödyllisyysmallioikeuden alaa alkuperäiseen hakemukseen nähden takautuvasti.

<sup>294</sup> Rekisteröintisuostumuksen saaminen tavaramerkkiasioissa voi viedä aikaa varsinkin, jos suostumus vaaditaan useammilta aiempien merkkien haltijoilta, jotka saattavat olla myös ulkomaisia toimijoita. Suostumuksen saaminen voi edellyttää vaikeitakin sopimusneuvotteluita. Niin rekisteriviranomaisessa kuin markkinaoikeudessa on suhtauduttu varsin suopeasti käsittelyn pitkittymiseen tästä syystä.

<sup>295</sup> Ks. edellä mainittu ratkaisu KHO 2013:99 sekä ratkaisut MAO 347/17, MAO 526/19, MAO 265/20 ja MAO 578/20. Ratkaisussa KHO 2019:100 ei kuitenkaan tutkittu valittajan vasta korkeimmassa hallinto-oikeudessa Euroopan unionin tuomioistuimen tuomion jäl-

len vaatimuksesta voi tällöin tulla harkittavaksi oikeudenkäyntikulujen erityistä korvausvelvollisuutta koskevan HOL 96 §:n soveltaminen. Tässä asiaryhmässä, jossa yksityiset oikeudenkäynnin osapuolet ovat usein suhteellisen maksukykyisiä, ei ole samanlaisia pidäkkeitä oikeudenkäynnin pitkittämisestä johtuvan korvausvelvollisuuden määräämiselle kuin monissa muissa hallintoasioissa.

Valituslupajärjestelmän ja uusien suojavaatimusten välisestä suhteesta ratkaisussa KHO 2017:96 on tuotu esiin, että ennen MOL:ssa säädetyn valituslupasäännöksen voimaantuloa 1.9.2013 vakiintuneen käytännön mukaisesti oli muutettujen suojavaatimusten esittäminen ollut mahdollista muutoksenhakuvaiheen aikana myös korkeimmassa hallinto-oikeudessa siten, että se oli ottanut ne ratkaisussaan huomioon. Valituslupasäännöksen voimaantulo muutti tätä lähtökohtaa. Korkein hallinto-oikeus katsoi tältä osin, ettei muutettujen suojavaatimusten esittäminen korkeimmassa hallinto-oikeudessa sinänsä muodostanut perustetta valitusluvan myöntämiselle.

Uuden selvityksen esittämisen mahdollisuus valituslupajärjestelmässä on tavaramerkkiasioissa tyypillisiä rekisteröintisuostumuksia koskevasti ollut käsillä ratkaisussa KHO 2017:158. Siinä valituslupa myönnettiin muun painavan syyn perusteella ja rekisteröintisuostumusten huomioon ottaminen johti rekisteröinnin esteiden poistumiseen. Siitä, että valittaja päätyy esittämään rekisteröintisuostumuksen vasta tuomioistuimessa, seuraa valittajalle kustannuksia nykyään varsin korkean oikeudenkäyntimaksun muodossa.

## 6 LOPUKSI

Siviiliprosessuaalisessa oikeuskirjallisuudessa suhtautuminen preklusion tarpeeseen on ollut kaksijakoista. On esitetty, että sitä ilmankin voitaisiin pärjätä,<sup>296</sup> mutta toisaalta on esitetty, että uusi juristisukupolvi voisi olla valmis soveltamaan tiukempaakin preklusiota, jossa myös todistusteemat prekludoituisivat, koska ammattimaisesti toimivilta asiamiehiltä voidaan ja pitää edellyttää teemojen asianmukaista yksilöintiä.<sup>297</sup> On myös esitetty,

---

keen esittämiä vaatimuksia, joiden mukaan alun perin väritavaramerkiksi rekisteröitäväksi haettu tavaramerkki olisi tullut rekisteröidä toissijaisesti sijaintitavaramerkkinä tai kolmassijaisesti kuviotavaramerkkinä. Korkein hallinto-oikeus katsoi, että valittajan korkeimmassa hallinto-oikeudessa tois- tai kolmassijaisesti esittämissä vaatimuksissa ei ollut kysymys oikeuskäytännössä hyväksytyistä vähäisistä muutoksista tai täsmennyksistä. Tällaisia vaatimuksia ei voitu hallintolainkäyttölain 27 §:n 1 momentin nojalla tutkia.

<sup>296</sup> Ks. Vaitoja 2014, s. 489–490.

<sup>297</sup> Ks. Saranpää 2014, s. 719–720. Tapanila 2021, s. 331–333 vaikuttaisi pitävän teema-

että hovioikeusvaiheessa teemapreklusio on puollettavissa vielä painavammilla argumenteilla.<sup>298</sup> Erimielisyyttä ei sitä vastoin ole ollut siitä, että preklusiouhka vaikuttaa myönteisesti vastapuolena olevan asianosaisen oikeusturvaan estäessään lähtökohtaisesti asianosaista muuttamasta vetoamisperusteitaan. Myös hovioikeuspreklusion suurin etu liittyy vastapuolen oikeusturvaan, sillä prosessin laajeneminen muutoksenhaussa vaihtoehtoihin tosiseikkaperusteisiin olisi usein vastapuolen näkökulmasta kohutuutonta.<sup>299</sup>

Pertti Välimäki on asianajaja- ja tuomarikokemuksensa perusteella pikemminkin puoltanut preklusion tiukentamista kuin siitä luopumista siitä huolimatta, miten hän on nähnyt suomalaisen oikeudenkäynnin tason: ”Olennainen ongelma suomalaisessa oikeudenkäynnissä on huono juridinen osaaminen. Aineellista ja menettelyllistä oikeutta osataan huonosti. Välillä näyttää siltä, että juttuja ei osata eikä aina välitetä ajaa eikä ratkaista juridiikka edellä. Poikkeukset ilahduttavat aina. Vain hyvä koulutus voi parantaa osaamista pysyvämmiin, mutta koulutuksen pitää olla jatkuvaa.”<sup>300</sup> Kun osaamisen taso tai ainakin käytännön toiminta on epäilemättä Välimäen esittämän suuntaista ja asianajokulut nykyisilläänkin toimintatavoilla korkeat, siviiliprosessuaalisen preklusion tiukentaminen on ongelmallista.<sup>301</sup>

Myös hallintoprosessissa esiintyvä viivytelyä prosessitoimien suorittamisessa. Hallintoprosessissa lähdetään siitä, että yksityisen asianosaisen tulisi voida yleensä hoitaa asiansa hallintotuomioistuimessa itse ilman asianajajaa tai muuta asiamiestä. Ero siviiliprosessiin on tässä suhteessa olennainen. Silloin, kun hallintoprosessissa on kysymys muutoksenhausta viranomaisen päätökseen, vaatimusten riittävän selkeä esittäminen ei tuotane maallikollekaan yleensä vaikeuksia, mutta vaatimusten perustelujen ja niihin liittyvän näytöllisen selvityksen esittämisessä tilanne on usein toinen.<sup>302</sup> Kun otetaan huomioon, että yksityisten asianosaisten tiedot hallintolainkäytöllisessä muutoksenhaussa tehokkaasti käytettävissä olevista

---

preklusion soveltamisen laajentamista nykyistenkin säännösten puitteissa mahdollisena, mikäli siitä informoitaisiin asianosaisia jo valmistelussa.

<sup>298</sup> Ks. Tapanila 2021, s. 332.

<sup>299</sup> Ks. Vaitoja 2014, s. 490.

<sup>300</sup> Ks. Välimäki 2016, s. 348–349.

<sup>301</sup> Sinänsä on epäselvää, lisääkö vai vähentääkö nykyinen preklusiosääntely oikeudenkäyntikuluja laajoissa riita-asioissa. Ks. Oikeusministeriön julkaisu 2021:16, s. 91–93.

<sup>302</sup> Savola 2022, s. 359 on korkeimman hallinto-oikeuden esittelijän näkökulmasta siellä muutoksenhaun kohteena olevien päätösten perusteella todennut, että asianosainen saattaa vedota joihinkin tosiseikkoihin, mutta ei esitä niistä asiakirjatodistelua tai asiakirjatodistelu ei ole parasta mahdollista. Tosiseikkojen selvittäminen jää usein siihen, ja asianosainen tällaisessa tilanteessa melko usein häviää asian sen vuoksi, että asiassa ei ole esitetty riittävää tai uskottavaa selvitystä kyseisistä tosiseikoista.

prosessitoimista ja asian käsittelystä hallintotuomioistuimissa muutoinkin ovat hyvin vajavaiset,<sup>303</sup> vaatimusten perusteluja sekä todistelua ja muuta selvitystä koskevan preklusiosääntelyn käyttöönotto hallintoprosessissa olisi ongelmallista.<sup>304</sup> Lisäksi preklusiosääntelyn hyväksyttävyyttä edellyttäisi tuomioistuimelta kykyä ja halua informatiiviseen prosessinjohtoon.<sup>305</sup>

Toinen, prosessisubjektien toimintaan liittymätön syy preklusiosääntelyn ongelmallisuudelle hallintoprosessissa on asioiden indispositiivisuus, joskin yleisen intressin luonne ja merkittävyys vaihtelevat asiaryhmä- ja asiakohtaisesti. On siis asiaryhmiä, joissa tarve virallisvalvontaisuudelle on jokseenkin vähäinen ja joihin preklusioon voisi ulottaa.<sup>306</sup> Toisaalta preklusioon ulottaminen tosiseikkojen selvittämiseen olisi periaatteellisessa ristiriidassa sen kanssa, että hallintotuomioistuin voi varsin vapaasti selvittää niitä oma-aloitteisestikin. Tässä yhteydessä on syytä painottaa sitä, että siviiliprosessissa varsinainen preklusio ei koske käräjäoikeudessa indispositiivisia asioita eikä preklusiolla näissä asioissa muutoksenhaussa hoivioikeudessakaan ole kovin merkittävää käyttöalaa. Tämä johtuu keskeisesti siitä, että virallisvalvontaisissa asioissa pyritään aineelliseen totuuteen. Sen vuoksi OK 17:7:n mukaan tuomioistuin saa omasta aloitteestaan päättää hankittavaksi todisteita riita-asiassa, jossa sovinto ei ole sallittu.

<sup>303</sup> Myös viranomaisen prosessuaalinen ymmärrys ja käsitys tehtävistään oikeudenkäynnin osapuolena saattaa olla hyvinkin puutteellinen.

<sup>304</sup> Koulu 2012, s. 272 on todennut, että preklusio näyttää hallintoprosessissa torjuttavalta, koska se kääntyisi yksityistä kansalaista vastaan ja vahvistaisi näin viranomaisen valmiiksi ylivoimaista asemaa.

<sup>305</sup> Sinänsä myös valituslupajärjestelmän laajentuminen hallintolainkäyttöasioissa, jotta oikeusturvan taso ei yksittäistapauksellisesti tarpeettomasti alene, edellyttää alemman asteen hallintotuomioistuimilta aiempaa aktiivisempaa prosessinjohtoa. Ruotsissa vuonna 2014 tehdyn Riksrevisionen-selvityksen johtopäätösten (RiR 2014:6, s. 95–96) mukaan yksityisten informointi asian käsittelystä hallinto-oikeudessa on riittämätöntä: ”Riksrevisionens granskning visar att den information och stöd som en enskild som överklagat ett beslut till förvaltningsrätten får är otillräckligt.” – ”Granskningen visar att den klagande i första hand vill ha information om vad som händer i *det egna målet*.” – ”Granskningen har också visat att klagande inte alltid förstår sin roll i processen. Det är till exempel inte alltid tydligt för den klagande att den är en del i en tvåpartsprocess där myndigheten som fattat det överklagade beslutet är motpart. Många klagande förväntar sig också att bli kontaktade av förvaltningsrätten.” – ”Bristande information till den som överklagar riskerar enligt Riksrevisionen att leda till minskad legitimitet för såväl processen som för domen i målet.”

<sup>306</sup> Julkisia hankintoja koskevien oikeudenkäyntien tehostamisen osalta valtiovarainministeriön asettama selvityshenkilö Leena Halila on syksyllä 2021 julkaistussa raportissaan esittänyt muun ohella harkittavaksi ”uusien valitusperusteiden” esittämisen kieltämistä samaan tapaan kuin kuntalaissa on säädetty ja myös lainsäädännön selkeyttämisen tarvetta, joka liittyy ”uusien perustelujen” esittämismahdollisuuteen. Ks. Valtiovarainministeriön julkaisuja 2021:47, s. 94–95. Raportissa on myös todettu, että oikeudenkäynnin pitkittämisestä koskevalla HOL 96 §:n oikeudenkäyntikuluseännöksellä on tarpeen mukaan perusteltua olla käyttöalaa julkisten hankintojen valitusjärjestelmässä (s. 117).

Kolmas ongelmakohta preklusiosääntelyn käyttöönotolle hallintoprosessissa on itse oikeudenkäyntimenettelyn vaiheettomuus, joka koskee myös niitä tilanteita, joissa asiassa järjestetään suullinen käsittely, koska oikeudenkäyntiaineisto ei rajaudu siellä esitettyyn, vaan suullisessa käsittelyssä esitetty selvitys on vain muuta selvitystä täydentävää. Näin ollen ainakaan nykyisen kaltaisessa heikosti vaiheistetussa hallintoprosessissa on vaikea löytää luontevaa paikkaa vaatimusten perusteluja ja niihin liittyvää näytöllistä selvitystä koskevan preklusion oikeusvaikutusten alkamiselle. Lähinnä kyseeseen voisi tulla tavanomaisessa valitusasiassa vastaselityksen antamiselle varatun määräajan päättymisen.

Lisäaineiston esittämisen rajoittamista koskeva HOL 46 § ei ole varsinainen preklusiosäännös, eikä sen tarkoituksena edes ole oikeudenkäynnin jätnevöttäminen vaan ainoastaan ratkaisukypsän päätöksen antamisen turvaaminen jatkuvalla kirjelmöinnillä. Säännös on sinänsä hyödyllinen, mutta sen käyttötarve on jokseenkin vähäinen. Myöskään ulkomaalaislain vastaavanlaiselle säännökselle ei ilmeisesti ole ollut juuri käyttöä.<sup>307</sup>

Kuntalain 135.3 §:n preklusiivinen rajoitus, siltä osin kuin se tulee sovellettavaksi asianosaisvalituksissa, on ajoituksestaan ja ehdottomuudestaan johtuen asianosaisvalittajan oikeusturvaa vaarantava. Asia on ollut tiedossa jo pitkään. Tällainen sääntely tulisi saada korvatuksi hallintovalitusta vastaavalla sääntelyllä, joka mahdollistaisi hallinto-oikeudelle tavanomaisen aineellisen prosessin johdon valittajan vaatimusten ja erityisesti niiden perustelujen selvittämiseksi. Joka tapauksessa muutoinkin kuin asianosaisen oikeusturvan näkökulmasta kuntalain 135 §:n rakenne sekä hyvin epäinformatiiviset sanamuodot tulisi uudistaa siten, että myös maalikko voisi ymmärtää pykälän sisällön pelkästään sen lukemalla.

Erityisesti tavaramerkkirekisteröintien kumoamista sekä menettämistä ja mitätöintiä koskeviin hallinnollisiin menettelyihin muutoksenhakuineen liittyy epäselvää preklusioluonteista sääntelyä ja ohjeistusta. Näitä järjestyksiä joudutaan todennäköisesti ennemmin tai myöhemmin arvioimaan tuomioistuimissa. Immateriaalioikeudellisessa lainvalmistelussa olisi syytä pohtia preklusiota – sekä tarvetta sille että siitä säätämisen tapaa – aikaisempaa perusteellisemmin sääntelyn täsmällisyyden sekä hallintomenettelyn ja hallintolainkäytön kattavan instanssijärjestyksellisen kokonaisuuden näkökulmasta. Ainakin toistaiseksi kansallisella lainsäätäjällä on preklusiojärjestelyihin liittyvää liikkumavaraa.

Teollisoikeudellisia rekisteröintiasioita koskevissa oikeudenkäynneissä vaikuttaisi pärjätyn kohtuullisen hyvin ilman MOL:iin otetun siviiliproses-

<sup>307</sup> Ks. Saukko 2020, s. 330, alaviite 15.

sista vaikutteita saaneen preklusiosääntelyn soveltamistakin. Sinänsä on mahdollista, että patenti- ja hyödyllisyysmalliasioissa uusia suojavaatimusasetelmia esitetään lähinnä vain tarkoituksessa pitkittää oikeudenkäyntiä. Nähdäkseni ei ole poissuljettua, etteikö kehoitusperusteisen ja siihen liittyen avointa prosessinjohtoa edellyttävän MOL 4:13:n soveltamiselle voisi olla joissakin tilanteissa perusteita jo hallintoprosessin nykyisessäkin kehitysvaiheessa.<sup>308</sup> Kysymykseen tulisivat lähinnä ne tilanteet, joihin ei liity välitöntä yleistä intressiä. On myös syytä huomata, että tässä asiaryhmässä mahdollisesta oikeudenkäynnin pitkittämisestä aiheutuvia ongelmia voidaan yrittää hallita oikeudenkäyntikuluvastuin ja siihen liittyen etupainotteisin prosessinjohtollisin keskusteluin.

---

<sup>308</sup> Oma kysymyksensä on se, estyvätkö markkinaoikeuden MOL 4:13:n perusteella asettaman preklusion oikeusvaikutukset jatkomuutoksenhaussa jo siksi, että MOL 7:3:ssä ei ole nimenomaisesti säädetty tällaisesta oikeusastejärjestyksellisestä mekanismista.



# LÄHTEET

## Kirjallisuus

- Aer, Janne, Oikeussuojan ulottuvuus hallinnossa: hallintolainkäytön antaman oikeussuojan merkitys viranomaistoiminnan auktoriteetin kannalta. Kauppakaari 2000.
- Aer, Janne, Vaatimusten perustelut hallintoprosessissa. *Defensor Legis* 5/2008, s. 759–773.
- Aer, Janne, Tuomioistuimen selvittämisvastuu ja suullinen käsittely hallintoprosessissa. *Defensor Legis* 5/2009, s. 761–774.
- Aer, Janne, Lastensuojeluoikeus. Lapsi- ja perhekohtaisen lastensuojelun oikeudelliset perusteet. 1. painos. Sanoma Pro 2012.
- Blomberg, Jesper – Södergren, Patrik, Förvaltningsprocesslagen. En kommentar. Norstedts Juridik 2020.
- Drockila, Lauri, Kollisiotilanteista tavamerkkioikeudessa. *Lakimies* 1979, s. 648–656.
- Haapaniemi, Matti, Virallisperiaate tuloverotuksessa ja tuloveroprosessissa. Tutkimus viranomaisaloitteisuutta osoittavien normien synnystä ja kehityksestä. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2001.
- Haarmann, Pirkko-Liisa, Immateriaalioikeus. 5., uudistettu painos. Talentum 2014.
- Halila, Jouko – Ylöstalo, Matti, Saamisen lakkaamisesta. Luentojakso. Neljäs korjattu painos. Lainopillisen ylioppilastiedekunnan kustannustoimikunta 1979.
- Halila, Leena, Hallintolainkäyttömenettelyn oikeusturvatakeista. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2000.
- Halila, Leena – Aer, Janne, Oikaisumenettely hallinnossa. 1.–2. painos. WSOYpro 2014.
- Hallberg, Pekka – Ignatius, Pirkko – Kanninen, Heikki, Hallintolainkäyttölaki. Kauppakaari 1997.
- Hannus, Arno – Hallberg, Pekka – Niemi, Anne E., Kuntalaki. 4., uudistettu painos. WSOYpro 2009.
- Harjula, Heikki – Prättälä, Kari, Kuntalaki – Taustat ja tulkinat. 10., uudistettu painos. Alma Talent 2019.
- Havansi, Erkki, Määräajat ja oikeudenkäynti. Tutkimus prosessiliitännäisistä määräajoista. WSOY Lakitieto 2004.
- Havansi, Erkki, Korkein oikeus ja prosessinedellytykset, s. 273–294 teoksessa *Da mihi factum, dabo tibi ius. Korkein oikeus 1809–2009*. WSOYpro 2009.
- HelHO-laatuhanke 2011, Oikeudenkäyntikulut. Helsingin hovioikeuspiirin laatuhanke 2011. Työryhmän raportti.
- HelHO-laatuhanke 2012, Prosessinjohtoon ja tuomioistuinkäytäntöjen yhtenäisyys Helsingin hovioikeuspiirissä. Helsingin hovioikeuspiiriin käräjäoikeuspainotteinen laatuhanke 2012.
- Helenius, Dan – Linna, Tuula, Siviili- ja rikosprosessioikeus. Alma Talent 2021.
- Hemmo, Mika, Tarpeellinen asianajotilaisuus, preklusio ja oikeus suulliseen käsittelyyn – välimiesten harkintavallasta uuden kotimaisen oikeuskäytännön valossa. *Liikejuridiikka* 3/2018, s. 42–65.

- Jokela, Antti, Oikeudenkäynnin asianosaiset ja valmistelu. Oikeudenkäynti II. Kolmas, uudistettu painos. Talentum 2012.
- Jokela, Antti, Pääkäsitely, todistelu ja tuomio. Oikeudenkäynti III. Toinen, uudistettu painos. Talentum 2015.
- Jokela, Antti, Oikeudenkäyntikulut ja maksuton oikeusapu. 2., uudistettu painos. Alma Talent 2019.
- Jokela, Antti, Hovioikeusmenettely. 3., uudistettu painos. Alma Talent 2022. (e-kirja)
- Jukarainen, Heikki, Hallintopäätöksen perusteluiden riittävyys muutoksenhaun näkökulmasta, s. 17–32 teoksessa toim. Mirjami Paso – Petri Saukko – Matti Tolvanen, Iura novit curia, Juhlakirja Veijo Tarukannel. Edita 2013.
- Jääskinen, Niilo, Immateriaalioikeusasiat korkeimmassa hallinto-oikeudessa, s. 220–234 teoksessa Korkein hallinto-oikeus 90 vuotta – Högsta förvaltningsdomstolen 90 år, 2008.
- Kaisto, Janne, Uusiin seikkoihin vetoaminen ja kanteenmuutoskielto. Defensor Legis 5/2013, s. 764–785.
- Kallio, Mirka, Kunnallisvalitusinstituution funktiot. Kunnallisvalitukset KHO:n ratkaisutoiminnassa. Korkeimman hallinto-oikeuden tutkimusjulkaisuja 3, 2003.
- Kellas, Sebastian – Vuokila, Ulla, Uuden hallintoprosessilain vaikutus muutoksenhakuun verotuksessa. Verotus 3/2019, s. 330–345.
- Koivuluoma, Anu – Paso, Mirjami – Saukko, Petri – Tarukannel, Veijo – Tolvanen, Matti, Hallintolainkäyttö. 2. uudistettu painos. Alma Talent 2020.
- Korpela, Maunu M. – Sainio, Mika, Korkeimman hallinto-oikeuden teollisoikeudellisia ratkaisuja. Katsaus vuosien 1999–2003 teollisoikeudellisiin asioihin. Korkeimman hallinto-oikeuden tutkimusjulkaisuja 4, 2004.
- Koulu, Risto, Lainkäyttöä vai hallintolainkäyttöä? Lakimiesliiton Kustannus 2012.
- Koulu, Risto, Sosiaaliturvan muutoksenhakulautakunta lainkäyttäjänä. OSA 2: SOVELLUKSET. Conflict Management 2015.
- Koulu, Risto – Turunen, Santtu, Välimieslainkäyttö, s. 1292–1329 teoksessa Mikko Vuorenpää ym., Prosessioikeus. Kuudes, uudistettu painos. Alma Talent 2021.
- Kulla, Heikki, Menettelyvirheen vaikutuksista, s. 167–177 teoksessa Juhlakirja Pekka Hallberg 1944 – 12/6 – 2004. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2004.
- Kulla, Heikki – Salminen, Janne, Hallintomenettelyn perusteet. 11., uudistettu painos. Alma Talent 2021.
- Kulmala, Samuli, Oikeuden väärinkäytön kielto ja oikeudenkäyntikulusanktionsäännökset. Defensor Legis 6/2018, s. 891–907.
- Kuusikko, Kirsi, Esteellisyys hallinnossa. Alma Talent 2018.
- Kuusikko, Kirsi – Lindroos, Mikko – Lohiniva-Kerkelä, Mirva, Kuntien ja maakuntien muutoksenhakujärjestelmien kehittäminen. Valtioneuvoston selvitys- ja tutkimustoiminnan julkaisusarja 2019:40.
- Kuusiniemi, Kari, Kunnallisvalitus, uudet valitusperusteet ja EU-oikeus, s. 233–249 teoksessa Avoin, tehokas ja riippumaton. Olli Mäenpää 60 vuotta juhlakirja. Edita 2010.
- Kuusiniemi, Kari, Hallintoviranomaisen ja tuomioistuimen roolit – harkintavalta, erityisasiantuntemus, valituslupajärjestelmä, s. 187–209 teoksessa Pekka Vihervuori 1950 – 25/8 – 2020. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2020.

- Lappalainen, Juha, Alioikeusuudistus 1987–1993. Alioikeuksien yhtenäistäminen ja uusi oikeudenkäyntimenettely riita-asioissa. Kolmas, uudistettu painos. Lakimiesliiton Kustannus 1994.
- Lappalainen, Juha, Tuomarin esteellisyyttä koskevan kysymyksen käsittelystä, s. 271–288 teoksessa toim. Risto Haavisto, Matkalla pohjoiseen. Professori Jyrki Virolaisen juhla-kirja 26.2.2003. Lapin yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta 2003.
- Lappalainen, Juha – Hupli, Tuomas, Kanne ja vastine siviiliproseussa, s. 499–537 ja Siviilijutun käsittely, s. 973–1046 teoksessa Mikko Vuorenpää ym., Prosessioikeus. Kuudes, uudistettu painos. Alma Talent 2021.
- Lavin, Rune, Förvaltningsprocessrätt. Fjärde upplagan. Norstedts Juridik 2020.
- Leppänen, Tatu, Riita-asian valmistelu todistusaineiston osalta. Prosessioikeudellinen tutkimus. Suomalainen Lakimiesyhdistys 1998.
- Linna, Tuula, Hakemuslainkäyttö – hakemusasioiden käsittely käräjäoikeuksissa. 2., uudistettu painos. Alma Talent 2022.
- Linna, Tuula, Kanteenmuutoskielto, preklusio ja oikeusvoima – prosessioikeuden klassikkoja. Lakimies 3–4/2015, s. 339–366.
- Mattila, Jukka, Oikeudenmukainen oikeudenkäynti hallintotuomioistuimissa, s. 278–293 teoksessa Korkein hallinto-oikeus 90 vuotta – Högsta förvaltningsdomstolen 90 år, 2008.
- Merikoski, V., Hallinto-oikeuden oikeussuojajärjestelmä. Toinen uusittu painos. Lainopillisen Ylioppilastiedekunnan Kustannustoimikunta 1968.
- Myllymäki, Riitta – Torkkel, Stiina (toim.), Muutoksenhakuopas 2020. Suomen Kuntaliitto 2020.
- Myrsky, Matti – Räbinä, Timo, Verotusmenettely ja muutoksenhaku. 7., uudistettu painos. Talentum 2015.
- Mäenpää, Olli, Kunnallisvalitus, kansalaisten itsehallinto ja valitusviranomaisen toimivalta, s. 145–154 teoksessa Juhlajulkaisu Aarne Nuorvala 1912 – 18/4 – 1982. Suomalainen Lakimiesyhdistys 1982.
- Mäenpää, Olli, Hallintoprosessioikeus. 2. uudistettu painos. WSOYpro 2007.
- Mäenpää, Olli, Hallinto-oikeus. 1. painos. Sanoma Pro 2013.
- Mäenpää, Olli, Hallinto-oikeus. 2., uudistettu painos. Alma Talent 2018.
- Mäenpää, Olli, Oikeudenkäynti hallintoasioissa. Hallintoprosessioikeuden perusteet. Alma Talent 2019.
- Mäkinen, Eija, Kunnallisvalituksen tulevaisuus, s. 251–259 teoksessa Avoin, tehokas ja riippumaton. Olli Mäenpää 60 vuotta juhla-kirja. Edita 2010. (Mäkinen 2010a)
- Mäkinen, Eija, Kunnallisvalitus. Kiusantekoa vai tarpeellista valvontaa ja oikeusturvaa? Edita 2010. (Mäkinen 2010b)
- Mäkinen, Eija, Kiusantekovalitukset valitusoikeuden rajoittamisen perusteluina, s. 253–267 teoksessa Pekka Vihervuori 1950 – 25/8 – 2020. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2020.
- Määttä, Tapio, Lakien väliset suhteet oikeudellisen ratkaisun teorian haasteena: ristiriitajattelusta yhteensovittamismalliin. Lakimies 2/2013, s. 171–191.
- Nenonen, Anne, Oikeussuoja hankintalakien ulkopuolelle jäävissä hankinnoissa. Forum Iuris 2014.
- Pekkala, Elise – Pohjonen, Mika – Huikko, Katariina – Ukkola, Markus, Hankintojen kilpailuttaminen ja sopimusehdot. 8., uudistettu laitos. Tietosanoma 2019.

- Pellonpää, Matti – Gullans, Monica – Pölönen, Pasi – Tapanila, Antti, Euroopan ihmisoikeus-sopimus. 6., uudistettu painos. Alma Talent 2018.
- Pere, Ilkka, Kansalaisuusasioista korkeimmassa hallinto-oikeudessa, s. 351–368 teoksessa Korkein hallinto-oikeus 90 vuotta – Högsta förvaltningsdomstolen 90 år, 2008.
- Pesonen, Markku, Kunnallisvalituksen valitusperusteista. Lakimies 7–8/1995, s. 1442–1457.
- Pihlajarinne, Taina – Alén-Savikko, Anette, Immateriaalioikeudet, s. 877–991 teoksessa Seppo Villa ym. Yritysoikeus. Neljäs, uudistettu painos. Alma Talent 2020.
- Pikkujämsä, Mikko, Asianajajan ajatuksia hallintoprosessista. Defensor Legis 6/2014, s. 881–894.
- Pikkujämsä, Mikko, Rooliperiaatteista hallintoprosessissa. Lakimies 3–4/2021, s. 528–555.
- Pohjolainen, Teuvo – Tarukannel, Veijo, Hallinnon oikeussuojajärjestelmän kehittämisen tarpeesta. Defensor Legis 6/2004, s. 1113–1123.
- Rautio, Jaakko – Frände, Dan, Todistelu. Oikeudenkäymiskaaren 17 luvun kommentaari. 2., uudistettu painos. Edita 2020.
- RHO-laatuhanke 2015, Oikeudenkäynti riita-asioissa. Käsittelijän opas. Rovaniemen hovioikeuspiiriin tuomioistuinten laatuhankeen julkaisu 2015.
- Ribbing, Michaela, Förvaltningsprocessen och rättegångsbalken. Jure Förlag 2018.
- Ribbing, Michaela, Förvaltningsprocessens karaktärsdrag och rättegångsbalkens betydelse för förvaltningsprocessen. Förvaltningsrättslig tidskrift 2021 (häfte 3), s. 495–513.
- Räty, Tapio, Lastensuojelulaki – Käytäntö ja soveltaminen. 4., uudistettu painos. Edita 2019.
- Saarenola, Satu, Oikeudenkäyntikulut ja kohtuullisuus. Tutkimus kulujen jakautumisesta taloudellisesti tai muutoin eriarvoisten asianosaisten kesken. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2017.
- Saranpää, Timo, Teemapreklusiosta dispositiivisessa riita-asiassa. Lakimies 5/2014, s. 699–721.
- Sarvilinna, Sami, Kunnan päätös palvelussuhdeasiassa. Edilex 2020/7. Julkaistu 10.2.2020. [www.edilex.fi/artikkelit/20553](http://www.edilex.fi/artikkelit/20553).
- Sarvilinna, Sami, Kunnan kiinteistönluovutusten oikeudellinen valvonta. Lakimies 3–4/2021, s. 556–591.
- Saukko, Petri, Prosessiasetelmat ja kontradiktorisuus hallintoprosessissa. Defensor Legis 3/2020, s. 324–342.
- Savola, Pekka, Valitusluvasta ja yksilöllisen oikeusturvan toteutumisesta hallintoprosessissa. Lakimies 2/2022, s. 341–367.
- Siitari-Vanne, Eija, Hallintolainkäytön tehostaminen. Tutkimus hallintolainkäytön organisaatio- ja prosessisäännösten kehittämistarpeista. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2005.
- Silenti, Timo, Tuomioistuimen toimivallan riippuvuus asianosaisten vaatimuksesta hallintolainkäytössä. Lakimies 1984, s. 373–387.
- Sippo, Jukka – Välimaa, Asko, Siviiliprosessin muutetut säännökset. Talentum 2003.
- Tapanila, Antti, Tuomarin esteellisyys. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2007.
- Tapanila, Antti, Kontradiktorisuus syytetyin oikeutena. Tietosanoma 2019.
- Tapanila, Antti, Siviiliprosessi. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2021.
- Tarkka, Anna-Stiina, Selvitysvelvollisuus ja todistustaakka – vertailevia näkökohtia hallinto- ja siviiliprosesseista. Lakimies 3–4/2015, s. 508–532.

- Tarukannel, Veijo, Hallintoriita muutoksen tuulissa, s. 410–426 teoksessa Juhlakirja Pekka Hallberg 1944 – 12/6 – 2004. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2004.
- Tarukannel, Veijo – Jukarainen, Heikki, Oikeudenkäynti hallintotuomioistuimessa. Tampereen yliopiston julkisoikeuden laitos 1999.
- Tarukannel, Veijo – Tolvanen, Matti, Asian selvittäminen ja todistelu riita-asioissa ja hallintolainkäytössä – mikä yhdistää ja mikä erottaa? Lakimies 6/2010, s. 931–953.
- Tirkkonen, Tauno, Suomen siviiliprosessioikeus I. Toinen, uusittu painos. Werner Söderström Osakeyhtiö 1974.
- Tolonen, Hannele, Lapsi, perhe ja tuomioistuin. Lapsen prosessuaalinen asema huolto- ja huostaanotto-oikeudenkäynneissä. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2015.
- Tolvanen, Matti, Näytön hankkiminen ja arviointi veroprosessissa ja rikosprosessissa – yhtäläisyyksiä ja eroja, s. 347–360 teoksessa Vero ja finanssi. Juhlakirja Matti Myrsky 60 vuotta. Toim. Altti Miehö. Edita 2013.
- Vaitoja, Jari, Väittämistaakka, tuomarin kyselyvelvollisuus ja pakottavaan yksityisoikeudelliseen sääntelyyn perustuvien vaatimusten tutkiminen siviiliprosessissa. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2014.
- Vaitoja, Jari, Sosiaaliasioiden muutoksenhakulautakunnat – riippumattomia tuomioistujia vai hallinnon sisäisiä lainkäyttäjiä? Conflict Management 2016.
- Vihervuori, Pekka, Totuudesta hallintolainkäytössä, s. 494–510 teoksessa Juhlakirja Pekka Hallberg 1944 – 12/6 – 2004. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2004.
- Virolainen, Jyrki, Materiaalinen prosessinjohto. Lakimiesliiton Kustannus 1988.
- Virolainen, Jyrki – Vuorenpää, Mikko, Prosessin päälajit ja tehtävät, s. 59–80 ja Prosessioikeuden oikeuslähteet, normit ja peruskäsitteet, s. 81–83 ja 86–113 teoksessa Mikko Vuorenpää ym., Prosessioikeus. Kuudes, uudistettu painos. Alma Talent 2021.
- Välämäki, Pertti, Preklusiosta korkeimmassa oikeudessa, s. 289–355 teoksessa Oikeustiede Jurisprudentia XLIX. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen vuosikirja 2016.

## Virallislähteet

- Finansdepartementet 2020, En effektivare överprövning av offentliga upphandlingar (utkast till lagrådsremiss). Publicerad 29 december 2020.
- Halila, Leena, Professori Leena Halilan 19.4.2016 päivätty lausunto eduskunnan perustuslakivaliokunnalle – HE 32/2016 vp. Hallituksen esitys laeiksi ulkomaalaislain ja eräiden siihen liittyvien lakien muuttamisesta.
- HE 15/1990 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle riita-asiain oikeudenkäyntimenettelyn uudistamista alioikeuksissa koskeväksi lainsäädännöksi.
- HE 191/1993 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle oikeudenkäyntikulujen korvaamista koskevien säännösten muuttamisesta.
- HE 82/1995 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle rikosasioiden oikeudenkäyntimenettelyn uudistamista alioikeuksissa koskeväksi lainsäädännöksi.
- HE 217/1995 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi hallintolainkäytöstä ja siihen liittyväksi lainsäädännöksi.

- HE 72/2002 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle hallintolaiksi ja laiksi hallintolainkäyttölain muuttamisesta.
- HE 226/2009 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle laeiksi hallintolain ja hallintolainkäyttölain muuttamisesta.
- HE 124/2012 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle markkinaoikeutta ja oikeudenkäyntiä markkinaoikeudessa koskevaksi lainsäädännöksi.
- HE 104/2014 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi vakuutuslainsäädännön muuttamisesta.
- HE 268/2014 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle kuntalaiksi ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi.
- HE 32/2016 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi ulkomaalaislain ja eräiden siihen liittyvien lakien muuttamisesta.
- HE 29/2018 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi oikeudenkäynnistä hallintoasioissa ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi.
- HE 201/2018 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle tavaramerkkilain ja siihen liittyviksi laeiksi sekä tavaramerkkioikeudesta tehdyn Singaporen sopimuksen hyväksymiseksi ja voimaansaattamiseksi.
- HE 61/2019 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi kuntalain 142 ja 144 §:n ja pienten erillisten alueiden siirtämisestä kunnasta toiseen kuntaan annetun lain muuttamisesta.
- HE 241/2020 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle hyvinvointialueiden perustamista ja sosiaali- ja terveydenhuollon sekä pelastustoimen järjestämisen uudistusta koskevaksi lainsäädännöksi sekä Euroopan paikallisen itsehallinnon peruskirjan 12 ja 13 artiklan mukaisen ilmoituksen antamiseksi.
- HE 64/2022 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi kansalaisuuslain muuttamisesta.
- Helsingin hallinto-oikeuden 7.1.2019 päivätty lausunto eduskunnan lakivaliokunnalle H 00627/18 – HE 29/2018 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi oikeudenkäynnistä hallintoasioissa ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi.
- Korkeimman hallinto-oikeuden 70-vuotisjuhlamuistio – Högsta förvaltningsdomstolens 70-årsjubileumspromemoria, s. 292–302 julkaisussa Korkeimman hallinto-oikeuden vuosikirja 1988, B-osa.
- Korkeimman hallinto-oikeuden 27.4.2011 päivätty lausunto dnro H 68/11 Prosessityöryhmän mietinnöstä, joka koskee oikeudenkäyntiä hallintoasioissa (Oikeusministeriön mietintöjä ja lausuntoja 4/2011).
- Korkeimman hallinto-oikeuden 26.4.2016 päivätty lausunto eduskunnan lakivaliokunnalle – HE 32/2016 vp. Hallituksen esitys laeiksi ulkomaalaislain ja eräiden siihen liittyvien lakien muuttamisesta.
- LaVM 6/2001 vp. Lakivaliokunnan mietintö – HE 78/2000 vp. Hallituksen esitys tuomarin esteellisyyttä kokevaksi lainsäädännöksi.
- LaVM 18/2018 vp. Lakivaliokunnan mietintö – HE 29/2018 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi oikeudenkäynnistä hallintoasioissa ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi.
- LaVL 34/2018 vp. Lakivaliokunnan lausunto – HE 201/2018 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle tavaramerkkilain ja siihen liittyviksi laeiksi sekä tavaramerkkioikeudesta tehdyn Singaporen sopimuksen hyväksymiseksi ja voimaansaattamiseksi.

- Mäenpää, Olli, Professori Olli Mäenpään 27.4.2016 päivätty lausunto eduskunnan lakivaliokunnalle – HE 32/2016 vp. Hallituksen esitys laeiksi ulkomaalaislain ja eräiden siihen liittyvien lakien muuttamisesta.
- Oikeusministeriön 23.1.2019 päivätty lausunto eduskunnan lakivaliokunnalle – HE 29/2018 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi oikeudenkäynnistä hallintoasioissa ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi.
- Oikeusministeriön julkaisuja 2021:16: Oikeudenkäyntikulut riita-asioissa. Arviomuistio. Tekijä Jukka Siro.
- OM 2/1994: Hallintolainkäyttölaki. Oikeusministeriön lainvalmisteluosaston ehdotus. Oikeusministeriön lainvalmisteluosaston julkaisu.
- OM 2008:18: Hallintolainkäytön nykytila ja kehittämistarpeet. Raportti hallintotuomioistuinten lainkäyttöhenkilökunnan kyselystä. Oikeusministeriön lausuntoja ja selvityksiä.
- OM 2009:10: Vakuutus oikeuden toiminnan kehittäminen. Oikeusministeriön työryhmämietintö.
- OM 2009:17: Hallintolainkäytön nykytila ja kehittämistarpeet. Raportti kyselystä asiamiehille ja avustajille. Oikeusministeriön lausuntoja ja selvityksiä.
- OM 2009:19: Hallintolainkäytön kehittäminen. Prosessityöryhmän välimietintö. Oikeusministeriön työryhmämietintö.
- OM 24/2010: Vakuutus oikeuden toiminnan kehittäminen. Lausuntotiivistelmä. Oikeusministeriön mietintöjä ja lausuntoja.
- OM 28/2010: Teollis- ja tekijänoikeusasioiden keskittäminen markkinaoikeuteen. Oikeusministeriön mietintöjä ja lausuntoja.
- OM 4/2011: Oikeudenkäynti hallintoasioissa. Prosessityöryhmän mietintö. Oikeusministeriön mietintöjä ja lausuntoja.
- OM 36/2011: Teollis- ja tekijänoikeusasioiden keskittäminen markkinaoikeuteen. Lausuntotiivistelmä. Oikeusministeriön mietintöjä ja lausuntoja.
- OM 1/2015: Korkeimpien oikeuksien organisatorinen yhdistäminen – Hyötyjen ja haittojen arviointi. Oikeusministeriön mietintöjä ja lausuntoja.
- OM 48/2017: Ehdotus laiksi oikeudenkäynnistä hallintoasioissa. Lausuntotiivistelmä. Oikeusministeriön mietintöjä ja lausuntoja.
- Patentti- ja rekisterihallituksen 24.1.2019 päivätty ohje ”Ohje hallinnollisesta menettämistä ja mitätöintimenettelystä”. (vierailtu 22.5.2022 verkkosivulla [https://www.prh.fi/stc/attachments/tavamerkki/Ohje\\_hallinnollisesta\\_menettamis\\_ ja\\_mitatointimenettelysta\\_2.pdf](https://www.prh.fi/stc/attachments/tavamerkki/Ohje_hallinnollisesta_menettamis_ ja_mitatointimenettelysta_2.pdf))
- Patentti- ja rekisterihallituksen 19.7.2019 päivitetty ohjeistus ”Väite” mallia vastaan. (vierailtu 22.5.2022 verkkosivulla [https://www.prh.fi/fi/mallioikeudet/hakijalle/hakemuksen\\_kasittely\\_prhssa/vaite.html](https://www.prh.fi/fi/mallioikeudet/hakijalle/hakemuksen_kasittely_prhssa/vaite.html))
- Patentti- ja rekisterihallituksen 8.6.2021 päivitetty ohjeistus ”Väite tavamerkkiä vastaan”. (vierailtu 22.5.2022 verkkosivulla [https://www.prh.fi/fi/tavamerkit/tavamerkkikiistat/vaite\\_tavamerkkia\\_vastaa.html](https://www.prh.fi/fi/tavamerkit/tavamerkkikiistat/vaite_tavamerkkia_vastaa.html))
- PeVL 50/2018 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto – HE 29/2018 vp: Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi oikeudenkäynnistä hallintoasioissa ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi.

- RiR 2014:6: Att överklaga till förvaltningsrätten – handläggningstider och information till enskilda. Riksrevisionen granskar: Medborgarna och förvaltningen.
- Sisäministeriön selvitys 2019: Turvapaikkaprosessia koskeva selvitys 27.6.2019 – Raportti. [www.owalgroup.com](http://www.owalgroup.com).
- SOU 2015:24: En kommunallag för framtiden. Del A.
- Suomen Asianajajaliiton 27.4.2016 päivätty lausunto eduskunnan lakivaliokunnalle – HE 32/2016 vp. Hallituksen esitys laeiksi ulkomaalaislain ja eräiden siihen liittyvien lakien muuttamisesta.
- TaVM 38/2018 vp. Talousvaliokunnan mietintö – HE 201/2018 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle tavaramerkkilaiksi ja siihen liittyviksi laeiksi sekä tavaramerkkioikeudesta tehdyn Singaporen sopimuksen hyväksymiseksi ja voimaansaattamiseksi.
- Turun hallinto-oikeuden 8.1.2018 (ilmeisesti 8.1.2019) päivätty lausunto eduskunnan lakivaliokunnalle H00090/18 – HE 29/2018 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi oikeudenkäynnistä hallintoasioissa ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi.
- Vakuutuslaitosten 4.1.2019 päivätty lausunto eduskunnan lakivaliokunnalle dnro: VakO 1398/00.08/2018 – HE 29/2018 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi oikeudenkäynnistä hallintoasioissa ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi.
- Valtiovarainministeriön julkaisuja 2021:47: Julkisia hankintoja koskevien oikeudenkäyntien tehostaminen. Selvityshenkilön raportti. Leena Halila.



## PRECLUSION IN ADMINISTRATIVE JUDICIAL PROCEDURE

The Finnish court system is divided into two main branches. The general courts (the district courts, the courts of appeal and the Supreme Court) hear civil and criminal cases, whereas the administrative courts (e.g., the regional administrative courts and the Supreme Administrative Court) hear administrative cases. There are also special courts in Finland, such as the Market Court, which for example hears as administrative judicial matters appeals against administrative registration decisions of industrial property rights.

Broadly speaking cases can be divided into non-mandatory matters, where settlement between the parties is permitted, and mandatory matters, where settlement is not permitted. In Finland administrative cases are basically mandatory matters.

Before the 1993 reform of the general courts of first instance, the concept of preclusion was used in Finnish procedural law mainly in connection with time limits. It currently relates to the presentation of facts and evidence in civil and criminal cases and overlaps in civil cases with the prohibition against amendment of the action, which mainly concerns claims. In proceedings that are divided into two phases, the preparation and the main hearing, preclusion is used to formally ensure the efficiency of the preparation and the immediacy of the main hearing, as well as predictability, fairness and speed of the proceedings. Preclusion in the general courts of first instance concerns non-mandatory civil matters. In mandatory civil matters preclusion is only possible in appeals and in criminal cases only in appeals to the Supreme Court. Preclusion may also relate to the formal requirements of judicial proceedings. Moreover, unnecessary prolongation of the proceedings is sanctioned by the rules on legal costs.

This study examines preclusion as a procedural sanction and similar phenomena in the Finnish administrative judicial procedure. In addition to the regulation provided for in the Administrative Judicial Procedure Act (808/2019), which is the general administrative procedural law, the study focuses on the special arrangements affecting legal proceedings in municipal appeals and appeals concerning administrative registration decisions of industrial property rights (e.g., registrations of trademarks and patents). The analysis is mainly concerned with the systematisation of preclusive regulation and interpretative practice, and with the raising of legislative problems. A comparison has mainly been made to the preclusion concept,

which has been adopted in the hearing of civil cases and related legislative arrangements.

The main conclusion of the study is that preclusion, as applied in non-mandatory civil matters, would be ill-suited for dealing with administrative cases due to their mandatory nature. Further problems would arise from the fact that the use of attorney or other legal counsel in administrative courts is not widespread in many categories of cases. On the other hand, not all cases of administrative judicial procedure are mandatory in their essence, so that preclusion regulation cannot be extended to them. However, even then, the court should bear in mind that preclusion would not appear an unforeseeable or unexpected factor for the parties to the proceedings.

**Juho Mäki-Lohiluoma**

**JULKISTEN SOSIAALI- JA TERVEYS-  
PALVELUIDEN YKSITYINEN  
TUOTANTO JA LAINSÄÄTÄJÄN  
HARKINTAVALLAN RAJAT**



---

# Sisällys

1	JOHDANTO .....	199
1.1	Tutkimuksen lähtökohdat .....	199
1.2	Sosiaali- ja terveyspalvelujärjestelmän kehitys ja yksityisen tuotannon rooli.....	204
2	JULKINEN HALLINTOTEHTÄVÄ JA YKSITYINEN JULKISTEN PALVELUIDEN TUOTANTO .....	209
2.1	Virkamieshallintoperiaate ja perustuslain 124 §.....	209
2.2	Julkinen hallintotehtävä ja lähikäsitteet.....	215
2.3	Yksityistämisen edellytykset perustuslain 124 §:n mukaan .....	224
2.3.1	Vaarantumattomuuden vaatimus .....	224
2.3.2	Hyvä hallinto, oikeusturva ja perusoikeuksien toteutuminen.....	226
2.3.3	Tarkoituksenmukaisuus .....	229
3	PERUSOIKEUDET .....	232
3.1	Sosiaali- ja terveyspalveluiden turvaaminen .....	232
3.1.1	Turvaamisveloitteen sisältö .....	232
3.1.2	Yksityisen tuotannon osuus sosiaali- ja terveyspalveluista .....	241
3.2	Yhdenvertaisuus .....	249
3.3	Omaisuuksien suoja.....	258
3.4	Muita perusoikeusnäkökohtia.....	264
4	JOHTOPÄÄTÖKSET .....	271
	LÄHTEET.....	278
	OIKEUSTAPAUKSET.....	288
	ABSTRACT .....	289



---

# Julkisten sosiaali- ja terveyspalveluiden yksityinen tuotanto ja lainsäätäjän harkintavallan rajat

## 1 JOHDANTO

### 1.1 Tutkimuksen lähtökohdat

Tässä tutkimuksessa tarkastellaan, *minkälaisia valtiosääntöisiä rajoja lainsäätäjän harkintavallalle on löydettävissä, jos lainsäätäjän tavoitteena on julkisten sote-palveluiden tuotannon avaaminen yksityiselle tuotannolle sekä markkinamekanismeille*. Tarkastelussa pyritään yleisellä ja poikkileikkaavalla tasolla havainnoimaan niitä rajoja, joita lainsäätäjän harkintavallalle voidaan sote-sektorin yksityisen tuotannon osalta löytää, mutta tarkastelu kytkeytyy erityisesti Juha Sipilän ja Sanna Marinin hallitusten sosiaali- ja terveyspalvelu-uudistuksiin. Lainsäätäjän harkintavallalla tarkoitetaan tässä yhteydessä sitä, minkälaisia muutoksia on mahdollista viedä läpi tavallisessa lainsäätämisyksityksessä. Tällöin hahmotetaan sitä liikkumatilaa, jonka puitteissa lainsäätäjät ylittäään voi tavallisessa lainsäätämisyksityksessä viedä läpi lainsäädäntöhankkeita, joilla sote-tuotantoa avataan yksityisille toimijoille.<sup>1</sup>

Aihe on ajankohtainen sosiaali- ja terveyspalvelu-uudistuksen luoman uuden sote-palveluiden toimintaympäristön, yksityisen tuotannon ympärillä käydyssä yhteiskunnallisen keskustelun sekä myös edellisellä hallituskaudella annettujen sote- ja maakuntauudistusta koskeneiden hallituksen esitysten johdosta. Lisäksi aiheen ajankohtaisuutta lisää suomalaisessa julki-shallinnossa 2000-luvulla yleistynyt yksityisten palveluntuottajien käyttö julkisrahoitteisten sosiaali- ja terveyspalveluiden tuottajina.

---

<sup>1</sup> Erityisesti 2000-luvulla on lisäksi vakiintunut lähtökohta, jonka mukaan myös perustuslainsäätämisyksityksessä säädettävien poikkeuslakien käytöstä pyritään mahdollisimman pitkälti pidättäytymään. Ks. mm. PeVM 10/1998 vp; PeVM 5/2005 vp; PeVL 25/2005 vp.

Erityisesti politiikan piiristä on viime vuosina kuulunut puheenvuoroja siitä, kuinka hankalaa yhteiskunnallisen muutoksen luominen on poliittisen päätöksenteon keinoin ja kuinka lainsäätäjää rajoittavat oikeudelliset reunaehdot estävät eduskunnan luottamusta nauttivaa hallitusta viemästä agendaansa lainsäädännöksi. Nämä hankaluudet poliittisten tavoitteiden läpiviennissä on eri vaiheissa samaistettu muun muassa ongelmiksi lainvalmistelun laadussa tai seuraukseksi parlamentaarisesta fragmentaatiosta, jossa suurimpien puolueiden paikkamäärät vähenevät ja keskisuurten eduskuntapuolueiden määrä kasvaa, mikä monimutkaistaa hallituksen muodostamista ja johtamista. Toisaalta taustalle on asemoitu myös muutosta poliittisessa kulttuurissa tai perustuslain tulkinnassa. Oikeustieteellisen tutkimuksen piirissä oikeusjärjestyksen on katsottu perusoikeudellistuneen ja perusoikeuksien sekä niiden yleisten oppien merkityksen heijastuvan yhä useammille oikeusjärjestyksen alueille.<sup>2</sup>

Tämä tutkimus ei ota kantaa mihinkään edellä kuvatuista väitteistä, mutta tutkimuksen tarpeellisuus syntyy myös niistä. Tutkimus lähestyy siksi yksityistä julkisten palveluiden tuotantoa erityisesti lainsäätäjän näkökulmasta ja vieläpä niin, että lainsäätäjälle on oletettu tahtotila, johon oikeusnormien sisältöä peilataan: tässä tutkimuksessa lainsäätäjä haluaa siirtää palveluita yksityisen tuotettavaksi.

Haluan erikseen korostaa, että tämä oletus ei sisällä arvolutausta, vaan oletuksen taustalla on erityisesti se, että näin lainsäätäjät ja myös monet kunta- ja aluepäättäjät ovat viimeisten vuosikymmenten aikana toimineet. En väitä, että julkisten palveluiden yksityistäminen ja ulkoistaminen olisivat järkeviä toimintamalleja kaikissa niissä tilanteissa, joissa ne olisivat sallittuja. Näkökantani kuitenkin on, että näiden päätösten mielekkäisyys ei ole ensisijaisesti oikeustieteellinen kysymys, vaan siihen on vastattava yhteiskunnallisen keskustelun ja viime kädessä poliittisen päätöksenteon kautta.

Tutkimuksen lähtökohta on erityisesti valtiosääntöoikeudellisen tutkimuksen piirissä osin poikkeuksellinen. Tavallisempaa on ollut kysyä, mitkä lainsäätäjän velvoitteet ovat, ja lähestyä aihetta tavoitellen eräänlaista perusoikeuksien mahdollisimman täysimääräistä toteutumista. Tämä on luonnollisesti hyvin perusteltu lähtökohta: ei välttämättä ole tarkoituksenmukaista tai hedelmällistä eri tilanteissa pyrkiä erottelemaan jonkin perusoikeuden tai muun valtiosääntöisen tarkastelukohteen uloimpia rajoja, vaan pikemminkin muodostamaan systematisoitua kokonaiskuvaavaa tarkastelun kohteesta. Näin erityisesti siksi, että perusoikeuksissa ei ole kyse

---

<sup>2</sup> Jyränki – Husa 2021, kappale 3.2.



joko–tai-tyyppisistä asetelmista, vaan lähtökohtaisesti tavoitteena tulisi myös uutta lainsäädäntöä säädettäessä olla perusoikeuksien mahdollisimman täysimääräinen toteutuminen.

En kyseenalaista edellä kuvattua lähtökohtaa ja sen mielekkyyttä, mutta tässä tutkimuksessa pyrin silti tietoisesti jossain määrin irtautumaan kyseisestä ajatuksesta ja tarkastelemaan kokonaisuutta nimenomaan lainsäätäjän näkökulmasta. Tarkastelu on nähdäkseni tarpeen vastauksena jopa maan korkeimpien poliittisten päättäjien piirissä esiintyvälle keskustelulle ”ylitiukasta perustuslain tulkinnasta” sekä lainsäätäjän toimintamahdollisuuksien kapenemisesta. Vaikka kritiikki ”perustuslakifundamentalismista” on helppo todeta terminologialtaan asiattomaksi, on myös tällaiselle kritiikille perusteltua antaa jonkinasteista painoarvoa oikeustieteellisen tutkimuksen suuntaamisessa.<sup>3</sup>

Yksityisen toimesta tuotettujen palveluiden rooli on ollut 2000-luvulla merkittävä sosiaali- ja terveyspalveluissa, mutta yksityisiä käytetään laajasti muillakin hallinnonaloilla.<sup>4</sup> Esimerkiksi Muukkonen on arvioinut, että viime vuosikymmeninä suomalainen julkishallinto on käynyt läpi merkittävän rakennemuutoksen, jossa virkamieshallintoperiaatteeseen perustuneesta hallinnon järjestämisestä ja palvelujen tuottamisesta ”omana työnä” on asteittain luovuttu ja samalla yksityiseen sektoriin nojaavat palvelutuotantomallit ovat tulleet jäädäkseen.<sup>5</sup> Komulaisen mukaan kuntien roolissa on 2000-luvulla vahvistunut muutos, jossa kuntien tehtäväksi asettuu erityisesti palveluiden järjestäjän mutta ei niiden tuottajan rooli.<sup>6</sup> Keravuori-Rusanen paikantaa julkiselta yksityiselle tehtyjen tehtäväsiirtojen taustalle pyrkimyksen kohti julkisten palveluiden laadukkaampaa ja joustavampaa tarjontaa. Hän kuitenkin toteaa, että tällaisilla siirroilla on erityistä oikeudellista merkitystä eikä julkisten hallintotehtävien laajamittaista organisoimista viranomaisten ulkopuolelle voida tarkastella ainoastaan käytännöllisten näkökohtien, kuten tehokkuuden, kautta. Näin on erityisesti silloin, kun siirroilla on merkitystä yksityisten oikeussubjektien asemaan.<sup>7</sup>

Kuvaukset pätevät ainakin joihinkin toimintoihin, mutta samalla suomalaista julkishallintoa järjestetään edelleen hyvin laajasti suoraan viranomaisten omana toimintana.

<sup>3</sup> Ks. esim. Ilta-Sanomat 2017; Verkko uutiset 2017; Kaleva 2019; MTV 2021; MTV 2022. Oikeustieteellisestä keskustelusta ks. Helin 2012.

<sup>4</sup> Ks. mm. Paunio 2010, s. 10 ja Sarja 2010, s. 20.

<sup>5</sup> Muukkonen 2012, s. 2.

<sup>6</sup> Komulainen 2010, s. 9.

<sup>7</sup> Keravuori-Rusanen 2008, s. 490–493.

Yksityistämistä viime vuosituhannen lopun kontekstissa systematisoinut Rasinmäki on lähestynyt ilmiötä neljän käsitteen kautta. Näitä ovat materiaallinen, funktionaalinen, organisatorinen ja formaalinen yksityistäminen.<sup>8</sup> Rasinmäki viittaa yksityistämisellä toimenpiteisiin, jotka muuttavat tasapainoa julkisen ja yksityisen sektorin välillä.<sup>9</sup> Kyse ei siis ole vain tehtävien siirroista julkisilta toimijoilta yksityisille, vaan laajemmasta ilmiöstä.<sup>10</sup>

Ulkoistamisen käsitettä on oikeustieteellisessä tutkimuksessa käyttänyt muun muassa Marja Sutela, joka on määritellyt ulkoistamiseksi julkisyhteisön toimen, jolla se siirtää aiemmin itse hoitamansa toiminnon ulkopuolisen hoidettavaksi.<sup>11</sup> Rasinmäen terminologian puitteissa asetelma vastaisi tilanteesta riippuen joko materiaalista tai funktionaalista yksityistämistä.

Tässä tutkimuksessa tarkastellaan sekä yksityistämistä että ulkoistamista jossain määrin kapeammin. Rasinmäen määritelmien kautta asiaa lähestyttäessä tutkimusintressien ulkopuolelle rajautuvat ainakin formaalinen yksityistäminen ja jossain määrin myös organisatorinen yksityistäminen. Kun tässä tutkimuksessa käytetään termiä *yksityistäminen* tai *ulkoistaminen*, viitataan Rasinmäen jaottelun mukaisesti siis ensisijaisesti materiaaliseen ja funktionaaliseen yksityistämiseen. Lisäksi tutkimuksessa käytetään käsitettä julkisten palveluiden yksityinen tuotanto. Kyse on nähdäkseni tarkemmasta ja yleiskielisemmästä kuvauksesta käsillä olevasta asetelmasta – palvelu on sen käyttäjän näkökulmasta edelleen julkinen, mutta palvelun tuottamisesta vastaa yksityistämisen tai ulkoistamisen myötä yksityinen oikeussubjekti. Tutkimus on siis kiinnostunut nimenomaan tehtävien ja toimintojen siirroista aidosti yksityiselle toimijalle, ei vain julkisen omistamalle yksityiselle oikeussubjektille, eikä muutoinkaan julkishallinnon omassa toiminnassa tapahtuneesta markkinaehtoistumisesta tai yksityiselle sektorille tyypillisten toimintatapojen omaksumisesta.<sup>12</sup>

Keravuori-Rusanen on lisäksi systematisoinut luonteeltaan toisistaan poikkeavia julkisia tehtäviä hoitavia yksityisiä sekä näihin liittyviä oikeudellisia järjestelyitä hallinnon yksityistämisen sekä välillisen julkisen hal-

<sup>8</sup> Rasinmäki 1997, s. 43–51.

<sup>9</sup> Ibid., s. 20.

<sup>10</sup> Ks. lisäksi mm. Tuori 1990, s. 148–149.

<sup>11</sup> Sutela 2003, s. 13.

<sup>12</sup> Yksityistämisen- ja ulkoistamiskehityksen taustalle voidaan paikantaa paitsi käytännöllisiä näkökohtia myös laajempaa hallintopolitiikan ja hallinnon järjestämistapojen murrosta, jota erityisesti hallinto- ja valtiotieteellisen tutkimuksen piirissä kutsutaan termillä New Public Management (NPM) sekä ajoittain myös ajattelumallin evoluutiota kuvaavalla post-NPM-termillä. NPM on ollut laajan tutkimuksellisen mielenkiinnon kohteena niin Suomessa kuin kansainvälisesti, ks. suomalaisesta kontekstista mm. Lähdesmäki 2003.

linnon muotoutumisen käsitteillä.<sup>13</sup> Kyse on jälkimmäisessä ollut monesti eräänlaisesta ”vailla lähdeä” tapahtuneesta yksityistämisestä, jossa sinänsä julkisten hallintotehtävien tai ainakin julkisten tehtävien piiriin laskettavia toimintoja on Suomessa vakiintuneesti ja eri syistä hoidettu yksityisen oikeussubjektin toimesta. Tästä eriyvänä voidaan paikantaa asetelma, jossa aiemmin julkisen hoitamia tehtäviä on siirretty tai siirtynyt yksityisen hoidettavaksi. Sinänsä näiden kahden asetelman valtiosääntöoikeudellinen tarkastelu on yhtenäistä, mutta hallintopoliittisena ilmiönä kyse on erillisistä ja eri aikakausina tapahtuneista kehityskuluista.

Tutkimuksen tarkastelun ulkopuolelle on rajattu sellaiset eri lainsäädäntöhankkeiden arvioinnissa valtiosääntöoikeudellisesti merkitykselliset näkökohdat, joita ei voida pitää yleisemmällä tasolla olennaisina lainsäätäjän harkintavallan rajoituksina.<sup>14</sup> Samoin tarkastelun ulkopuolelle jäävät harkintavallan rajat, joiden yhteys nimenomaan yksityiseen palvelutuotantoon jää ohueksi.<sup>15</sup>

Tutkimuksessa käytetään lainopillista metodologiaa, eli tutkimus on luonteeltaan valtiosääntödogmatiikkaa. Ottamalla tarkastelun lähtökohdaksi nimenomaan lainsäätäjän näkökulman, tutkimus pyrkii myös avaamaan monitieteistä keskustelua hallinto- ja yhteiskuntatieteiden suuntaan.

Aiempaa tai siihen kytkeytyvää tutkimusta teemasta on valtiosääntöoikeuden lisäksi tehty erityisesti hallintotieteen ja hallinto-oikeuden tutkimuksen piirissä.<sup>16</sup> Kattavin kokonaisesitys virkamieshallintoperiaatteesta ja julkisen hallintotehtävän antamisesta yksityisen hoidettavaksi on Marietta Keravuori-Rusasen väitöskirja vuodelta 2008.<sup>17</sup> Väitöskirjan julkaisua seuranneiden noin 15 vuoden aikana kuitenkin sekä teemaa koskevassa oikeustieteellisessä keskustelussa että oikeustilassa on tapahtunut kehitystä, jonka vuoksi Keravuori-Rusasen analyysiä on tässä tutkimuksessa tarpeen joltain osin täsmentää ja jopa haastaa. Ennen Keravuori-Rusasta teemasta tai siihen liittyvästä aiheesta olivat kirjoittaneet kattavammin muun muassa Jorma Rasinmäki, Kaarlo Tuori, Marja Sutela ja Raija Huhtanen.<sup>18</sup> Keravuori-Rusasen väitöskirjan jälkeen teemaa ovat puolestaan käsitelleet

<sup>13</sup> Keravuori-Rusanen 2008, s. 44.

<sup>14</sup> Tällaisia ovat mm. Sipilän hallituksen sote-uudistuksessa olennaiseen asemaan nousseet uudistuksen aikataulua koskeneet näkökohdat ja mahdollinen velvollisuus notifioida uudistus Euroopan unionin komissiolle, ks. mm. PeVL 65/2018 vp.

<sup>15</sup> Tällainen on mm. rahoitusperiaate, jonka merkitys sote-palveluiden kokonaisuudessa on merkittävä mutta joka kytkeytyy vain välillisesti yksityisen tuotannon rooliin sote-järjestelmässä. Ks. mm. HE 309/1993 vp, s. 26; PeVL 34/2013 vp, s. 2; PeVL 16/2014 vp, s. 2.

<sup>16</sup> Mm. Sallinen 2007; Komulainen 2010.

<sup>17</sup> Keravuori-Rusanen 2008.

<sup>18</sup> Tuori 1998; Rasinmäki 1997; Sutela 2003; Huhtanen 2005; Huhtanen 2006.

eri näkökulmista muun muassa Matti Muukkonen, Pasi Pölönen, Heikki Halila, Pauli Rautiainen, Tatu Giordani ja Ronja Kava, Ida Koivisto, Tomi Voutilainen ja Evgeniya Kurvinen sekä Eeva Nykänen.<sup>19</sup> Näissä myöhemmissä tutkimuksissa on varsin järjestelmällisesti viitattu Keravuori-Rusasen väitöskirjaan.

Yhtä kattavaa esitystä juuri lainsäätäjän valtiosääntöisistä rajoista julkisia sosiaali- ja terveystalvueluita yksityistettäessä ei ole tehty, vaan tutkimukset ovat olleet joko julkisen hallintotehtävän siirtoon keskittyviä tai peitoltaan suppeampia. Tiedonintresseiltään lähimpänä tätä tutkimusta on Eeva Nykäsen artikkeli vuodelta 2020.<sup>20</sup> Nykäsen artikkelista tämä tutkimus eroaa muun muassa näkökulmaltaan, laajuudeltaan ja osin myös tarkastelun lopputulemilta. Lisäksi tässä tutkimuksessa on sen julkaisuajan kohdan vuoksi ollut mahdollista ottaa huomioon Sanna Marinin hallituksen sote-uudistuksesta annetut perustuslakivaliokunnan lausunnot.

## 1.2 Sosiaali- ja terveystalvuelujärjestelmän kehitys ja yksityisen tuotannon rooli

Vaikka tässä tutkimuksessa ei pyritä kattavasti kuvaamaan sote-uudistuksen jälkeistä, aiempien uudistusten yhteydessä esitettyä tai uudistuksia edeltävää sote-lainsäädännön kehikkoa, on yleiskuvaus asiasta tarpeen.

Sosiaali- ja terveydenhuollon suunnittelusta ja valtionavustuksesta annetun lain (733/1992) 4 §:n 4 kohdassa säädetään, että kunta voi järjestää sosiaali- ja terveydenhuollon alaan kuuluvat tehtävät hankkimalla palveluja valtiolta, toiselta kunnalta, kuntayhtymältä tai muulta julkiselta tai yksityiseltä palvelujen tuottajalta. Monilla alueilla järjestämisvastuu on jo ennen sote- ja maakuntauudistuksia siirretty suurempien järjestäjien, kuten kuntayhtymien, vastuulle.

Käytännössä moni kunta on sekä tuottanut itse että hankkinut palveluita, mutta myös niin sanottuja kokonaisulkoistuksia on järjestelmän puitteissa nähty. Näissä lähes koko terveystalvueluiden tuotanto on ulkoistettu yksityiselle toimijalle. Kunnalla on kuitenkin myös näissä tilanteissa säilynyt – tai ainakin tullut säilyä – järjestämisvastuu, eikä merkittävää julkisen vallan käyttöä koskevia tehtäviä ole voitu siirtää yksityisen toimijan tuotettavaksi. Termi *kokonaisulkoistus* on näiltä osin harhaanjohtava, sillä kyse

<sup>19</sup> Komulainen 2010; Muukkonen 2012; Pölönen 2012; Halila 2014; Rautiainen 2016; Giordani – Kava 2019; Koivisto 2014; Voutilainen – Kurvinen 2019; Nykänen 2020.

<sup>20</sup> Nykänen 2020.

ei missään tilanteissa ole voinut olla koko sosiaali- ja terveydenhuollon ulkoistamisesta. Sanna Marinin hallitus katsoi sote-uudistuksensa perusteissa, että kokonaisulkoistuksiin on liittynyt tilanteita, joissa palveluja ulkoistaneen kunnan tai kuntayhtymän ei ole enää voitu katsoa tosiasiallisesti itse vastaavan järjestämistä vastuuseen liittyvästä päätösvallassa ja ohjauksesta, kuten palvelujen yhdenvertaisesta saatavuudesta tai palvelun tarpeen, määrän ja laadun määrittelemisestä. Hallituksen esityksessä tulevaa muutosta perusteltiin aiemman järjestelmän ongelmallisuudella.<sup>21</sup>

Ulkoistussopimusten sisällöissä on kuitenkin ollut merkittäviä eroja kuntien välillä. Vuoden 2019 tilannetta kuvanneen Hyvinvointiala Hali ry:n selvityksen mukaan yhteensä 26 kuntaa oli päätyneet ulkoistamaan koko sosiaali- ja terveydenhuoltonsa.<sup>22</sup> Hallituksen esityksessä referoidun Kuntaliitto ry:n kokoaman tiedon mukaan luku olisi hieman pienempi, mutta samaa kokoluokkaa.<sup>23</sup> Niin ikään osa kunnista tai kuntayhtymistä on tuottanut erittäin suuren osan palveluista itse. Eräät kunnat taas ovat antaneet sote-palveluiden tuotannon esimerkiksi suuremman naapurikaupungin hoidettavaksi.<sup>24</sup>

Ei ole suuresti liioittelua sanoa, että käytännön ratkaisuja sosiaali- ja terveyspalveluiden tuotannossa on ollut lähes yhtä monta kuin kuntiakin ja että järjestelmä on asettanut tuotannon tavoille ja yksityisten toimijoiden roolille melko vähän ehdottomia rajoja ainakaan siltä osin, että valtiosääntöisien rajojen ylittäminen olisi kunnan näkökulmasta johtanut mihinkään konkreettiseen seuraamukseen. Kuitenkin ainakin osa kuntien käytännöistä on ollut jännitteisessä suhteessa perustuslakivaliokunnan sote-uudistusten käsittelyn yhteydessä muodostamaan lausuntokäytäntöön, kuten jäljempänä kuvataan.

Sote-palveluiden turvaamista koskeva perustuslakivaliokunnan tai tuomioistuinten käytäntö on kuitenkin ennen sote- ja maakuntauudistuksia ollut melko niukkaa.<sup>25</sup> Esimerkiksi edellä mainittu sosiaali- ja terveydenhuollon suunnittelusta ja valtionavustuksesta annetun lain 4 §:n 4 momentti ei ollut perustuslakivaliokunnan arvioitavana. Myöhemmin samaan pykälään lisätty palveluseteliä koskenut 5 momentti säädettiin perustuslakivaliokunnan myötävaikutuksella. Palveluseteliä koskevien säännösten tarkoituksena oli lisätä palvelujen käyttäjien valinnan mahdollisuuksia, pa-

<sup>21</sup> HE 241/2020 vp, s. 166–167.

<sup>22</sup> Jokinen 2019.

<sup>23</sup> HE 241/2020 vp, s. 52.

<sup>24</sup> Ks. esim. Kuntaliitto 2018.

<sup>25</sup> Ks. kuitenkin mm. PeVM 25/1994 vp; PeVL 8/1999 vp; PeVL 10/2009 vp; PeVL 54/2014 vp.

rantaa palvelujen saatavuutta ja edistää kuntien sosiaali- ja terveystoimen sekä elinkeinotoimen ja yksityisten palvelujen tuottajien yhteistyötä.<sup>26</sup> Perustuslakivaliokunta katsoi palvelusetelin yhdeksi mahdolliseksi tavaksi toteuttaa julkiselle vallalle perustuslain 19 §:n 3 momentissa asetettua velvollisuutta turvata jokaiselle riittävät sosiaali- ja terveyspalvelut.<sup>27</sup> Palveluseteli on sittemmin vakiintunut osaksi suomalaista terveydenhuoltoa.

Vaikka sote-palveluiden yksityinen tuotanto on erityisesti julkisessa keskustelussa liitetty vahvasti Juha Sipilän hallituksen sote- ja maakunta-uudistukseen, oli yksityinen sote-palveluiden tuotanto siis sekä mahdollista että hyvin yleistä jo aiemman kuntapohjaisen sote-mallin aikana. Sipilän hallituksen sote- ja maakunta-uudistuksen esitöissä todettiin, että kuntien ja kuntayhtymien järjestämistä vastuun piiriin kuuluneissa sosiaalipalveluissa yksityisten palvelujen arvo oli vuonna 2015 kunnissa ja kuntayhtymissä 2,3 miljardia euroa ja 24 prosenttia kuntien sosiaalipalveluiden käyttökustannuksista. Terveystoimen palveluiden ostot yksityisiltä palveluntuottajilta olivat vastaavasti 516 miljoonaa euroa ja viisi prosenttia kuntien terveydenhuollon käyttökustannuksista. Luvut kuvasivat vain lopputuote-palveluita eli asiakkaille suoraan annettuja palveluita. Ne eivät siis sisältäneet kuntayhteisöjen omaan palvelutuotantoon hankittuja välituote-palveluja, palvelusetelimenoja tai maksusitoumuksia. Näiden lisäksi hallituksen esityksessä viitattiin lukuihin, joiden mukaan kilpailutusten piirissä olleiden sosiaali- ja terveyspalveluiden ostojen yhteissumma olisi ollut noin 2,7 miljardia euroa.<sup>28</sup> Luvut eivät laskentamekanismiensa takia kuvaa tarkasti koko julkisrahoitteisen yksityisen tuotannon määrää kuntapohjaisen sote-järjestelmän loppuvaiheissa, mutta antavat suuntaa yksityisen tuotannon merkittävästä roolista järjestelmässä.

Juha Sipilän hallituksen sote- ja maakunta-uudistuksessa pyrittiin tekemään laajoja muutoksia suomalaisen sosiaali- ja terveyspalvelujärjestelmän rakenteisiin. Järjestelmä olisi rakentunut vahvasti niin sanotun monituottajamallin ympärille, jossa asiakkaalla olisi ollut aiempaa laajemmat mahdollisuudet valita oma palveluntuottajansa.

Käytännössä asiakkaalle ajateltu valinta olisi koostunut sosiaali- ja terveyskeskuksen, sunnoidon yksikön, maakunnan liikelaitoksen ja sen palveluyksikön sekä asiakassetelillä tai henkilökohtaisella budjetilla saatavien palvelujen tuottajien valinnasta. Näitä kaikkia olisivat mallissa voineet tuottaa maakuntien liikelaitokset, yksityiset yritykset ja kolmannen sektorin toimijat. Toimintaedellytykset ja palveluvalikoima oli uudistuksessa

<sup>26</sup> HE 20/2009 vp, s. 16.

<sup>27</sup> PeVL 10/2009 vp.

<sup>28</sup> HE 47/2017 vp.

pyritty luomaan tasavertaisiksi eri toimijoiden välillä. Hyvin olennaista järjestelmän kannalta oli myös se, että suoran valinnan piirissä olevien palveluiden tuottajilla ei olisi ollut mahdollisuutta valikoida asiakkaitaan.

Tässä tutkimuksessa tiheään käytetyt monituottajamallin ja potilaan valinnanvapauden käsitteet liittyvät kiinteästi Juha Sipilän hallituksen sote- ja maakuntauudistukseen, joka lopulta kaatui eduskunnassa vuoden 2019 keväällä. *Monituottajamalli*-termillä on viitattu sote-alalla laajemminkin tilanteisiin, joissa tuottajina on julkisen lisäksi yksityisiä tai kolmannen sektorin toimijoita, mutta tässä yhteydessä termillä viitataan pääosin juuri Juha Sipilän hallituksen esittämään monituottaja- tai valinnanvapausmalliin.

Erityisesti myöhemmässä vaiheessa uudistusta myös Sipilän hallituksen mallia pyrittiin muokkaamaan niin, että uudessa sote-palveluiden järjestämis- ja tuotantorakenteessa lähtökohtana olisi maakunnan liikelaitoksen vastuulla oleva julkinen tuotanto, jota täydennettäisiin yksityisten toimijoiden ja kolmannen sektorin tuottamilla palveluilla. Lainsäädäntövaiheessa esitettiin perustellusti epäileviä näkemyksiä siitä, kuinka todellinen tämä lähtökohta myöhemmässäkin vaiheessa oli. Vastuu siitä, että palveluita olisi saatavilla, oli myös Sipilän uudistuksessa yksiselitteisesti julkisella vallalla, mutta vastuun toteuttamisessa pyrittiin aiempaa laajemmin hyödyntämään markkinamekanismia – vaikkakin hyvin tarkasti säännellyssä ja julkisrahoitteisessa muodossa.

Sipilän hallituksen uudistuksessa olisi ollut kyse merkittävästä muutoksesta myös laajemmin suomalaisen julkisen hallinnon ja sen järjestämistapojen näkökulmasta. Kuten hallituksen valinnanvapauslakiesityksessä todettiin, valinnanvapauden laajentaminen ja siihen liittyvän modulaarisen monituottajajärjestelmän ohjaus olisivat edellyttäneet mallissa järjestämistä vastuuseen asetetuilta maakunnilta uusia toimintatapoja ja uudenlaista osaamista. Julkinen valta ei olisi palvelujen järjestäjänä johtanut monituottajamallissa toimintaa linjajohtamisella, vaan tämä olisi korvaantunut uudenlaisella hallintotavalla, johon olisivat kuuluneet muun muassa omista- ja ohjaus, kehittämisohjaus ja sopimusohjaus.<sup>29</sup>

Sanna Marinin hallituksen sosiaali- ja terveydenhuollon ja pelastustoimen uudistuksen keskeiset lait hyväksyttiin eduskunnassa vuoden 2021 kesällä.<sup>30</sup> Uudistus muodostuu laajasta joukosta eri lakeja ja niiden muutoksia, jotka tulevat tai ovat jo tulleet voimaan 1.7.2021, 1.3.2022 ja 1.1.2023.<sup>31</sup> Toisin kuin Sipilän hallituksen uudistus Marinin hallituksen

<sup>29</sup> HE 16/2018 vp, s. 125.

<sup>30</sup> EV 111/2021 vp.

<sup>31</sup> Laki hyvinvointialueesta (611/2021); laki sosiaali- ja terveydenhuollon järjestämisestä

sote-uudistus tuli siis hyväksytyksi eduskunnassa ja muodostaa Suomen sosiaali- ja terveystalouden järjestelmän lainsäädännöllisen kehikon voimaantulo- ja siirtymäaikaisten kuluttua umpeen. Tätä kirjoitettaessa sote-mallin mukaiset uudet hyvinvointialueet ovat aloittaneet toimintansa ja takana ovat myös ensimmäiset hyvinvointialuevaalit, mutta sosiaali- ja terveystalouden järjestämistä ei vielä ole siirtynyt alueille.

Marinin hallituksen uudistuksen myötä Suomeen muodostetaan 21 hyvinvointialuetta, joista käytetään melko yleisesti julkisessa keskustelussa myös nimitystä *maakunta* tai *sote-maakunta*. Valtiosääntöoikeudellisesti sekä Sipilän hallituksen maakunnat että hyvinvointialueet ovat luonteeltaan perustuslain 121 §:n 4 momentissa tarkoitettuja kuntaa suurempia itsehallinnollisia alueita. Hyvinvointialueille siirretään uudistuksessa aiemmin kuntien vastuulla olleet sosiaali- ja terveydenhuollon tehtävät sekä pelastustoimen tehtävät.<sup>32</sup> Tästä poiketen kyseisten tehtävien järjestämistä vastuu säädettiin Uudellamaalla kuitenkin siten, että Helsingin kaupungille jäi palveluiden järjestämistä vastuu, minkä lisäksi palvelujen järjestämisestä vastaa Uudenmaan neljän hyvinvointialueen ohella terveydenhuollossa myös HUS-yhtymä.

Sosiaali- ja terveydenhuollon järjestämisestä annetun lain (sote-järjestämislaki, 612/2021) 8 §:n 2 momentin mukaan hyvinvointialueella on oltava riittävä osaaminen, toimintakyky ja valmius vastata sosiaali- ja terveydenhuollon järjestämisestä ja sen on huolehdittava asukkaidensa palvelutarpeen mukaisesta sosiaali- ja terveydenhuollon palvelujen saatavuudesta kaikissa tilanteissa. Lisäksi 8 §:n 2 momentissa edellytetään nimenomaisesti, että hyvinvointialueella on oltava järjestämistä vastuu toteuttamisen edellyttämä riittävä oma palvelutuotanto.

---

(612/2021); laki pelastustoimen järjestämisestä (613/2021); hyvinvointialue- ja maakuntajakolaki (614/2021); laki sosiaali- ja terveydenhuollon sekä pelastustoimen järjestämisestä Uudellamaalla (615/2021); laki sosiaali- ja terveydenhuoltoa ja pelastustoimea koskevan uudistuksen toimeenpanosta ja sitä koskevan lainsäädännön voimaannpanosta (616/2021); laki hyvinvointialueiden rahoituksesta (617/2021); laki kunnan peruspalvelujen valtionosuudesta (618/2021); laki tuloverolain muuttamisesta (619/2021); laki hallintolain muuttamisesta (637/2021); laki viranomaisten toiminnan julkisuudesta annetun lain muuttamisesta (711/2021).

<sup>32</sup> Sote-järjestämislain 8 §:n 1 momentin mukaan hyvinvointialue vastaa sosiaali- ja terveydenhuollon järjestämisestä alueellaan ja on järjestämistä vastuu asukkaidensa sosiaali- ja terveydenhuollosta. Järjestämistä vastuun sisällöstä taas säädetään hyvinvointialuelain 7 §:ssä. Hyvinvointialuelain 7 §:n mukaan hyvinvointialue vastaa muun muassa järjestettävien palvelujen ja muiden toimenpiteiden yhdenvertaisesta saatavuudesta, tarpeen, määrän ja laadun määrittämisestä, tuottamistavan valinnasta, tuottamisen ohjauksesta ja valvonnasta ja viranomaiselle kuuluvan toimivallan käyttämisestä.



Sote-järjestämislain 3 luvussa säädetään palveluiden hankkimisesta yksityiseltä palveluntuottajalta. Sote-järjestämislain 12 §:n 1 momentin mukaan hyvinvointialue voi tuottaa asiakkaalle annettavia sosiaali- ja terveydenhuollon palveluja sekä niiden käyttöön liittyvää muuta tukea hankkimalla niitä yksityiseltä palveluntuottajalta sopimukseen perustuen, jos niiden hankkiminen yksityiseltä palveluntuottajalta on tarpeen tehtävien tarkoituksenmukaiseksi hoitamiseksi. Hyvinvointialueen on huolehdittava järjestämisvastuustaan sekä sote-palvelujen yhdenvertaisesta toteutumisesta myös palveluja hankkiessaan. Lain 12 §:n 1 momentissa kuitenkin merkittävästi rajataan mahdollisuutta tällaiseen hankintaan kirjauksella, jonka mukaan hankittavien palvelujen on oltava sisällöltään, laajuudeltaan ja määrälliseltä osuudeltaan sellaisia, että hyvinvointialue pystyy huolehtimaan kaikissa tilanteissa järjestämisvastuunsa toteuttamisesta myös hankittavien palvelujen osalta. Lisäksi 12 §:ssä säädetään kattavasti niistä palveluista, joita hyvinvointialue ei saa hankkia yksityiseltä palveluntuottajalta. Luettuna yhdessä sote-järjestämislain 8 §:n 2 momentin kanssa 12 § on hyvin olennainen hyvinvointialueen omaan palvelutuotantoon velvoittava ja yksityisten palveluntuottajien käyttöä rajaava oikeussääntö.

Marinin hallituksen sote-uudistuksessa yksityisten palveluntuottajien rooli on siis olennaisesti kapeampi kuin Sipilän hallituksen suunnitelmassa uudistuksessa. Ne lainsäädännölliset edellytykset, joita yksityisen palvelutuotannon käytön tulee täyttää, ovat lisäksi kireämpiä kuin sote-uudistuksia edeltäneessä oikeustilassa. Käytännön päätösten ja toteutuksen varaan jää kuitenkin se, kuinka laajaksi yksityisen tuotannon rooli hyvinvointialueilla muodostuu.

Hyvin laajaa yksityistä terveydenhuoltoa annetaan Suomessa myös yksityisen sektorin työterveyshuollon piirissä, asiakkaan itsensä maksamana sekä erinäisten sairaskulu- ja tapaturmavakuutusten korvaamana. Näitä järjestelmän osia ei kuitenkaan tässä tutkimuksessa käsitellä.

## 2 JULKINEN HALLINTOTEHTÄVÄ JA YKSITYINEN JULKISTEN PALVELUIDEN TUOTANTO

### 2.1 Virkamieshallintoperiaate ja perustuslain 124 §

Valtion, kuntien ja nykyisin myös hyvinvointialueiden päätöksiä tehtävien-  
sä yksityistämisestä rajoittaa keskeisiltä osin erityisesti perustuslain 124  
§:stä ilmenevä virkamieshallintoperiaate. Kyse on sekä lainsäätäjän että  
toimeenpanovallan rajoitteesta, joka asettaa rajat julkisten toimijoiden

ydintehtävien hoitamiselle sopimus pohjaisesti tai muuten viranomaisten oman toiminnan ulkopuolella.<sup>33</sup>

Perustuslain 124 §:n mukaan julkinen hallintotehtävä voidaan antaa muulle kuin viranomaiselle vain lailla tai lain nojalla, jos se on tarpeen tehtävän tarkoituksen mukaiseksi hoitamiseksi eikä vaaranna perusoikeuksia, oikeusturvaa tai muita hyvän hallinnon vaatimuksia. Merkittävää julkisen vallan käyttöä sisältäviä tehtäviä voidaan antaa vain viranomaiselle. Lisäksi perustuslakivaliokunnan lausuntokäytännössä on hyväksytty julkisen hallintotehtävän antaminen muulle kuin viranomaiselle myös lain nojalla tehtävällä sopimuksella.<sup>34</sup> Käytännössä julkinen hallintotehtävä voidaan siis antaa suoraan lailla muulle kuin viranomaiselle, lakiin voidaan ottaa toimivaltasäännös, jonka nojalla viranomainen voi antaa tehtävän muulle kuin viranomaiselle joko hallintopäätöksellä tai sopimuksella, minkä lisäksi lakiin voidaan ottaa toimivaltasäännös tehtävän antamisesta asetuksella.<sup>35</sup> Kuitenkin perusoikeusjärjestelmän kokonaisuudesta tai muista valtiosääntöisistä seikoista voi johtua, että lakia alemman asteista sääntelyä ei voida käyttää, vaan siirrosta on säädettävä suoraan tavallisella lailla.<sup>36</sup>

Perustuslain 2 §:n 3 momentin mukaan julkisen vallan käytön tulee perustua lakiin. Kaikessa julkisessa toiminnassa on noudatettava tarkoin lakia. Säännöksen ensimmäisessä osassa laki-käsitteellä katsotaan vakiintuneesti viitattavan eduskunnan tavallisessa lainsäätämisyjärjestyksessä säätämään lakiin sekä tätä ylemmän asteisiin normeihin, kun taas säännöksen jälkimmäisen osan vaatimus lain noudattamisesta on luonteeltaan laajempi ja koskee myös muita viranomaistoiminnan kannalta olennaisia normeja.<sup>37</sup>

Perustuslain 124 §:n sanamuodon on todettu korostavan lähtökohtaa, jonka mukaan julkisten hallintotehtävien hoitamisen tulee yleensä kuulua viranomaisille ja viranomaisten nimissä viranhaltijoille. Ajatukseen viitataan vakiintuneesti virkamieshallintoperiaatteena.<sup>38</sup> Tuori on todennut virkamieshallintoperiaatteen ja sen nykyisen kodifioinnin perustuslain 124 §:ssä olevan oikeusvaltion pidäkkeitä yksityistämistä ja julkisten tehtävien luovutuksia vastaan.<sup>39</sup> Pölönen on viitannut säännökseen palomuurina.<sup>40</sup> Koivisto luonnehtii säännöksen oikeuskirjallisuudessa saamia luonnehdin-

<sup>33</sup> Pölönen 2012, s. 1153.

<sup>34</sup> PeVL 11/2002 vp, s. 5; PeVL 11/2004 vp, s. 2; PeVL 57/2010 vp, s. 5; PeVL 65/2010 vp, s. 2; PeVL 6/2013 vp, s. 2; PeVL 8/2014 vp, s. 3; PeVL 16/2016 vp, s. 3.

<sup>35</sup> Keravuori-Rusanen 2008, s. 299–318.

<sup>36</sup> Mm. Muukkonen 2008, s. 18. Ks. lisäksi esim. Viljanen 2018, s. 4.

<sup>37</sup> Mm. Muukkonen 2012, s. 5.

<sup>38</sup> HE 1/1998 vp, s. 179; ks. mm. Saraviita 2005, s. 117; Husa – Pohjolainen 2008, s. 67.

<sup>39</sup> Tuori 2003, s. 244–245.

<sup>40</sup> Pölönen 2012, s. 1153.

toja defensiiviseksi ja toteaa sen olevan yksityistämisen *non plus ultra*, eräänlainen viimesijainen raja, mutta toisaalta huomauttaa säännöksen tekevän hallintotehtävien antamisesta muulle kuin viranomaisille valtiosääntöisesti mahdollista.<sup>41</sup> Keravuori-Rusasen mukaan säädöksen pyrkimyksenä on yhtäältä varmistaa, että julkisen hallintotehtävän siirrot yksityisille eivät vaaranna oikeusvaltiollisia vaatimuksia, ja toisaalta turvata demokraattinen päätöksenteko ja ohjaus julkisten hallintotehtävien organisoinnissa.<sup>42</sup> Säädöksen taustalle voidaan myös paikantaa ajatus, jonka mukaan julkisten tehtävien hoitaminen ja julkisen vallan käyttö edellyttävät erityisiä oikeudellisia takeita.<sup>43</sup> Tästä syystä julkisen vallan käytön lainmukaisuuden, puolueettomuuden ja johdonmukaisuuden toteutumista on turvattava viranomaisasemaa, virkasuhdetta ja virkavastuuta koskevin järjestelyin.<sup>44</sup>

Perustuslain 2 §:n 3 momentin sisältämän hallinnon lainalaisuus- tai oikeusvaltioperiaatteen taas on katsottu rajoittavan hallinnon organisoinnin sopimuksellisuutta sekä viranomaisten keskinäisissä suhteissa että julkinen-yksityinen-suhteessa. Sen lisäksi, että viranomaiset eivät perustuslain 124 §:n ja 2 §:n 3 momentin normikokonaisuuden johdosta voi vapaasti sopia julkisten tehtävien antamisesta yksityisille, viranomaiset eivät voi lainalaisuus- ja oikeusvaltioperiaatteesta johtuen myöskään keskenään sopia omien tehtäviensä siirtämisestä toiselle viranomaiselle.<sup>45</sup> Eri asia on, että julkisella toimijalla, kuten kunnalla tai hyvinvointialueella, voi olla sille taatun itsehallinnon tai tavallisella lailla annettun toimintakentän puitteissa oikeus ryhtyä myös sellaisiin toimiin, joista ei ole suoraan säädetty. Julkisen vallan käytön on kuitenkin myös näissä tilanteissa perustuttava lakiin, eli toiminta-autonomian laajuus muotoutuu lopulta säädösperustan kautta kahdella tavalla: julkisen vallan käyttöä sisältäviä tehtäviä voidaan hoitaa vain siltä osin kuin niistä on vähintään laintasoisesti säädetty, kun taas muita tehtäviä voidaan hoitaa itsehallinnon tai toiminnallisen autonomian puitteissa vain siltä osin kuin kyse ei ole julkisen vallan käytöstä. Käytännössä esimerkiksi kuntien toimintamahdollisuudet ovat perustuslain takaaman itsehallinnon ja toisaalta kuntalaissa annettujen mahdollisuuksien johdosta muodostuneet kuitenkin hyvin laajoiksi, eikä kuntien kaikesta julkisen vallan käyttöä sisältävästä toiminnasta säädetä laissa nimenomaisesti.

<sup>41</sup> Koivisto 2014, s. 677–678.

<sup>42</sup> Keravuori-Rusanen 2008, s. 485–486.

<sup>43</sup> Mäenpää 2018a, s. 102.

<sup>44</sup> Keravuori-Rusanen 2008, s. 12. Ks. myös Saraviita 2011, s. 993.

<sup>45</sup> Pölönen 2012, s. 1152.

Kuntien tapauksessa kysymystä virkamieshallintoperiaatteen soveltamisesta on lähestytty usein jaottelulla kunnan erityiseen toimialaan, joka sisältää kunnan lakisääteiset tehtävät, ja kunnan yleiseen toimialaan eli mahdollisuuden ottaa tehtäviä hoidettavakseen itsehallintonsa nojalla. Tämä lähtökohta oli nimenomaisena aiemmassa kuntalaissa, ja se säilyi myös uuden kuntalain esitöissä.<sup>46</sup> Jaottelua on oikeuskirjallisuudessa ajoittain kritisoitu.<sup>47</sup>

Ennen perustuslain 124 §:n säätämistä olikin jossain määrin epäselvää, miltä osin virkamieshallintoperiaatteen mukaiset tehtävänsiirtoja koskevat edellytykset pätevät myös kunnan yleiseen toimialaan kuuluviin tehtäviin. Keravuori-Rusanen paikantaa perustuslain 124 §:n ensisijaiseksi subjektitahoksi valtion, eikä säännöksen perusteluista tai sen soveltamiskäytännöstä ollut Keravuori-Rusasen mukaan yksiselitteisesti arvioitavissa, kuinka säännöstä tulisi tarkastella kuntia ja itsehallintoalueita tarkasteltaessa. Keravuori-Rusanen päätyi kuitenkin toteamaan, että kunnille kuuluvien tehtävien siirtoa tulisi arvioida samankaltaisista lähtökohdista kuin valtion tehtäväkenttään kuuluvia siirtoja.<sup>48</sup> Samaan päätelmään on päädytty myös laajemmin.<sup>49</sup> Nykyisin voidaan pitää vakiintuneena lähtökohtana, että jaottelulla kunnan erityiseen ja yleiseen toimialaan ei ole valtiosääntöistä merkitystä myöskään julkisen hallintotehtävän siirtoja koskevilta osin. Perustuslain 124 §:n mukaiset edellytykset ovat läsnä valtion lisäksi myös kuntien, hyvinvointialueiden ja muidenkin julkisten toimijoiden ollessa kyseessä. Muukkonen on tulkinnut perustuslainsäätäjän noudattaneen organisaationeutraalisuuden ajatusta, jonka mukaan ulkoistaminen ei ole syy tai mahdollisuus heikentää jokaiselle turvattujen oikeuksien toteutumista. Julkisen hallintotehtävän siirto ei siis muuta perusoikeusjärjestelmän vaatimusta, jonka mukaan mahdollisten perusoikeusrajoitusten on oltava hyväksyttävii perusoikeuksien yleisten rajoitusedellytysten näkökulmasta. Perustuslain esitöissä on nimenomaisesti todettu, että oikeusturvan ja hyvän hallinnon vaatimusten noudattaminen tulee säännöspäätöksellisesti taata myös viranomaiskoneiston ulkopuolella.<sup>50</sup>

Kaikissa julkisten toimijoiden tehtävissä tai julkisten hoitamissa toiminnoissa ei ole kyse julkisista hallintotehtävistä. Tutkimuskysymyksen näkökulmasta kyse on kuitenkin hyvin olennaisesta lainsäätäjän harkintavallan rajasta, sillä perustuslain 124 § sitoo julkisia hallintotehtäviä koskevan

<sup>46</sup> Kuntalain (365/1995) 2 § sekä HE 268/2014 vp, s. 138.

<sup>47</sup> Harjula – Prättälä 2015, s. 192–193.

<sup>48</sup> Keravuori-Rusanen 2008, s. 290–296.

<sup>49</sup> Ks. esim. Heuru 2001, s. 65; Sutela 2003, s. 79.

<sup>50</sup> PeVM 10/1998 vp, s. 35.

yksityistämisen- ja ulkoistamistarkastelun nimenomaiseen valtiosääntöiseen asetelmaan. Perustuslain 124 §:stä muotoutuu näin nimenomaisia valtiosääntöisiä rajoja yksityistämisen ja ulkoistamisen laajuudelle sekä erinäisiä lainsäätäjää rajoittavia vaatimuksia, jotka kulloinkin harkittavana olevan ehdotetun sääntelyn tai yksityistämispäätöksen tulee täyttää.

Merkitystä on lisäksi laajemmin virkamieshallintoperiaatteen sekä virkamiehen käsitteen – nykyisin usein myös neutraalimman viranhaltijan käsitteen – vakiintumisella osaksi suomalaista hallintokulttuuria. Virkamiehen asema poikkeaa yksityisoikeudellisista palvelussuhteista tavalla, jonka voidaan ajatella korostavan tarvetta turvata julkisen vallan käyttöä koskevan päätöksenteon lainmukaisuus, yhtenäisyys ja objektiivisuus. Perustuslain 125 §:n sisältämät virkanimitysperusteet käsittävät muun muassa jokaisen avoimen mahdollisuuden hakea virkaa ja tulla nimitysharkinnassa huomioduksi sekä vaatimuksen virkanimityksen perustumisesta pätevyyteen ja ansioihin.<sup>51</sup> Kun virkoja käytetään suomalaisessa julkisessa hallinnossa laajasti myös tehtävissä, joissa ei ole kyse varsinaisesta julkisen vallan käytöstä tai edes julkisesta hallintotehtävästä, muodostuu virkamieshallintoperiaatteen merkitys pelkän perustuslain 124 §:n soveltamisalaa laajemmaksi.

Virkamieshallintoperiaate kodifioitiin ja sen sisältämiä normatiivisia vaatimuksia täsmennettiin vuonna 2000 voimaan tulleessa uudessa perustuslaissa, johon lisättiin kokonaan uusi 124 §. Periaatteeseen on kuitenkin perustuslakivaliokunnan lausuntokäytännössä viitattu jo 1980-luvun puolivälistä lähtien.<sup>52</sup> Perustuslakivaliokunnassa virkamieshallintoperiaate ja sen sisältö johdettiin tuolloin voimassa olleen hallitusmuodon 1, 2 ja 84 §:n sekä hallinnon lainalaisuuden vaatimukseen ja virkavastuuseen liittyvien näkökohtien kautta. Varsinaisen perustuslaintasoisien kirjauksen juuriin voidaan ainakin lainsäädäntöaineiston perusteella katsoa olevan perustuslakiuudistusta valmistelleen Perustuslaki 2000 -komitean mietinnössä, jossa komitea katsoi hyvän hallinnon ja oikeusturvan vaatimusten edellyttävän, että julkisen hallintotehtävän antamisesta yksityiselle otetaan uuteen perustuslakiin nimenomainen säännös.<sup>53</sup>

Komitean ehdotusta ei voitane pitää yllättävänä, sillä virkamieshallintoperiaatteen käytännön toteutuksesta sekä sen oikeudellisista vaikutuksista

<sup>51</sup> Pölönen 2012, s. 1150.

<sup>52</sup> Mm. PeVL 4/1989 vp; PeVL 37/1992 vp; PeVL 15/1994 vp.

<sup>53</sup> Perustuslaki 2000 -komitea, s. 316. Komitean muotoilu oli kuitenkin perustuslakiin otettua säännöstä yksiselitteisempi, ja se korosti yksityiselle annettavien tehtävien poikkeuksellista ja rajoitettua luonnetta: ”Julkinen hallintotehtävä voidaan antaa lailla muulle kuin viranomaisella *vain, jos* se on tarpeen tehtävän tarkoituksenmukaiseksi hoitamiseksi.”

esitettiin tutkimuksen piirissä kritiikkiä erityisesti 1990-luvulla sekä 2000-luvun ja uuden perustuslain alkuaikoina. Esimerkiksi Rasinmäen mukaan yksityistäminen oli johtanut 1990-luvun lopulle tultaessa tilanteeseen, jossa hallinto-oikeudellisia periaatteita oli väistynyt ja rajoitettu eikä lainsäädännön oikeudellinen tehtävä ollut toteutunut riittävästi ja siten määritellyt yksityistämislle rajoja. Rasinmäen mukaan lainsäädäntöä oli sen sijaan tehty poliittiset ja yhteiskunnalliset tavoitteet edellä.<sup>54</sup>

Tilanteen voidaan ajatella osin korjaantuneen, kun perustuslain 124 § säädettiin ja esimerkiksi hallinnon yleislakeja ja muita julkisen toiminnan sääntelyn keskeisiä oikeusnormeja ulotettiin koskemaan yksityisiä toimijoita näiden hoitaessa julkista hallintotehtävää. Lisäksi 2000-luvulla on vakiintunut jo Rasinmäen ratkaisuvaihtoehtoihin kuulunut perus- ja ihmis-oikeusmyönteisen laintulkinnan periaate, mikä on osaltaan purkanut 1990-luvulla paikannettua jännitettä. Perus- ja ihmisoikeusmyönteisen laintulkinnan voidaan katsoa näkyneen erityisesti perustuslakivaliokunnan lausuntokäytännössä ja korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisuihin.<sup>55</sup>

Virkamieshallintoperiaatteen ei ole missään suomalaisen oikeusjärjestelmän kehitysvaiheessa katsottu estävän hallintotehtävien tai julkisen vallan käytön antamista muille kuin viranomaisille, mutta periaate on asettanut tällaisille siirroille oikeudellisia reunaehtoja. Käytännössä reunaehtojen noudattamisessa oli kuitenkin merkittävää epä johdonmukaisuutta varsinkin ennen vuoden 1995 perusoikeusuudistusta.<sup>56</sup> Uudistuksen yhteydessä oikeustila osin täsmentyi, sillä perustuslakiin lisättiin 22 §, jonka mukaan julkisella vallalla on velvollisuus turvata perusoikeuksien toteutuminen. Perustuslakivaliokunta totesi uudistusta käsitellessään, että perusoikeussäännösten vaikutukset ulottuvat muuhunkin julkiseen toimintaan kuin valtion nimissä tapahtuvaan ja että myös viranomaistoimintaan rinnastettava yksityisen oikeussubjektin toiminta on perusoikeuksien kannalta julkista toimintaa. Tähän seikkaan oli perustuslakivaliokunnan mukaan kiinnitettävä riittävästi huomiota, jos lainsäädäntötoimin toteutetaan hallinnon perinteisten rakenteiden hajauttamista ja yksityistämistä. Valiokunnan mukaan näin ei ennen perusoikeusuudistusta ollut toimittu.<sup>57</sup>

Vaikka kyse ei ole varsinaisesta perusoikeudesta, perustuslain 124 §:n tulkitseminen perusoikeuksista erillään ei jo sen sananmuodon ja valtio-

<sup>54</sup> Rasinmäki 1997, s. 24.

<sup>55</sup> Ks. esim. KHO 2005:50, KHO 2010:42 ja KHO 2014:1.

<sup>56</sup> Keravuori-Rusanen 2008, s. 13–20; PeVL 19/1985 vp; PeVL 4/1989 vp; PeVL 37/1992 vp; PeVL 1/1994 vp; PeVL 7/1994 vp; PeVL 15/1994 vp; PeVL 44/1998 vp; PeVL 14/1999 vp.

<sup>57</sup> PeVM 25/1994 vp, s. 3.

sääntöisen asemankaan vuoksi ole mahdollista, vaan säännöksen sisältö on asemitava perusoikeusnormien ja valtiosääntöoikeudellisten periaatteiden muodostamaan kokonaisuuteen. Perustuslain 124 §:n säännöksen keskeiseksi tehtäväksi voidaan ajatella julkisten hallintotehtävien demokraattisen ohjauksen ja päätöksenteon sekä keskeisten oikeusvaltiollisten periaatteiden toteutumisen varmistaminen. Säännös kuitenkin nimenomaisesti mahdollistaa julkisen hallinnon järjestämisen viranomaiskoneiston ulkopuolelle ja yksityisten toimijoiden hyödyntämisen, mikä luo edellytyksiä tarkoituksenmukaiselle ja tehokkaalle hallinnolle. Keravuori-Rusasen mukaan perustuslain 124 §:ää ei ole syytä tulkita vain oikeusvaltiollisia lähtökohtia ilmentäväksi säännökseksi, vaan se kytkeytyy säännöksen sisältämän tarkoituksenmukaisuusvaatimuksen kautta hallintovaltiolle tyypillisiin tehokkuutta, tarpeellisuutta ja muuta tarkoituksenmukaisuutta koskeviin tarkasteluihin.<sup>58</sup> Kysymys ei ole hallinnon järjestämiseen kiinnittyvän tarkoituksenmukaisuuden sekä valtiosääntöisten periaatteiden vastakkainasettelusta, vaan näitä on arvioitava toistensa edellytyksinä, jotka vuorovaikutuksessa määrittävät valtiosääntöisen hyväksyttävyyden rajoja.

## 2.2 Julkinen hallintotehtävä ja lähikäsitteet

Perustuslain 124 §:n keskeinen käsite on julkinen hallintotehtävä, jonka siirtoon säännöksen asettamat edellytykset kytkeytyvät. Keravuori-Rusasen mukaan perustuslain 124 §:n tulkinnassa on kyse valtiollisten tehtävien erottamisesta julkisista hallintotehtävistä sekä toisaalta hallinnollisten tehtävien erottamisesta muista julkisista tehtävistä. Tehtävryhmien rajat eivät kuitenkaan ole yksiselitteisiä.<sup>59</sup>

Perustuslain esitöiden mukaan julkisella hallintotehtävällä viitataan veraten laajaan hallinnollisten tehtävien kokonaisuuteen, johon kuuluu esimerkiksi lakien toimeenpanoon sekä yksityisten henkilöiden ja yhteisöjen oikeuksia, velvollisuuksia ja etuja koskevaan päätöksentekoon liittyviä tehtäviä.<sup>60</sup> Julkista hallintotehtävää voidaan siis pitää eräänlaisena yläkäsitteenä ja julkisen vallan käyttöä sen piiriin kuuluvana alakäsitteenä. Julkinen valta kantaa suomalaisessa oikeusjärjestyksessä myös eräänlaista kaksosmerkitystä, sillä julkinen valta voi oikeudellisessa kielenkäytössä olla objektin lisäksi myös subjekti.<sup>61</sup> Esimerkiksi perustuslain 22 §:ssä perus- ja

<sup>58</sup> Keravuori-Rusanen 2008, s. 261–264.

<sup>59</sup> Keravuori-Rusanen 2008, s. 25.

<sup>60</sup> HE 1/1998 vp, s. 179.

<sup>61</sup> Nykänen 2020, s. 435.

ihmisoikeuksien turvaamisvelvollisuus kohdistetaan nimenomaan julkiselle vallalle eli käytännössä valtiolle, kunnille ja muille julkisoikeudellisille toimijoille. Julkinen valta voi siis käyttää julkista valtaa, mutta julkista valtaa voivat käyttää perustuslain 124 §:n ja muiden valtiosääntöisten rajojen puitteissa myös muut kuin viranomaiset. Näistä toimijoista ei kuitenkaan tule julkisen vallan (objekti) käytön myötä osa julkista valtaa (subjekti). Tässä tutkimuksessa julkiseen valtaan viitataan lähinnä subjektina, kun taas julkisen vallan käytöstä puhuttaessa julkinen valta on objektin roolissa.

Julkinen hallintotehtävän hoitaminen voi siis sisältää julkisen vallan käyttöä, mutta julkisen vallan käyttö ei ole edellytys sille, että jokin tehtävä voitaisiin katsoa julkiseksi hallintotehtäväksi. Koivisto on todennut perustuslaissa käytetyn julkisen vallan käsitteen olevan työkalu muotoilla valtiollisen toiminnan sallittuja muotoja ja vallankäytön intensiteettiä.<sup>62</sup>

Julkinen hallintotehtävän käsitettä on tutkimuksen piirissä lähestytty useista eri lähtökohdista, ja se on ollut kokonaisuutena arvioiden varsin runsaan tutkimuksellisen mielenkiinnon kohteena. Myös perustuslakivaliokunta on lausunut erinäisten yksityiselle siirrettäväksi ehdotettujen tehtävien yhteydessä näiden tehtävien luonteesta ja asemoitumisesta suhteessa perustuslain 124 §:n mukaiseen julkisen hallintotehtävän käsitteeseen.<sup>63</sup> Perustuslakivaliokunnan lausuntokäytännössä ja oikeuskirjallisuudessa on kuitenkin esiintynyt keskenään ristiriitaisia tulkintoja siitä, mihin rajanvetoa julkisista hallintotehtävistä puhuttaessa tulisi tehdä. Kysymys julkisen hallintotehtävän käsitteestä ja sen systematisoinnista ei siis ole yksiselitteinen.<sup>64</sup>

Tarkastelun lähtökohtana voidaan pitää sitä, että perustuslain 124 §:n sovellettavuus edellyttää sekä niin sanotun funktionaalisen että organisatorisen soveltumisedellytyksen täyttymistä – kyse on oltava julkisesta hallintotehtävästä, ja tehtävän siirron on suuntauduttava viranomaiskoneiston ulkopuolelle. Perustuslain esitöiden perusteella yksiselitteistä on lisäksi, että lainsäädäntö- ja tuomiovallan käyttöön liittyviä tehtäviä ei pidetä julkisina hallintotehtävinä.<sup>65</sup>

Keravuori-Rusasta mukailien julkisia hallintotehtäviä voitaisiin kuvailla lailla säädetyiksi, tyypillisesti oikeusnormein sidotuiksi ja julkisoikeudel-

<sup>62</sup> Koivisto 2014, s. 677.

<sup>63</sup> Ks. tuoreimmasta lausuntokäytännöstä esim. PeVL 16/2016 vp; PeVL 31/2018 vp; PeVL 67/2018 vp; PeVL 70/2018 vp; PeVL 15/2019 vp; PeVL 34/2020 vp; PeVL 45/2020 vp; PeVL 33/2021 vp; PeVL 48/2021 vp; PeVL 5/2021 vp; PeVL 6/2022 vp; PeVL 8/2022 vp.

<sup>64</sup> Mm. Kerttula 2010, s. 152.

<sup>65</sup> HE 1/1998 vp, s. 179/I.



listen säännösten soveltamista edellyttäviksi tehtäviksi, jotka kuuluvat hallinnollisen toimeenpanovallan alaan ja joiden hoitamisesta vastuu kuuluu ensisijaisesti viranomaisille.<sup>66</sup> Perustuslainsäätäjänä on julkisen hallintotehtävän sekä toisaalta julkisen tehtävän käsitteillä pyrkinyt antamaan perustuslain 124 §:n sovellettavuudelle erilliset, yleisestä julkisen toiminnan piiristä poikkeavat suppeammat edellytykset. Kyse on nimenomaan julkisista hallintotehtävistä, minkä arviointi edellyttää tehtävän luonteen arviointia.<sup>67</sup>

Hallintotehtävät ovat luonteeltaan heterogeenisiä, mutta niitä on mahdollista ryhmitellä suuntaa antaviin kategorioihin. Keravuori-Rusasen mukaan julkista hallintotehtävää hoitaessaan julkinen valta 1) velvoittaa ja rajoittaa, 2) oikeuttaa ja myöntää, 3) valmistelee ja täytäntöönpanee, 4) määrää ja ohjaa, 5) valvoo ja tarkastaa, 6) suojelee ja pelastaa sekä 7) palvelee ja huolehtii.<sup>68</sup>

Myllymäki on katsonut julkiseksi hallintotehtäväksi julkisen vallan käytön, muun viranomaistoiminnan sekä muun palvelutoiminnan.<sup>69</sup> Sutela on jakanut julkisia tehtäviä julkisiin palvelutehtäviin ja julkisiin hallintotehtäviin.<sup>70</sup> Husa ja Pohjolainen sekä Huhtanen taas ovat muotoilleet myös tämän tutkimuksen omaksuman ajatuksen käsitteiden eräänlaisesta kerroksellisuudesta, jossa julkinen tehtävä on kerroksista alin ja julkisen vallan käyttö ylin. Kaikki julkisen vallan käyttö on julkisen hallintotehtävän hoitamista, ja kaikki julkiset hallintotehtävät kuuluvat myös julkisten tehtävien piiriin.<sup>71</sup>

Julkisen hallintotehtävän käsitettä käytetään myös hallintolain (434/2003) 2 §:n 3 momentissa, jonka mukaan kyseistä lakia sovelletaan valtion liikelaitoksissa, julkisoikeudellisissa yhdistyksissä sekä yksityisissä niiden hoitaessa julkisia hallintotehtäviä. Kaikki julkiset tehtävät eivät ole julkisia hallintotehtäviä myöskään hallintolain näkökulmasta.<sup>72</sup> Hallintolain lisäksi julkisen hallintotehtävän käsitettä käytetään muun muassa kielilain (423/2003) 25 §:ssä.

Nykyään mukaan julkisen hallintotehtävän ydinalueelle kuuluvat hallinnollisten määräysten antaminen sekä erilaisten lakiin perustuvien lupien

<sup>66</sup> Mm. Keravuori-Rusanen 2008, s. 167–168.

<sup>67</sup> Ibid., s. 166–167.

<sup>68</sup> Ibid., s. 182–183.

<sup>69</sup> Myllymäki 2003, s. 10.

<sup>70</sup> Sutela 2003, s. 76.

<sup>71</sup> Husa – Pohjolainen 2008, s. 73–76; Huhtanen 2005, s. 132.

<sup>72</sup> Mäenpää 2021, s. 60–64; Suviranta 2006, s. 546–550. Esimerkiksi posti, telepalvelut ja julkisen palvelun tehtävät rajautuvat Mäenpään mukaan julkisen hallintotehtävän käsitteen ulkopuolelle.

tai etuuksien myöntäminen. Myös julkisten palvelujen tuottamistehtävät, mukaan lukien julkisen vallan järjestämisvastuulle kuuluvien sosiaali- ja terveydenhuollon palvelujen tuottaminen, on Nykäsen mukaan vakiintuneesti ymmärretty perustuslain 124 §:ssä tarkoitetuiksi julkisiksi hallinto-tehtäviksi.<sup>73</sup> Toisaalta on myös selvää, että kaikkea julkisten palveluiden tuottamista ei voida pitää julkisina hallintotehtävinä. Palveluiden tuottamista ei kuitenkaan ole kategorisesti rajattu käsitteen ulkopuolelle, vaan tiettyjä palveluita on esimerkiksi perustuslakivaliokunnan käytännössä pikemminkin kategorisesti rajattu sen piiriin. Myöskään Nykäsen mainitsemaa sosiaali- ja terveyspalveluiden tuottamista ei jäljempänä täsmennettävällä tavalla ole kokonaisuudessaan katsottava julkiseksi hallintotehtäväksi.

Perustuslakivaliokunnan käytännöstä ei juuri ole mahdollista täsmentää julkisten hallintotehtävien rajoja myöskään viranomaistehtävien tyyppien tai hallinnon tehtävien muotojen mukaan.<sup>74</sup> Julkisen hallintotehtävän hoitaminen voi olla yhtä lailla hallintopäätösten tekemistä tai muuta määrämutoista toimintaa kuin tosiasiallista hallintotoimintaa, esimerkiksi julkisten palvelujen tuottamista. Toisaalta julkisen hallintotehtävän piiriä koskevaa rajanvetoa joudutaan tekemään lähinnä tosiasiallisen hallintotoiminnan tilanteessa, sillä se, että toiminta sisältää hallintopäätösten tekemistä, on vähintäänkin erittäin vahva viite toiminnan kuulumisesta julkisen hallintotehtävän alaan.

Myös neuvontapalveluita on tietyissä tapauksissa pidetty julkisina hallintotehtävinä. Perustuslakivaliokunnan mukaan esimerkiksi verohallinnon neuvova puhelinalvelu oli julkinen hallintotehtävä, sillä neuvonta kuului muun muassa hallintolain 8 §:n mukaan viranomaisen lakisääteisiin tehtäviin.<sup>75</sup> Näin siitä huolimatta, että neuvontaan ei kyseisessä tapauksessa sisällynyt esimerkiksi päätöksentekovallan käyttöä.

Julkisen hallintotehtävän käsitettä ei ole syytä ymmärtää staattiseksi vaan pikemminkin dynaamiseksi ja jatkuvasti – tosin hyvin hitaasti – muuttuvaksi. Tätä ilmentää muun muassa se, että tehtävät voivat myös lakata olemasta julkisia hallintotehtäviä, kuten on perustuslakivaliokunnan lausuntokäytännössä todennetulla tavalla käynyt 2000-luvulla esimerkiksi sähköisen tunnistautumisen varmennepalveluissa.<sup>76</sup> Toisaalta yhteiskun-

---

<sup>73</sup> Nykänen 2020, s. 437. Ks. myös HE 1/1998 vp, s. 179; Huhtanen 2005, s. 133; Keravuori-Rusanen 2008; PeVL 41/2010 vp, s. 2.

<sup>74</sup> Keravuori-Rusanen 2008, s. 71: Hallinnon tehtävämuodoiksi voidaan määritellä esimerkiksi hallinnollinen päätöksenteko, tosiasiallinen hallintotoiminta, hallinnon sisäinen toiminta ja hallinnon yksityisoikeudellinen toiminta.

<sup>75</sup> PeVL 11/2006 vp.

<sup>76</sup> Ks. esim. PeVL 2/2002 vp ja PeVL 16/2009 vp.

nan ja hallintotoiminnan muuttuessa tai oikeudellisen kehityksen myötä uusia tehtäviä voi siirtyä julkisten hallintotehtävien piiriin. Perustuslain 124 §:n säännös kattaa sekä viranomaisille nykyisin kuuluvien tehtävien siirtämisen että hallinnon uusien tehtävien antamisen muille kuin viranomaisille.<sup>77</sup> Julkisten hallintotehtävien ala ei siis ole ennalta annettu, ja vaikka teoreettisesti lieneekin mahdollista jonain nimenomaisena hetkenä listata kaikenkattavasti julkisten hallintotehtävien piiriin kuuluvat julkisten toimijoiden tehtävät, tämä olisi sekä käytännössä mahdotonta että tosiasiallisesti tarpeetonta. Arvio tehtävien luonteesta on tehtävä kulloisessakin tulkintatilanteessa sen edellyttämässä laajuudessa, mihin voidaan saada apua yleisemmistä oikeustilaa koskevista systematisoinneista.

Tämän tutkimuksen näkökulmasta julkisen hallintotehtävän täsmennyttämyys asettaa kuitenkin haasteen. Kun edes julkisten hallintotehtävien rajoja ei ole mahdollista aukottomasti ja poikkileikkaavasti täsmentää, tulee koko yksityistämiseen liittyviä lainsäätäjän harkintavallan rajoja koskevasta tarkastelusta haastavaa.

Julkisen hallintotehtävän käsitteeseen kytkeytyvä julkisen tehtävän käsite on niin ikään kokonaisuutena melko määrittymätön. Laillisuusvalvojien toimivaltuuksia koskevissa perustuslain 108 §:n 1 momentissa ja 190 §:ssä viitataan nimenomaan julkisiin tehtäviin. Säännösten mukaan julkisia tehtäviä hoitavat kuuluvat valtioneuvoston oikeuskanslerin ja eduskunnan oikeusasiamiehen valvonnan piiriin.

Säädöksen syntyhistoria hankaloittaa siinä esiintyvän julkisen tehtävän käsitteen tulkintaa. Kyseinen käsite lisättiin silloiseen hallitusmuotoon vuoden 1991 alusta, kun laillisuusvalvojien toimivalta irrotettiin rikoslain virkamieskäsitteestä. Tavoitteena oli sen varmistaminen, että laillisuusvalvojien toimivalta ei kaventuisi viranomaistoimintojen yksityistämisen seurauksena.<sup>78</sup> Julkisen tehtävän käsite omaksuttiin säännökseen kuitenkin vasta eduskuntakäsittelyssä ilman sen tarkempaa määrittelyä.<sup>79</sup> Julkisen tehtävän käsitteen sijaan hallituksen esityksessä käytettiin vielä julkisen vallan käsitettä.<sup>80</sup> Julkisen tehtävän käsitettä ei mainittavasti selvennetty myöskään perusoikeusuudistuksen yhteydessä tai säädettäessä vuoden 2000 perustuslakia, johon 1990-luvun taitteessa syntynyt säädös otettiin sellaisenaan.<sup>81</sup>

<sup>77</sup> HE 1/1998 vp, s. 179.

<sup>78</sup> Pölönen 2012, s. 1154–1156.

<sup>79</sup> PeVM 9/1990 vp; SuVM 179/1990 vp.

<sup>80</sup> HE 72/1990 vp, s. 13–15: Lähtökohtana oli siis valvontavallan laajentaminen nimenomaan julkisen vallan käyttöön, jonka ytimenä oli vakiintuneesti pidetty päättämistä jonkun edusta, oikeudesta tai velvollisuudesta.

<sup>81</sup> Sarja 2010, s. 22.

Julkisen tehtävän käsite esiintyy myös laillisuusvalvojen tiedonsaanti-oikeutta koskevassa 111 §:ssä kuten myös perustuslain 118 §:n 3 momentissa, jonka mukaan yksilön oikeus vaatia rangaistusta ja korvauksia ei riipu siitä, onko julkisen tehtävän hoitaminen uskottu virkamiehelle vai viranomaiskoneiston ulkopuolelle. Lisäksi muun muassa hallinnon yleislakeihin kuuluvan viranomaistoiminnan julkisuudesta annetun lain (julkisuuslaki, 621/1999) 4 §:n 2 momentissa viitataan julkiseen tehtävään ja julkisen vallan käyttöön.<sup>82</sup> Myös ainakin oikeudenkäymiskaassa (4/1734), poliisilaissa (872/2011) ja laissa oikeudenkäynnistä vakuutusoi-keudessa (677/2016) käytetään julkisen tehtävän käsitettä.<sup>83</sup> Sarja on erityisesti laillisuusvalvojen toimivallan näkökulmasta paikantanut useita kriteereitä, joiden täytyminen kokonaan tai suurelta osin viittaisi kyseessä olevan julkinen tehtävä.<sup>84</sup>

Vaikka julkisen hallintotehtävän piirin määrittely ei edellä kuvatulla tavalla ole yksinkertaista, voidaan sinänsä pitää selvänä, että melko huomattavassa osassa sote-sektorin tehtävistä on kyse julkisista hallintotehtävistä.

Olennaista eroa voidaan tältä osin tehdä terveystalouden ja sosiaalipalveluiden välille, sillä sosiaalipalveluiden piirissä tehdään paljon yksilöä koskevia päätöksiä, joihin sisältyy julkisen vallan tai merkittävän julkisen vallan käyttöä ja joissa puututaan myös olennaisella tavalla henkilön perusoikeuksiin.<sup>85</sup> Perustuslain 19 §:ää toteuttavat julkiset sosiaali- ja terveydenhuollon palvelut voidaan ymmärtää esimerkiksi perustuslain 124 §:ssä tarkoitetuiksi julkisiksi hallintotehtäviksi sekä näitä täydentäviksi palvelutuotannoksi.<sup>86</sup> Osa tehtävistä asettuu hallintotehtävien ydinalueelle ja osa

---

<sup>82</sup> Julkisuuslain 4 §:n 2 momentin mukaan mitä viranomaisesta säädetään, koskee myös lain tai asetuksen taikka lain tai asetuksen nojalla annetun säännöksen tai määräyksen perusteella julkista tehtävää hoitavia yhteisöjä, laitoksia, säätiöitä ja yksityisiä henkilöitä niiden käyttäessä julkista valtaa.

<sup>83</sup> Pölonen 2012, s. 1154–1156; oikeudenkäymiskaaren (4/1734) 17 luvun 23 §:n 1 momentin 1 kohta, poliisilain (872/2011) 4 luvun 2 § ja vakuutuslaki (132/2003) 21 §.

<sup>84</sup> Sarja 2010, s. 26–27. Näitä kriteerejä ovat seuraavat: 1) toiminnasta on erikseen säädetty; 2) jokin taho on normissa erikseen nimetty toiminnan harjoittajaksi joko suoraan tai niin, että tehtävän hoitaja voi määräytyä lain nojalla laissa tarkemmin määritellyllä tavalla; 3) yksityisen tahon ja julkisen sektorin toimijan välillä on jonkinlainen yhteys, kuten toimilupa tai palvelun tuottamista koskeva sitoumus; 4) yksityisen tahon toiminnalla on jokin läheinen yhteys viranomaisprosessin johonkin vaiheeseen; 5) julkinen sektori osallistuu toiminnan rahoitukseen; 6) julkinen sektori ohjaa tai valvoo toimintaa; 7) julkinen sektori on edustettuna toiminnan harjoittajan päätöksentekokelemissä ja 8) toiminta on jollakin tavalla merkityksellistä etenkin yksityisen ihmisen tai ihmisryhmän oikeudellisen aseman näkökulmasta tai muullakin perusteella.

<sup>85</sup> HE 16/2018 vp, s. 335.

<sup>86</sup> Lavapuro 2018, s. 8–11.

on merkittävää julkisen vallan käyttöä, mutta osa tehtävistä taas voi rajautua kokonaan julkisen hallintotehtävän käsitteen ulkopuolelle.

Ainakin potilaan tai asiakkaan palvelutarpeen itsenäistä arviointia ja palveluiden suunnittelua sisältävät tehtävät ovat julkisia hallintotehtäviä, ja tällainen palvelutarpeen arviointi sisältää myös julkisen vallan käyttöä. Toisaalta puhtaasti tosiasiallista hoitotoimintaa, sikäli kun tällainen kokonaisuus pystytään muodostamaan, ei olisi pidettävä julkisen hallintotehtävän käsitteen piiriin kuuluvana. Sipilän hallituksen sote-uudistuksen esitöissä huomautetaan palveluiden olevan kokonaisuuksia, jolloin eron tekeminen julkisen vallan käytön ja muun toiminnan välillä voi olla käytännössä hyvin hankalaa.<sup>87</sup> Suuri osa sote-sektorin tehtävistä on ammattihenkilöstön tosiasiallista toimintaa, joka esimerkiksi vain harvoin sisältää hallintopäätöksiä. Toisaalta ei ole syytä kaavamaisesti katsoa kaikkien potilaan hoidon yhteydessä tehtävien päätösten olevan muita kuin hallintopäätöksiä, sillä myös eräissä – vaikkakin poikkeuksellisissa – tapauksissa päätökset terveystalouden antamisesta ja hoitoon pääsystä voidaan katsoa viranomaisten valituskelpoisiksi päätöksiksi.<sup>88</sup>

Sipilän hallituksen monituottajamallia käsitellessään perustuslakivaliokunta päätyi tulkintaan, jonka mukaan yksityiseen tuotantoon keskeisesti nojannutta mallia oli kokonaisuudessaan arvioitava 124 §:n kannalta.<sup>89</sup> Ratkaisua voidaan pitää ainakin siltä osin asiallisena, että muun muassa sote-palveluiden monipuolisuudesta, palveluihin sisältyvien erilaisten päätösten ja ratkaisujen määrästä sekä eri asioiden välisistä keskinäisriippuvuuksista johtuen tuskin olisi mahdollista erotella, missä määrin Sipilän hallituksen yksityiselle siirrettäväksi suunnitteleminen laajojen palvelukokonaisuuksien eri osissa on kyse julkisen vallan käytöstä, julkisista hallintotehtävistä tai julkisista tehtävistä. Perustuslakivaliokunnan valinnan taustalle voidaan ajatella myös se hallituksen esityksessä omaksuttu lähtökohhta, jossa kaikkien yksityisten tuottajien hoidettavaksi ehdotettujen palvelukokonaisuuksien siirrossa pyrittiin täyttämään edellytykset, jotka perustuslain 124 §:ssä asetetaan julkisen hallintotehtävän siirtämiselle.<sup>90</sup> Tämä sama lähtökohhta omaksuttiin myös Sanna Marinin hallituksen sote-esityksessä.<sup>91</sup> Jos sen sijaan erottelua julkisiin hallintotehtäviin ja muihin julkisiin tehtäviin olisi tehty tarkemmin hallituksen esityksissä, olisi tätä jaottelua voitu arvioida myös perustuslakivaliokunnassa.

<sup>87</sup> HE 15/2017 vp, s. 666.

<sup>88</sup> Tuori – Kotkas 2016, s. 441; KHO 8.6.2000-T-1894.

<sup>89</sup> PeVL 26/2017 vp, s. 47.

<sup>90</sup> HE 16/2018 vp, s. 333.

<sup>91</sup> HE 241/2020 vp, s. 682.

Sipilän hallituksen esityksessä todettiin, että perustuslain 19 §:ää toteuttavat julkiset sosiaali- ja terveydenhuollon palvelut ovat ymmärrettävissä perustuslain 124 §:ssä tarkoitetuiksi julkisiksi hallintotehtäviksi sekä näitä täydentäviksi palveluiksi.<sup>92</sup> Esimerkiksi terveydenhuollossa palvelutarpeen arvioinnin perusteella toteutetut hoitotoimenpiteet olisivat hallituksen esityksen mukaan luonteeltaan pitkälti julkista hallintotehtävää täydentävää tosiasiallista palvelutoimintaa, jossa kuitenkin on kyse yksilön perusoikeuksien toteuttamisesta. Lisäksi lääkärin läheteen perusteella toteutettavat yksittäiset laboratoriokokeet mainitaan esimerkkinä muusta kuin julkisesta hallintotehtävästä. Sosiaalipalveluissa palvelutarpeen arviointiin perustuvan hallintopäätöksen perusteella annettavissa sosiaalipalveluissa olisi hallituksen esityksen mukaan niin ikään pitkälti kysymys julkista hallintotehtävää täydentävästä tosiasiallisesta palvelutoiminnasta, mutta niihin voisi sisältyä myös julkisen hallintotehtävän piirteitä.<sup>93</sup>

Hallituksen esityksessä tehdään näin siis ero varsinaisen julkisen hallintotehtävän käsitteen sekä hallituksen arvion mukaan julkista hallintotehtävää täydentävän tosiasiallisen palvelutoiminnan tai julkista hallintotehtävää täydentävän palvelutuotannon välillä. Tätä erottelua ja siinä käytettyä terminologiaa kritisoitiin jossain määrin perustuslakivaliokunnan asiantuntijalausunnoissa.<sup>94</sup> Juuri Sipilän hallituksen sote-uudistuksen kontekstissa tällä erolla ei ollut mainittavaa merkitystä, sillä sekä hallitus itse että perustuslakivaliokunta omaksuivat lähtökohdan, jossa koko järjestelmää oli arvioitava perustuslain 124 §:n näkökulmasta. Hallituksen esityksen mukaan terveydenhuollon yksittäisten toimenpiteiden sisältö määräytyy asiakkaiden tarpeiden perusteella siten, että hoitotoiminnan osien pilkkominen oikeudelliselta luonteeltaan erillisiksi vaiheiksi olisi hankalaa sekä terveydenhuollon ammattihenkilön että asiakkaan näkökulmasta.<sup>95</sup>

Hallituksen esityksessä ja perustuslakivaliokunnassa tehdystä ratkaisusta ei ole kuitenkaan syytä tehdä tulkintaa, jonka mukaan kaikkien sote-palveluiden tuottamista olisi yleisestikin arvioitava perustuslain 124 §:n näkökulmasta, vaan tarvittaessa eri palvelut ja kokonaisuudet voidaan arvioida itsenäisesti juuri niihin liittyvien piirteiden kautta. Esimerkiksi KHO:n oikeusneuvos Eija Siitari kiinnitti asiantuntijalausunnossaan huomiota siihen, että hallituksen esityksessä oli omaksuttu perustuslain 124 §:n vaatimuksista suhteessa sosiaali- ja terveydenhuoltoon varsin laaja tulkinta.<sup>96</sup>

<sup>92</sup> HE 16/2018 vp, s. 334.

<sup>93</sup> HE 16/2018 vp, s. 335.

<sup>94</sup> Mm. Rautiainen 2018.

<sup>95</sup> HE 16/2018 vp, s. 335.

<sup>96</sup> Siitari 2018.

Perustuslain 124 §:n viimeinen virke rajaa *merkittävää julkisen vallan käyttöä* sisältävät tehtävät vain viranomaiselle. Merkittävänä julkisen vallan käyttönä on esitöiden mukaan pidettävä esimerkiksi itsenäiseen harkintaan perustuvaa oikeutta käyttää voimakeinoja tai puuttua muuten merkittävällä tavalla yksilön perusoikeuksiin. Sote-sektorilla merkittävää julkisen vallan käyttöä liittyy useisiin sosiaalihuollon tehtäviin, sillä sosiaalipalveluiden piirissä tehdään useita yksilön perusoikeuksia koskevia päätöksiä. Toisaalta terveydenhuollon puolella merkittävää julkisen vallan käyttöä sisältyy vain melko harvoin tehtäviin. Näin siitä huolimatta, että terveydenhuollon toiminnan yhteydessä tehdyistä arvioista ja ratkaisuista riippuu se, annetaanko ihmiselle hoitoa, millä eittämättä on suora ja konkreettinen vaikutus kyseiseen ihmiseen.

Merkittävän julkisen vallan käytössä perustuslakivaliokunta on esimerkiksi tartuntatautilain yhteydessä edellyttänyt, että muun kuin virkasuhteen lääkärin toimivaltuudet rajoitetaan välttämättömiin ensivaiheen toimenpiteisiin.<sup>97</sup> Tilanne oli kuitenkin erityinen, sillä tartuntatautilaki mahdollistaa eräissä tilanteissa hyvinkin laajat henkilökohtaista vapautta rajaaavat toimenpiteet, joita on esimerkiksi koronapandemian aikana laajasti käytetty. Perustuslakivaliokunta on katsonut, että esimerkiksi karanteeniin tai eristykseen määräämisessä on kysymys perustuslain 7 §:n 3 momentissa ja Euroopan ihmisoikeussopimuksen (SopS 63/1999) 5 artiklassa tarkoitetusta vapaudenriistosta, joka tarkoittaa hyvin pitkälle menevää puuttumista yksilön henkilökohtaiseen vapauteen.<sup>98</sup> Mielenveyslain muutosta arvioidessaan valiokunta taas totesi, että kaikki ne ratkaisut, joilla olennaisesti puututaan perustuslain 7 §:ssä tarkoitettuun henkilökohtaiseen vapauteen tai koskemattomuuteen, sisältävät merkittävää julkisen vallan käyttöä. Tällaisina voitiin mielenveyslain näkökulmasta pitää ainakin tarkkailuun ottamista, hoitoon määräämistä ja virka-avun pyytämistä.<sup>99</sup>

Osin erillisenä juuri merkittävän julkisen vallan käytön yksityiselle antamisen kiellosta Keravuori-Rusanen on katsonut, että perustuslain 124 §:n sääntely heijastelee myös julkisen vallan ydintehtävien ulkoistamisen kielltoa.<sup>100</sup> Samoin Mäenpää on nostanut esiin ajatuksen julkisten hallintotehtävien ydinalueesta.<sup>101</sup> Vaikka ajatus ydintehtävistä tai ydinalueesta on hyvin perusteltu, ei ole yksiselitteistä, mikä tällaisten ydintehtävien piirin laajuus olisi. Kyse ei lähtökohtaisesti voisi olla sellaisesta lainsäätäjän harkinta-

<sup>97</sup> PeVL 11/2016 vp.

<sup>98</sup> PeVL 15/2015 vp, s. 3; PeVL 11/2016 vp, s. 5.

<sup>99</sup> PeVL 5/2014 vp, s. 2.

<sup>100</sup> Keravuori-Rusanen 2008, s. 475–481.

<sup>101</sup> Mäenpää 2021, s. 61.

vallan rajoituksesta, joka ei muutoin saa vahvaa tukea perusoikeusjärjestelmän kokonaisuudesta. Jotta tällaisen ydinalueen ulkoistamisen kiellon voitaisiin katsoa itsenäisenä olevan olemassa, siitä tulisi olla vahvempia viitteitä perustuslainsäätäjän tahtoa ilmaisevissa aineistoissa tai perustuslakivaliokunnan lausunnossa. Puhtaasti akateemisessa tutkimuksessa tai systematisoinnilla tällaista yksityistämiskieltoa ei voida luoda, vaan tällöin oikeustiede tulisi astuneeksi perustuslainsäätäjän tontille.

Käytännössä olennainen perustuslain 124 §:n osa on myös säännöksen *julkisen hallintotehtävän edelleen siirtämistä* eli *subdelegointia* koskeva elementti. Perustuslakivaliokunnan lausuntokäytännössä on suhtauduttu lähtökohtaisen kielteisesti tällaiseen subdelegointiin, mutta kiello ei ole ehdoton. Siirtämiselle ei ole nähty estettä silloin, kun kyse on teknisluonteisesta tehtävästä ja alihankkijaan kohdistuvat samat laatuvaatimukset ja vastaava valvonta kuin alkuperäiseen palveluntuottajaan.<sup>102</sup>

Perustuslakivaliokunta päätyi esimerkiksi Juha Sipilän hallituksen soteuudistuksen yhteydessä toteamaan, että säädöskokonaisuus mahdollisti julkisen hallintotehtävän liian laajan edelleen siirtämisen. Muun kuin asiakassetelillä hankitun suoran valinnan palvelun tuottaja olisi esityksen mukaan voinut tietysin sosiaalihuollon ohjausta, neuvontaa ja palvelutarpeen arviointia koskevin rajauksin hankkia palvelutuotannosta enintään 2/5 muilta palveluntuottajilta. Perustuslakivaliokunnan mukaan ehdotetussa sääntelyssä ei ollut kyse teknisluonteisten tehtävien siirtämisestä eteenpäin, vaan perustuslain 19 §:n 3 momentissa turvattujen oikeuksien toteuttamiseen liittyvistä tehtävistä. Sääntelyä oli valiokunnan mukaan välttämättöntä rajata ja täsmentää koskemaan tosiasiallista, täydentävää palveluointia.<sup>103</sup> Yksityisten välillä tapahtuvan alihankinnan rooli tilanteissa, joissa julkinen hallintotehtävä on annettu edelleen yksityiselle sote-palveluntuottajalle, muodostuu näin täydentäväksi ja varsin rajalliseksi.

## 2.3 Yksityistämisen edellytykset perustuslain 124 §:n mukaan

### 2.3.1 Vaarantumattomuuden vaatimus

Perustuslain 124 §:n mukaan edellytyksenä julkinen hallintotehtävän antamiselle muulle kuin viranomaiselle on, että siirto *ei vaaranna perusoikeuksia, oikeusturvaa tai muita hyvän hallinnon vaatimuksia*. Perustuslain esitöiden mukaan säännös korostaa julkisia hallintotehtäviä hoitavien henki-

<sup>102</sup> PeVL 6/2013 vp, s. 4; PeVL 15/2018 vp.

<sup>103</sup> PeVL 26/2017 vp, s. 57.



löiden koulutuksen ja asiantuntemuksen merkitystä sekä sitä, että näiden henkilöiden julkisen valvonnan on oltava asianmukaista. Oikeusturvan ja hyvän hallinnon vaatimusten taas on esitöissä katsottu koskevan ennen muuta julkiseen hallintotehtävään liittyvää päätöksentekoa.<sup>104</sup>

Perustuslain 124 §:n nimenomainen linkitys perusoikeuksien, oikeusturvan ja muiden hyvän hallinnon vaatimusten vaarantumattomuuteen luo eräänlaisen perälaudan sote-palveluiden yksityistä tuotantoa koskevaan tarkasteluun. Tämä nimenomainen yhteys konkretisoitui Juha Sipilän hallituksen sote-uudistuksen yhteydessä, jolloin perustuslakivaliokunta totesi sääntelyn perustuslain 6 ja 19 §:n kannalta ongelmalliseksi. Toteamuksen perusteella valiokunta piti selvänä, ettei myöskään perustuslain 124 §:n tarkoituksenmukaisuusvaatimus näiltä osin täyttynyt.<sup>105</sup> Perusoikeuksien toteutumisen vaarantava sääntely ei voi olla tarkoituksenmukaista sääntelyä.

Perustuslain 124 §:n vaatimus vaarantumattomuudesta luo näin erityisen tulkintakehikon juuri sote-palveluiden antamisesta muun kuin julkisen toimijan hoidettavaksi. Pohdittavaksi tulee tällöin, miten pykälän vaarantumattomuusedellytystä tulee tulkita suhteessa muihin perusoikeussäännöksiin. Kun sote-palveluita etäisemmin perusoikeusliitännäisen julkisen palvelun antamista yksityisen hoidettavaksi voidaan arvioida puhtaasti kyseisen tehtävän vaarantumattomuuden kautta, liitetään arviointiin sote-palveluiden kontekstissa vielä 19 §:n 3 momentin erityinen ja luonteeltaan jossain määrin abstrakti turvaamisvelvoite, jolla on tartuntapinta perustuslain 7 §:n suojaamaan oikeuteen elämään. Tämän normikokonaisuuden kautta ne valtiosääntöiset edellytykset, jotka esimerkiksi Sipilän hallituksen monituottajamallin kaltaisen yksityiseen tuotantoon nojaavan sote-mallin tulisi täyttää, asettuisivat verraten korkeiksi suhteessa muihin julkisen toiminnan sektoreihin.

Muukkonen on todennut, että perusoikeusjärjestelmän systematiikka vaatii tulkitsemaan perustuslain 124 §:ää siten, että sen ilmaisema vaarantamiskiello koskee kaikkia niitä viranomaiskoneiston ulkopuolelle siirrettäviä tehtäviä, jotka eivät ole lainkäyttöä, lainsäädäntövallan käyttöä taikka merkittävää julkisen vallan käyttöä.<sup>106</sup> Tulkitsen asetelmaa siltä osin Muukkosesta poiketen, että katson perustuslain 124 §:n kiinnittyvän nimenomaan julkisen hallintotehtävän siirtoon. Julkisella vallalla on kaikessa toiminnassaan perustuslain 22 §:n mukainen turvaamisvelvoite, jonka kautta voidaan johtaa lainsäätäjälle ja julkiselle vallalle yleinen velvoite

<sup>104</sup> HE 1/1998 vp, s. 179.

<sup>105</sup> PeVL 26/2017 vp, s. 54.

<sup>106</sup> Muukkonen 2012, s. 13.

turvata perusoikeuksien toteutuminen. Sen voidaan ajatella vaikuttavan tulkinta-asetelmassa samankaltaisesti perustuslain 124 §:n nimenomaisen vaarantamiskiellon kanssa. Kun vaarantamiskiello velvoittaa lainsäätäjää tämän antaessa julkisen hallintotehtävän muulle kuin viranomaiselle, turvaamisvelvoite koskee kaikkea julkista valtaa eli myös muuta julkista tehtävää kuin julkista hallintotehtävää viranomaisen ulkopuolelle siirtävää lainsäätäjää. Kyse ei kuitenkaan tällöin ole nimenomaan perustuslain 124 §:n mukaisesta vaarantumattomuuden vaatimuksesta.

### 2.3.2 Hyvä hallinto, oikeusturva ja perusoikeuksien toteutuminen

Perustuslain 124 §:ssä veloitetaan lainsäätäjää varmistumaan perusoikeuksien, oikeusturvan ja hyvän hallinnon vaatimusten vaarantumattomuudesta. Perustuslain 124 §:n vaatimus oikeusturvan toteutumisesta on kiinteässä yhteydessä perustuslain 21 §:n 1 momenttiin, jonka mukaan jokaisella on oikeus saada asiansa käsiteltyksi asianmukaisesti ja ilman aiheetonta viivytystä lain mukaan toimivaltaisessa tuomioistuimessa tai muussa viranomaisessa sekä oikeus saada oikeuksiaan ja velvollisuuksiaan koskeva päätös tuomioistuimen tai muun riippumattoman lainkäyttöelimen käsiteltäväksi. Pykälän 2 momentin mukaan käsittelyn julkisuus sekä oikeus tulla kuulluksi, saada perusteltu päätös ja hakea muutosta samoin kuin muut oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin ja hyvän hallinnon takeet turvataan lailla. Pykälä edellyttää oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin ja hyvän hallinnon toteutumista kokonaisuutena. Tämän ohella se antaa institutionaalisen suojan tuon kokonaisuuden tärkeimmille ainesosille.<sup>107</sup>

Perustuslain 21 § sisältää hyvää hallintoa, hallintomenettelyn perusteita ja oikeusturvaa määrittelevän perusoikeuden.<sup>108</sup> Perustuslakivaliokunta on vakiintuneesti edellyttänyt hallinnon yleislakien, kuten hallintolain, kiellolain ja julkisuuslain, noudattamista yksityisen hoitaessa julkista hallintotehtävää ja asioiden käsittelijöiden toimimista virkavastuulla.<sup>109</sup> Hallinnon yleislakien soveltumista koskevaa kysymystä on ratkottu jo näiden lakien soveltamisalaa, viranomaisten määritelmää sekä liikelaitosten kielellisiä palveluita ja yksityisen kielellistä palveluvelvollisuutta koskevissa säännöksissä.<sup>110</sup> Lainsäätäjän tulisi siis julkista hallintotehtävää siirtäessään pyrkiä varmistumaan, että hyvä hallinto toteutuu eikä hallinnon yleislakien

<sup>107</sup> HE 309/1993 vp, s. 72.

<sup>108</sup> Mäenpää 2018b, II YLEINEN HALLINTO-OIKEUS > 1. Julkishallinnon valtiosääntöiset perusteet > Oikeus hyvään hallintoon > Hyvä hallinto perusoikeutena.

<sup>109</sup> PeVL 46/2002 vp, s. 10; PeVL 33/2004 vp, s. 7; PeVL 26/2017 vp, s. 55.

<sup>110</sup> PeVL 27/2014 vp, s. 2–3; PeVL 5/2014 vp, s. 4.

soveltamisesta jää epäselvyyttä. Näiden soveltumisen nimenomainen sulkeminen pois muulla lainsäädännöllä ei lähtökohtaisesti voisi tulla kyseen kuin erityistilanteissa.

Hallinnon yleislakien soveltumisen lisäksi käsille voi tulla tilanteita, joissa perustuslain 124 §:ssä edellytetään yhdessä jonkin perusoikeussäännöksen tai joidenkin perusoikeussäännösten kanssa hallinnollisia oikeuksia koskevaa täsmällisempää sääntelyä. Esimerkiksi sosiaali- ja terveystalveluita käytettäessä voi olla tarvetta säädösperusteisesti varmistaa, että tehtävän siirron yhteydessä kielilain takaamat kielelliset oikeudet toteutuvat. Perustuslain 124 §:n hyvän hallinnon vaarantumattomuuden vaatimuksesta sekä perustuslain 17 §:n kielellisistä oikeuksista syntyy lainsäätäjälle velvoite ensinnäkin varmistaa kielellisten oikeuksien toteutuminen organisaationeutraalisti – siis riippumatta siitä, hoitaako julkista hallinto-tehtävää julkinen vai yksityinen – sekä lisäksi tietyn vähimmäistason mukaisesti. Vaikka pelkästään organisaationeutraalisuuden näkökulmasta tarkastelun kiinnepisteeksi voitaisiin ottaa kyseisen tai samankaltaisen tehtävän hoidossa julkisen toimesta saavutettu kielellisten oikeuksien taso, ei tämä taso vielä automaattisesti täytä perustuslain 17 §:stä ja muusta perustuslain normikokonaisuudesta syntyvän minimitaso vaatimuksia. Tässä lainsäätäjän tulisi siis harjoittaa kontekstuaalista arviointia, joka keskittyisi pelkän organisaationeutraalisuuden lisäksi laajemmin perustuslain normikokonaisuuteen sekä sen edellyttämään kielellisten oikeuksien toteutumisen tasoon.

Käytännössä hyvän hallinnon vaatimusten täyttäminen on kuitenkin sekä mahdollista että lainsäädäntöteknisesti eräitä muita valtiosääntöisiä vaatimuksia helpommin ratkaistavissa tilanteissa, joissa sote-palveluiden tuottamista halutaan lainsäädännöllä avata yksityisille toimijoille.

Perustuslain 124 §:ssä edellytetään huolehdittavan myös yksityisten palvelutuottajien valvonnasta sekä julkisen vallan ohjauskeinoista. Lainsäätäjän näkökulmasta olennaiseksi muodostuu myös se, miten julkisen ja yksityisen suhteen määrittelevien päätösten ja sopimusten oikeussuojakeinot järjestetään.

Korkein hallinto-oikeus kiinnitti Sipilän hallituksen sote-uudistuksen yhteydessä antamassaan lausunnossa huomiota muun muassa siihen, että yleinen hallinto-oikeudellinen doktriini on, että samasta asiasta ei tehdä valituskelpoista hallintopäätöstä ja vielä hallintosopimusta.<sup>111</sup> Lainsäätäjä voi törmätä tähän problematiikkaan muun muassa silloin, kun tavoitteena on luoda monituottajamalli, jossa yksityisten tuottajien asema riippuisi

---

<sup>111</sup> KHO 2017.

yhtäältä julkisen vallan tekemistä hallintopäätöksistä ja toisaalta julkisen toimijan yksityisen kanssa tekemistä hallintosopimuksista. Esimerkiksi Juha Sipilän hallituksen mallissa käytettiin sekä hallintopäätöksiä, jotka koskivat esimerkiksi yksityisille tuottajille maksettavien korvausten määrää ja osin myös lajia, että hallintosopimuksia, joihin olisi kirjattu tarkemmin juuri kyseistä palveluntuottajaa koskevia ehtoja. Tämä jätti palveluntuottajalle ainakin teoriassa mahdollisuuden käyttää kahta oikeussuojakeinoa eli hallintopäätösasiassa hallinto- tai maakuntavalitusta sekä hallintosopimusasiassa hallintoriitamenettelyä. Toisaalta hallintoriitaa on hallintolainkäyttölain (586/1996) mukaan pidettävä toissijaisena oikeussuojakeinona, eli hallintoriitamenettely ei olisi palveluntuottajan käytettävissä, mikäli samassa asiassa on tai on aiemmin ollut mahdollista tehdä valitus. Sipilän hallituksen mallissa hallintosopimukseen olisi oletettavasti sisältynyt myös seikkoja, joista säädettiin suoraan laissa tai joiden taustalla olisi ollut maakunnan hallintopäätöksiä, jotka olivat olleet valituskelpoisia. Rajanveto näiden välillä olisi kuitenkin ollut käytännössä hankalaa, millä olisi voinut olla merkitystä myös yksityisten toimijoiden oikeussuojan toimivuuden kannalta.

Edellä kuvatusta esimerkistä ei johdu suoraan lainsäätäjälle harkintavallan rajoja, mutta se tuo hyvin esiin ne ajoittain monimutkaiset oikeussuojakeinoja koskevat lainsäädäntötekniset haasteet, jotka yksityisen ja julkisen kanssakäymisen varaan rakennettavien sosiaali- ja terveystalvvelujärjestelmien tulee täyttää. Palveluntuottajien valvonnassa sekä valitusoikeutta että ylipäättään oikeusturvaa koskevassa sääntelyssä on myös vahva tartuntapinta reaali maailmaan, sillä sosiaali- ja terveydenhoitoasiat muodostavat normaalioloissa hallinto-oikeuksien sekä korkeimman hallinto-oikeuden suurimman asiaryhmän.<sup>112</sup>

Yleisellä tasolla lainsäätäjän veloitteeksi voidaan siis katsoa sen varmistaminen, että yksityisten toimijoiden – kuten tietysti myös järjestelmän puitteissa hoitoa saavien – oikeussuojakeinot on järjestetty tavoilla, jotka täyttävät perusoikeusjärjestelmän kokonaisuudesta syntyvät edellytykset. Tämän lisäksi perustuslakivaliokunnan lausuntokäytännössä on kiinnitetty huomiota valvontaan, jota julkista hallintotehtävää hoitaviin yksityisiin kohdennetaan.<sup>113</sup> Jos siis esitetään julkisen tehtävän antamista yksityiselle tarkoitettavaa tai siihen valtuuttavaa lainsäädäntöä, tulisi samalla varmistua siitä, että tehtävän hoitoon kohdistuu valvontaa, tämä valvonta on luonteeltaan riittävää ja sitä koskevat normit ovat tarkkarajaisia sekä velvoittavia.

<sup>112</sup> Siitari 2018, s. 1.

<sup>113</sup> PeVL 62/2014 vp, s. 3; PeVL 26/2017 vp, s. 56.

Olennaisiksi vaatimukseksi on katsottu myös se, että yksityisen palveluntuottajan henkilöstöön säädetään sovellettavaksi rikosoikeudellista virkavastuuta silloin, kun kyseiset henkilöt hoitavat julkista hallintotehtävää.<sup>114</sup>

Eduskunnan oikeusasiamies on puolestaan katsonut olennaiseksi, että perustuslain 19 §:ssä tarkoitettujen sosiaali- ja terveyspalveluiden toteuttamiseen osallistuvien tahojen toiminta kuuluu laillisuusvalvojen toimivaltaan.<sup>115</sup> Tältä osin on huomattava, että jo yleisten laillisuusvalvojen toimivaltaa sääntelevistä perustuslain 108 ja 109 §:stä johtuu julkisen hallintotehtävän alaa laajempi toimivalta, sillä laillisuusvalvontaa voidaan kohdistaa julkista tehtävää hoitaviin.

### 2.3.3 Tarkoituksenmukaisuus

Perustuslain 124 §:n mukaan julkisen hallintotehtävän antamisen muun kuin julkisen hoidettavaksi on oltava *tarpeen tehtävän tarkoituksenmukaisesti* hoitamiseksi. Perustuslain esitöissä ei tarkemmin ohjata tätä tarkoituksenmukaisuusharkintaa, vaan tarkoituksenmukaisuusedellytyksen täytyminen jää viime kädessä lainsäätäjän harkintaan.<sup>116</sup> Kyse on kuitenkin nimenomaan oikeudellisesta, ei poliittisesta, tarkoituksenmukaisuusharkinnasta. Näiden kahden täydellinen erottaminen toisistaan ei toki liene mahdollista, sillä oikeudelliseksikaan tarkoitettu tarkoituksenmukaisuusharkinta tuskin voi olla kokonaan vapaata yhteiskunnallisista arvolatauksista tai täysin immuunina sitä ympäröivälle poliittiselle kontekstille.

Perustuslakivaliokunnan käytännössä on vakiintunut lähtökohta, jonka mukaan tarkoituksenmukaisuutta tulisi arvioida tapauskohtaisesti eli erikseen jokaisessa muussa kuin viranomaisen hoidettavaksi ehdotetussa julkisessa hallintotehtävässä.<sup>117</sup> Perustuslain 124 §:n mukaisen tarkoituksenmukaisuusvaatimuksen tulee siis myös sote-sektorilla täytyä tapauskohtaisesti kussakin tehtäväkokonaisuudessa.<sup>118</sup> Tässä arvioinnissa tulee hallintotehtävän luoteen sekä hallinnon sisäisten tarpeiden, kuten tehokkuuden, lisäksi kiinnittää erityistä huomiota yksityisten henkilöiden ja yhteisöjen tarpeisiin sekä julkisen hallintotehtävän erityisluonteeseen.<sup>119</sup> Vaatimus

<sup>114</sup> Mm. PeVL 26/2017 vp, s. 56; PeVL 47/2021 vp, s. 3–4.

<sup>115</sup> Eduskunnan oikeusasiamies 2018, s. 1–2.

<sup>116</sup> Keravuori-Rusanen 2008, s. 319.

<sup>117</sup> Mm. PeVL 48/2010 vp, s. 4; PeVL 57/2010 vp, s. 5; PeVL 65/2010 vp, s. 2; PeVL 23/2013 vp, s. 3; PeVL 8/2014 vp, s. 3; PeVL 12/2014 vp, s. 2; PeVL 16/2016 vp, s. 3; PeVL 44/2016 vp, s. 5; PeVL 26/2017 vp, s. 49.

<sup>118</sup> PeVL 26/2017 vp, s. 50–52.

<sup>119</sup> HE 1/1998 vp, s. 179.

korostuu erityisesti sote-sektorin tehtävissä, joissa on välitön liityntä ihmisten oikeuksiin ja tarpeisiin.<sup>120</sup>

Tarkoituksenmukaisuutta on eri säädöshankkeissa arvioitu muun muassa erityisosaamisen tarpeen, resurssien ja henkilöstön riittävyuden, palveluntarpeen kasvun, palveluiden alueellisen saatavuuden, taloudellisten vaikutusten ja toiminnan tehokkuuden näkökulmasta.<sup>121</sup> Tarkoituksenmukaisuutta ei ole samaistettu eikä tule samaistaa vain taloutta tai tehokkuutta koskeviin tarkasteluihin, vaan myös muut seikat voivat perustella tehtävän siirron tarkoituksenmukaisuutta, vaikka monesti hallintotehtävien antamista muille kuin viranomaisille onkin perusteltu juuri tehokkuuden ja toiminnan taloudellisuuden lisääntymisellä.

Tärkeä merkitys tarkoituksenmukaisuuden tarkastelussa on siis muulle kuin viranomaiselle annettavaksi ehdotetun tehtävän laadulla. Kun kyse on tosiasiallisesta hallintotoiminnasta tai muusta viranomaistoiminnan ydinalueen ulkopuolelle asetuvasta hallintotehtävästä, tarkoituksenmukaisuuskriteeri on helpompi täyttää. Sote-sektorilla voidaan tällä perusteella ajatella, että terveydenhuollon konkreettisia hoitotoimenpiteitä koskevien toimintojen siirto voidaan katsoa kevyemmin perustein tarkoituksenmukaiseksi, kun taas sosiaalihuollossa on terveydenhuoltoa yleisemmin kyse yksilöiden asemaan vaikuttavien hallintopäätösten tekemisestä, jolloin tarkoituksenmukaisuuden kynnys asettuu korkeammalle.<sup>122</sup>

Juha Sipilän hallituksen esittämä monituottajamalli muodosti perustuslain 124 §:n näkökulmasta monella tavalla uudenlaisen asetelman. Kyse ei aiempien sote-palveluiden yksityiseltä hankkimisen tai palveluseteliä koskevien säädöshankkeiden tapaan ollut yksityisen tuotannon käyttöä mahdollistavasta, vaan siihen jopa velvoittavasta lainsäädännöstä. Erityisen mittavasta siirrosta oli kyse Sipilän hallituksen ensimmäisessä sote-esityksessä, joka sisälsi maakunnille asetetun yhtiöittämisvelvoitteen sekä kielon tuottaa suoran valinnan palveluita ja asiakassetelipalveluita.

Ensimmäisessä Sipilän hallituksen valinnanvapauslakiesityksessä kiinnitettiin huomioita siihen, että vastaavissa julkisen hallintotehtävän muulle kuin viranomaiselle antamista tarkoittaneissa säädöshankkeissa on yleensä ollut kyse tilanteista, jotka ovat koskeneet epäitsenäisten osakokonaisuuk-

<sup>120</sup> PeVL 26/2017 vp, s. 50–52.

<sup>121</sup> PeVL 11/2004 vp, s. 2; PeVL 11/2006 vp, s. 2–3; PeVL 3/2009 vp, s. 4; PeVL 37/2010 vp, s. 5; PeVL 6/2013 vp, s. 2; PeVL 23/2013 vp, s. 3; PeVL 29/2013 vp, s. 2; PeVL 16/2016 vp, s. 3.

<sup>122</sup> HE 1/1998 vp, s. 179; PeVL 26/2017 vp, s. 53.

sien, teknisempien ja operatiivisempien tehtävien tai viranomaistoiminnalle edellytyksiä luovan palvelutoiminnan ulkoistamista.<sup>123</sup>

Perustuslakivaliokunta totesi, että Sipilän hallituksen ehdottama sääntely ei yksityisten hoidettaviksi osoitettavien tehtävien laadun ja laajuuden vuoksi sovi yhteen sen ajatuksen kanssa, että julkisten hallintotehtävien hoitamisen tulee yleensä kuulua viranomaisille ja kyseisiä tehtäviä voidaan antaa muille vain rajoitetusti.<sup>124</sup> Perustuslakivaliokunta irtautui Sipilän hallituksen sote-lausunnossa aiemmasta lausuntokäytännöstään ja totesi hallituksen ehdottaman siirron erityiseksi:

*Kyse on tehtävistä, jotka koskevat perustuslain 19 §:n 3 momentissa nimenomaan julkiselle vallalle osoitettua velvollisuutta turvata riittävät sosiaali- ja terveyspalvelut. Tehtävien läheinen kytkös perusoikeuksien toteutumiseen johtaa perustuslakivaliokunnan mielestä siihen, ettei tarkoituksenmukaisuusvaatimusta voida palveluiden tuottamiseen liittyvässä tehtävissäkään arvioida samoin kuin joidenkin valiokunnan aikaisemmin tarkastelemien, teknisluonteisemmiksi arvioitavien palvelutehtävien kannalta.<sup>125</sup>*

Valiokunnan mukaan julkisten hallintotehtävien siirtoa yksityisten hoidettavaksi oli ainakin Sipilän hallituksen ehdottamassa laajuudessa hankala oikeuttaa. Tällä laajuudella oli siten merkitystä myös tarkoituksenmukaisuuden arviointiin, vaikka sinänsä on kiistatonta, että perustuslaissa ei edellytetä julkisen vallan huolehtivan itse kaikkien sosiaali- ja terveyspalveluiden tuottamisesta. Lisäksi merkitystä voidaan tulkinnassa antaa sille, että perustuslain esitöiden mukaan tarkoituksenmukaisuusvaatimus voi täytyä helpommin palveluiden tuottamiseen liittyvässä tehtävässä kun taas yksilön tai yhteisön keskeisiä oikeuksia koskevassa päätöksenteossa kynystä olisi pidettävä korkeampana.<sup>126</sup>

Valiokunta kiinnitti Sipilän hallituksen sote-mallista tekemässään arviossa huomiota siihen, että yksityiselle olisi siirtynyt hoidon tarpeen arvioinnin myötä se toiminta, jossa tosiasiallisesti ratkaistaan, saavatko ihmiset perustuslain 19 §:n 3 momentissa tarkoitettut riittävät palvelut perustuslain 6 §:n 1 momentissa tarkoitetuilla yhdenvertaisilla perusteilla. Kun otettiin huomioon siirron laajuus ja samanaikaisesti julkiselle vallalle säädettäväksi ehdotettu kielto tuottaa suoran valinnan palveluita ja asiakas-

<sup>123</sup> HE 47/2017 vp, s. 255–256. Ks. mm. PeVL 16/2002 vp; PeVL 47/2005 vp; PeVL 6/2013 vp; PeVL 8/2014 vp; PeVL 62/2014 vp.

<sup>124</sup> PeVL 26/2017 vp, s. 50–52; HE 1/1998 vp, s. 179.

<sup>125</sup> PeVL 26/2017 vp, s. 52.

<sup>126</sup> HE 1/1998 vp, s. 179.

setelipalveluita, olisi tällainen järjestely vaatinut huomattavan vahvat perusteet, jotta se olisi voitu katsoa perustuslain 124 §:ssä tarkoitetulla tavalla tarkoituksenmukaiseksi. Sipilän hallitus perusteli mallia erityisesti perustason palveluiden saatavuuden parantumisella. Kuitenkin jo hallituksen esityksessä tunnistettiin useita tarkoituksenmukaisuutta vastaan puhuvia seikkoja, kuten maakunnallisen itsehallinnon rajoittaminen sekä hallinnon ja taloudenhoidon järjestämisen monimutkaisuudesta kumpuavat seikat.<sup>127</sup> Kokonaisuutena tarkoituksenmukaisuuden perustelun voidaan ajatella jääneen vajaaksi. Tähän vaikuttivat sekä hallituksen esityksessä että erityisesti valiokuntakäsittelyssä esitetyt melko kevyet perusteet, minkä lisäksi lausunnoissa paikannettiin useita muita valtiosääntöisiä haasteita, jotka itsessään jo estivät tarkoituksenmukaisuuskriteerin täyttymisen.

### 3 PERUSOIKEUDET

#### 3.1 Sosiaali- ja terveystalveluiden turvaaminen

##### 3.1.1 Turvaamisvelvoitteen sisältö

Sosiaali- ja terveystalvelut ovat perusoikeusnäkökulmasta erityislaatuista julkisia palveluita, sillä niiden rooli perusoikeuksien toteuttajana on välitön ja suora. Niiden järjestämistä ja tuottamista koskevien säädösten keskeisenä tarkoituksena on turvata ihmisten pääsy perusoikeuksiinsa. Perustuslain 19 §:n 3 momentin mukaan julkisen vallan on turvattava jokaiselle riittävät sosiaali- ja terveystalvelut ja edistettävä väestön terveyttä siten kuin lailla tarkemmin säädetään. Säännöksessä on sisäänrakennettuna viittaus ehkäisevään toimintaan sekä julkisen vallan toimiin yhteiskunnan kehittämiseksi suuntaan, joka edistää väestön terveyttä. Kysymys on etenkin palveluiden saatavuuden turvaamisesta.<sup>128</sup>

Säännöksellä on läheinen yhteys myös ihmisoikeussopimusten määräyksiin. Esimerkiksi YK:n taloudellisia ja sosiaalisia oikeuksia koskevan sopimuksen (SopS 6/1976) 12 artiklassa säädetään oikeudesta terveyteen ja 10 artiklassa perheen, äitien sekä lasten ja nuorten suojelusta. Euroopan sosiaalisen peruskirjan (SopS 44/1991) 12 artiklaan sisältyy määräyksiä terveyden suojelusta ja 14 artiklaan määräyksiä sosiaalitalveluiden käytöstä.

<sup>127</sup> HE 47/2017 vp, s. 260.

<sup>128</sup> PeVL 17/2021 vp, s. 17.



Tarkastelussa jatkuvasti taustalla vaikuttavassa roolissa on lisäksi perustuslain 22 §:n säännös. Perustuslain 22 §:ää voidaan ajatella eräänlaiseksi suomalaisen perusoikeusparadigman lähtökohdaksi, jonka mukaan julkisen vallan on turvattava perusoikeuksien ja ihmisoikeuksien toteutuminen.<sup>129</sup> Kyse on julkiseen valtaan kohdistuvasta velvollisuudesta toisaalta pidättäytyä sellaisista perusoikeusrajoituksista, jotka eivät ole perusoikeusjärjestelmän kokonaisuudessa hyväksyttäviä, ja toisaalta aktiivisesti edistää perusoikeuksien toteutumista ja poistaa tätä koskevia esteitä. Velvoite kohdistuu paitsi lainsäätäjään myös kaikkiin julkisyhteisöihin, mutta tämän luvun tarkastelunäkökulma kohdistuu nimenomaan lainsäätämiseen, jossa säännöksellä on niin ikään keskeistä merkitystä.<sup>130</sup> Koska tutkimuksessa tarkastelua kuitenkin tehdään nimenomaan sosiaali- ja terveyspalveluiden kontekstissa, jossa lainsäätäjälle on asetettu myös nimenomainen näitä palveluita koskeva turvaamisvelvoite, muodostuu perustuslain 22 §:n rooli pitkälti yhteneväksi perustuslain 19 §:n 3 momentin tulkinnan kanssa. Näiden kahden turvaamisvelvoitteen erottelu olisi juuri nyt käsillä olevan tutkimuskysymyksen näkökulmasta pääosin keinotekoisia, joten tarkastelua tehdään ensisijaisesti perustuslain 19 §:n 3 momentin lähtökohdista.

Perusoikeudet muodostavat lisäksi kokonaisjärjestelmän, jossa suojaa voivat nauttia sellaisetkin oikeudet, jotka syntyvät perusoikeussäännösten yhteisvaikutuksesta. Perusoikeuksien välille ei lähtökohtaisesti ole suomalaisessa perusoikeusajattelussa tunnistettavissa hierarkioita, vaan eri perusoikeuksien nauttima suoja on keskenään samantasoista.<sup>131</sup> Perusoikeuksien väliset kollisio- ja jännitetilanteet ratkaistaan punninnalla, jossa tulee pyrkiä tasapainotilaan, joka turvaa mahdollisimman hyvin kaikkien kollisioasetelmassa tai muuten keskinäisessä jännitteessä olevien perusoikeuksien toteutumisen. Kollisiotilanteessa voidaan myös perustella toisen perusoikeuden rajoitusta toisen perusoikeuden suojaamisella.<sup>132</sup> Varsinaisia kollisiotilanteita tavanomaisempaa on se, että kahdella tai useammalla perusoikeudella on samansuuntaista vaikutusta. Näissä ja muissakin tulkintatilanteissa perusoikeudet siis vaikuttavat toisiinsa ja siihen, miten eri perusoikeuslottuvuuksia kulloinkin arvioidaan.<sup>133</sup> Kun puhutaan sosiaali- ja terveyspalveluiden yksityistämisestä, käsillä on juuri tämänkaltainen

<sup>129</sup> Mm. Huovinen – Rautiainen 2015.

<sup>130</sup> Jyränki – Husa 2021, luku 3.2.2.

<sup>131</sup> Karapuu 2011 ja Tuori 2011a.

<sup>132</sup> Mm. Scheinin 2012, s. 127–132.

<sup>133</sup> Jyränki – Husa 2021, luku 3.2.1.

tilanne, jossa oikeustila muodostuu usean perusoikeuden ja muun perustuslain säännöksen yhteisvaikutuksena.

Tässä luvussa sosiaali- ja terveystalouden yksityisen tuotannon näkökulmasta relevantteja perusoikeustarkasteluita on pyritty systematisoimaan helpommin hahmotettaviin ja siten oikeustilaa selkeyttäviin osakokonaisuuksiin. Vaikka luvun lähtökohta on tämä, ei voida liiaksi korostaa, että kulloisessakin konkreettiseen lainsäädäntöehdotukseen tai muuhun soveltamistilanteeseen kiteytyvässä tarkastelussa kysymystä on lähestyttävä kokonaisvaltaisesti koko perusoikeusjärjestelmän kautta. Tämä on erityisesti tarpeen juuri sosiaali- ja terveystalouden tilanteessa, sillä palveluiden toiminnalla on konkreettista vaikutusta siihen, miten ihmiset käytännössä pääsevät käsiksi oikeuksiinsa.

Säännöksen julkisen vallan velvollisuudesta turvata riittävät sosiaali- ja terveystaloudet voidaan laskea kuuluvan perustuslakiin kirjattujen hyvinvointioikeuksien tai vakiintuneemmin sosiaalisten perusoikeuksien piiriin. Sosiaaliset perusoikeudet rinnastuvat sinänsä sitovuudeltaan vapausoikeuksiin, ja niiden tulkintaa voidaan ainakin osin lähestyä alkujaan nimenomaan vapausoikeuksien myötä kehitettyjen yleisten oppien kautta. Melko merkittävänä erona vapausoikeuksiin tai muihinkin perusoikeuksiin on kuitenkin pidettävä sitä, että hyvinvointioikeuksiksi laskettavien perusoikeuksien toteutuminen on kiinteästi yhteydessä julkisen vallan taloudellisiin voimavaroihin sekä tosiasialliseen kykyyn tarjota palveluita. Vapausoikeuksien tapaan hyvinvointioikeudet voivat toimia hyväksyttävyyserusteena jonkin muun perusoikeuden rajoitukselle että edellyttää itse tällaista rajoitusta.<sup>134</sup>

Perustuslain 19 §:n 3 momentin säännöksessä on kyse sosiaalisille perusoikeuksille tyypillisestä julkisen vallan turvaamisveloitteen muotoon kirjoitetusta positiivisesta toimintaveloitteesta. Tällaisissa säännöksissä relevantiksi ei nouse kysymys varsinaisesta perusoikeuden rajoittamisesta vaan siitä, turvaako julkinen valta oikeuksien toteutumisen kaikille ja riittävällä tavalla. Kuitenkin myös tällaisten perusoikeuksien toteutumistason olennainen heikentäminen voi rinnastua perusoikeuksien rajoittamiseen, jolloin toteutumistason mahdollista tai tosiasiallista heikentämistä sekä sen valtiosääntöistä sallittavuutta voidaan arvioida samoista lähtökohdista kuin vapausoikeuksiksi katsottavien perusoikeuksien rajoituksia.<sup>135</sup> Perusoikeuksien yleisillä rajoittamedellytyksillä on siis merkitystä myös sosiaali- ja terveystalouden turvaamista arvioitaessa.<sup>136</sup> Perusoikeuksien yleis-

<sup>134</sup> Ibid., luku 3.2.3.

<sup>135</sup> Viljanen 2011.

<sup>136</sup> PeVM 25/1994 vp, s. 5.

ten rajoittamisedellytysten mukaan vain täsmällisesti ja tarkkarajaisesti lailla määritellyt rajoitukset ovat mahdollisia, minkä lisäksi rajoitukselle on oltava riittävän painavat ja yleisesti hyväksyttävät perusteet eikä vaihtoehtoista keinoa saa olla käytettävissä. Rajoitusedellytysten yhteydessä viitataan vakiintuneesti täsmällisyys-, tarkkarajaisuus-, hyväksyttävyyys- ja suhteellisuusvaatimuksiin, joiden kaikkien tulee täytyä, jotta rajoitus voidaan katsoa valtiosääntöisesti hyväksyttäväksi. Ylipäätään rajoitusedellytysten puitteissa tavallisella lailla voidaan säätää vain vähäisiä poikkeuksia tai rajoituksia, jotka koskevat perusoikeuden toteuttamista.<sup>137</sup>

Säännöksen kaltaisten positiivisten toimintavelvoitteiden toteuttamiseen kohdistuva heikennys voi siis rinnastua vapausoikeuksien rajoituksiin, jolloin ehdotetun heikennyksen valtiosääntöisessä arvioinnissa voidaan tukeutua samankaltaisiin arvioinnin lähtökohtiin kuin vapausoikeuksien rajoitusten yhteydessä.<sup>138</sup> Säännös ei Viljasen mukaan kuitenkaan anna suojaa kaikkia palveluiden saatavuuden heikennyksiä vastaan, vaan ainoastaan sellaisten sosiaali- ja terveydenhuoltojärjestelmän heikennyksiä, jotka merkitsevät tietyn vähimmäistason alittamista.<sup>139</sup> Hidén on perustuslain 22 §:ää arvioiessaan katsonut, että lainsäädännöllä on varmistettava turvaamisvelvoitteiden kattaman suoja-alan toteutumisen pysyvän riittävänä.<sup>140</sup>

Perusoikeuksien heikennyskieltoa koskevassa keskustelussa on esitetty myös toisenlaiseen lähestymistapaan viittaavia näkemyksiä.<sup>141</sup> Rautiaisen mukaan julkiselle vallalle kohdistetun perusoikeuden toteuttamisvelvoitteen loogisena käänttöpuolena on sen edistämisesä saavutetun tason heikentämisen kieltö. Perusoikeuksien rajoitusedellytystesti soveltuu siis ainakin osittain julkisen vallan positiivisten toimintavelvoitteiden muotoon kirjattujen perusoikeuksien ja niitä koskevien velvoitteiden, kuten perustuslain 19 §:n 3 momentin mukaisen turvaamisvelvoitteen, heikentämisen arviointiin. Rautiaisen mukaan julkisen vallan positiivisiin toimintavelvoitteisiin kohdistuva heikentäminen ja vapausoikeuksien muotoon kirjottettujen perusoikeuksien rajoittaminen ovat toisistaan poikkeavia tulkinta-asetelmia ja heikentämiseen liittyy myös sellaisia erityiskysymyksiä, joita perusoikeuksien rajoitusedellytystesti ei täysin tavoita.<sup>142</sup>

Tulkinta-asetelma ei siis ole yksiselitteinen. Toisin kuin vapausoikeuksiin kiinnittyvän perusoikeuksien torjuntaoikeudellisen ulottuvuuden,

<sup>137</sup> Mäenpää 2018b, II osan 1 luku.

<sup>138</sup> Saraviita 2011, s. 266.

<sup>139</sup> Tuori 2011b.

<sup>140</sup> Hidén 1996, s. 768–769.

<sup>141</sup> Mm. Tuori 2011b; Arajärvi 2011, s. 37.

<sup>142</sup> Rautiainen 2013, s. 263.

perustuslain 19 §:n 3 momentin mukaisen perusoikeuden turvaamisoikeudellisen ulottuvuuden jäsentämiseen ei ole tutkimuksen piirissä syntynyt perusoikeuksien rajoitusedellytysoppeja vastaavaa oppia. Tämä on pääosin selitettävissä perusoikeuden turvaamisvelvoitteen luonteella, sillä turvaamisvelvoitteen muotoon kirjoitetuista perustuslain säännöksistä on vain harvoin johdettavissa yksiselitteisiä velvoitteita subjektiivisia oikeuksia luovan lainsäädännön asettamiseen. Kuitenkin myös turvaamisvelvoitteista voi syntyä yleisen tason oikeudellisia reunaehtoja niille lainsäätäjän toimille, joiden avulla perusoikeuden asettamaan tavoitetilaan pyritään.<sup>143</sup>

Säännös sosiaali- ja terveystalvveluiden turvaamisvelvoitteesta otettiin perustuslakiin vuoden 1995 perusoikeusuudistuksen yhteydessä ja siirrettiin sellaisenaan vuoden 2000 perustuslakiin. Perusoikeusuudistusesityksessä todetaan, että säännöksessä ei määritellä sosiaali- ja terveystalvvelujen järjestämistapaa. Säännös ei siten edellytä, että julkisyhteisöt itse huolehtisivat kaikkien sosiaali- ja terveystalvvelujen tuottamisesta. Toisaalta perusoikeusuudistusesityksen mukaan säännöksestä kuitenkin seuraa, että lainsäädännöllä on huolehdittava riittävien palvelujen turvaamisesta.<sup>144</sup>

Perustuslain 19 §:n 3 momentin säännöksessä olennaista on palveluiden riittävyys. Palvelujen riittävyttä arvioitaessa lähtökohtana voidaan perusoikeusuudistusesityksen mukaan pitää sellaista palvelujen tasoa, joka luo jokaiselle ihmiselle edellytykset toimia yhteiskunnan täysivaltaisena jäsenenä.<sup>145</sup> Perustuslakivaliokunta on myös vakiintuneesti katsonut, että perustuslain 19 §:n 3 momentin viittaus jokaiseen terveystalvveluihin oikeutettuna edellyttää viime kädessä yksilökohtaista arviointia palvelujen riittävydestä.<sup>146</sup> Oikeuskirjallisuudessa ei ole pystytty ainakaan aukottomasti määrittelemään perustuslain 19 §:n 3 momentin kaltaisten turvaamisvelvoitteiden aineellista sisältöä, esimerkiksi suojan minimitasoa sekä perustuslaillisen toimeksiannon laatua ja sitovuuuua. Turvaamisvelvoitteille ylipäätään on paikannettu rajoja varsin kontekstuaalisesti.

Säännös sisältää myös sääntelyvarauksen. Perustuslakivaliokunta täsmensi vuoden 1995 perusoikeusuudistuksen yhteydessä sääntely- ja lakivarauksen sisältöä, minkä lisäksi varauksia on käsitelty kattavasti myös oikeuskirjallisuudessa.<sup>147</sup> Sääntely- ja lakivarauksilla viitataan perustuslain säännöksen yhteyteen kirjattuun lausekkeeseen, jolla edellytetään kyseisen perusoikeuden rajoittamisen tai perusoikeuden käytön sääntelyn tapahtu-

---

<sup>143</sup> Ibid.

<sup>144</sup> HE 309/1993 vp, s. 71.

<sup>145</sup> Ibid.

<sup>146</sup> Mm. PeVL 30/2013 vp, s. 3; PeVL 26/2017 vp, s. 32.

<sup>147</sup> PeVM 25/1994; mm. Saraviita 2005; Viljanen 2011.

van lailla tai lain nojalla.<sup>148</sup> Sääntelyvarauksilla viitataan perusoikeussäännöksiin, joissa todetaan oikeuden konkretisoituvan *siten kuin lailla tarkemmin säädetään*. Tähän joukkoon kuuluu myös perustuslain 19 §:n 3 momentti.

Perustuslain 19 §:n 3 momentin sääntelyvarauksessa ilmaistaan velvollisuus sekä toisaalta perustuslaillinen valtuutus antaa perusoikeutta tämentäviä säännöksiä. Perustuslain 19 §:n 3 momentissa käytetyllä sanamuodolla *tarkemmin säätämistä* on perustuslakivaliokunnan mukaan haluttu korostaa lainsäätäjän rajoitettua ja pääsääntöön sidottua liikkumaa.<sup>149</sup> Tällaista muotoilua on perustuslain 2 luvussa käytetty 19 §:n 3 momentin lisäksi sukupuolten tasa-arvoa työelämässä koskevassa 6 §:n 4 momentissa ja muun kuin perusopetuksen saatavuutta koskevassa 16 §:n 2 momentissa. Vaihtoehtoista muotoilua, jossa säätämistä ei kvalifioida tarkemmin, on käytetty vaali- ja osallistumisoikeuksia koskevassa 14 §:ssä. Lisäksi myös perusoikeuslukuun sisältyy kirjauksia, joiden mukaan oikeudesta säädetään lailla. Perustuslain voidaan katsoa sitovan lainsäätäjän harkintavaltaa tällaisissa oikeuksissa vähemmän kuin 19 §:n 3 momentissa kyseessä olevissa sääntelyvarauksissa, sillä perusoikeuden pääsääntö voidaan jälkimmäisissä tapauksissa lukea suoraan perustuslaista. Rautiaisen ja Neuvosen mukaan perustuslakivaliokunta ei kuitenkaan tosiasiallisesti vaikuta soveltavan perusoikeuksien yleisiä rajoitusedellytyksiä systemaattisesti tiukemmin sääntelyvarauksiin liittyvissä tilanteissa verrattuna laki- viittauksiin liittyviin tilanteisiin.<sup>150</sup>

Perustuslakivaliokunnan lausuntokäytännössä 19 §:n 3 momentin turvaamisvelvoitetta on erityisesti Juha Sipilän hallituksen sote-uudistuksen yhteydessä arvioitu hyvin käytännönläheisesti ja konkreettisesti, eikä arviota ole juurikaan kiinnitetty edellä kuvattuun keskusteluun turvaamisvelvoitteisiin kohdistuvan heikentämisen valtiosääntöoikeudellisesta luonteesta. Valiokunnassa katsottiin turvaamisvelvoitteen edellyttävän muun muassa sen arviointia, johtaako ehdotettu sääntely sote-palveluiden vaarantumiseen tai onko mukana sellaisia mekanismeja, jotka johtaisivat vaarantumiseen tai toisaalta torjuisivat sen riittävässä määrin. Tältä osin kyse ei ole niinkään ollut valtiosääntöisen minimitasen paikantamisesta tai

<sup>148</sup> Viljanen 2001, s. 27; Neuvonen – Rautiainen 2015, s. 228–229.

<sup>149</sup> PeVM 25/1994 vp, s. 6. Sääntelyvarauksen sisältöä paikannettaessa lähtökohdaksi voidaan ottaa, että eri muotoon kirjatut laki- tai sääntelyvaraukset jättävät lainsäätäjälle eriasteista liikkumavaraa. Tämä liikkumavara on sääntelyvarauksissa suurempi kuin ilman sääntelyvarausta kirjoitetuissa perusoikeussäännöksissä, mutta perustuslaki ilmaisee myös niitä koskevan pääsäännön, josta poikkeavasti ei voida säätää lailla.

<sup>150</sup> Neuvonen – Rautiainen 2015, s. 229.

turvaamisveloitteen valtiosääntöisen luonteen täsmentämisestä, vaan hyvin suoraviivaisesta lähtökohdasta, jossa riittävien palveluiden turvaaminen kaikissa oloissa mielletään luonteeltaan tosiasiallisesti ehdottomaksi julkiseen valtaan kohdistuvaksi toimintaveloitteeksi.

Juha Sipilän hallituksen sote-uudistusta arvioidessaan perustuslakivaliokunta kiinnitti huomiota siihen, että hallituksen esityksessä oli viitattu lukuihin potentiaalisiin epäkohtiin sekä toisaalta keinoihin, joilla epäkohtia on pyritty torjumaan. Hallituksen esityksessä käsiteltyjä kysymyksiä olivat muun muassa se, houkutteleeko ehdotettu sääntely potilaiden liialliseen tai liian vähäiseen hoitoon tai liiketaloudellisesti kannattavimpien asiakkaiden valikointiin. Samoin esityksessä pohdittiin järjestämis- ja tuottamistehtävän erottamisen välttämättömyyttä, tietojärjestelmien käyttöönottoaikataulujen realistisuutta ja muita ehdotetun sääntelyn käytännön vaikutuksia.

Perustuslakivaliokunta huomautti ensimmäisestä Sipilän hallituksen sote-uudistuksesta antamassaan lausunnossa, että vaikka mainitun kaltaiset kysymykset eivät lähtökohtaisesti koske ehdotetun sote-uudistuksen perustuslainmukaisuutta, voivat ne tietyissä tilanteissa johtaa perustuslainmukaisuusongelmiin, jos niiden vuoksi perusoikeuksien toteutuminen vaarantuu.<sup>151</sup> Lausunto kuvaa hyvin sitä perustuslakivaliokunnan Sipilän hallituksen uudistuksen yhteydessä omaksumaa lähtökohtaa, jonka mukaan valiokunnan tulee arvioida 19 §:n 3 momentin mukaista turvaamisveloitetta hyvin käytännönläheisesti ja pyrkiä saamiinsa selvityksiin tukeutuen varmistamaan, että sääntely kokonaisuutena täyttää turvaamisveloitteen asettamat minimivaatimukset, joita ei kuitenkaan erityisen tarkasti lausunnossa eritelty.

Perustuslakivaliokunta siis omaksui tehtäväkseen koko järjestelmän jopa empiiriseksi luonnehdittavan arvioinnin, sillä vain kokonaisuutena toimivaksi todettu järjestelmä voisi varmistaa perustuslain 19 §:n 3 momentin mukaisen turvaamisveloitteen toteutumisen. Tässä arvioinnissa valiokunta tukeutui korostetusti sosiaali- ja terveysturvaamisveloitteen asiantuntijoiden antamiin lausuntoihin, mikä oli valiokunnan historiassa jopa ainutkertaisen syvä askel käsiteltävän asian substanssin tarkasteluun.<sup>152</sup> Pauli Rautiainen totesi asiantuntijalausunnossaan osuvasti:

*Mikäli substanssiasiantuntijoiden kuulemisten kautta tai muutoin syntyy varteenotettava epäily, ettei jossakin maakunnassa kyetä edes maakunnan omalla palvelutuotannolla varmistamaan riittävien sosiaali- ja ter-*

<sup>151</sup> PeVL 26/2017 vp, s. 37.

<sup>152</sup> Ks. perustuslakivaliokunnan kuulemista asiantuntijoista esim. Wiberg 2003; Keinänen – Wiberg 2012.

*veyspalveluiden turvaamista perustuslain 6§:n ja 19.3 §:n edellyttämällä tavalla kaikille yhdenvertaisesti, on esitystä tältä osin korjattava, jotta se voidaan käsitellä tavanomaisessa lainsäätämisyjärjestyksessä. Korjaaminen voi tarkoittaa muutoksia johonkin valinnanvapausmallin peruselementtiin (asiakassetelipalvelut, henkilökohtainen budjetti, suoran valinnan palvelut) taikka sosiaali- ja terveyspalveluiden järjestämisvastuun antamista 18 vähäisemmälle määrälle maakuntia. Siihen, millaisia korjauksia – jos minkäänlaisia – tarvitaan, voi ottaa tarkasti kantaa vasta sote-substanssiasiantuntijoiden kuulemisen jälkeen.<sup>153</sup>*

Lainauksessa – joka on peräisin luonteeltaan asiantuntijalausunnosta, ei akateemisesta esityksestä – olennaista eivät ole niinkään mainittu maakuntien määrä tai mallin yksityistä tuotantoa koskeneet yksityiskohdat, vaan lähtökohta, jossa perustuslakivaliokunnan rooliksi paikantuu koko järjestelmän arvioiminen sosiaali- ja terveyspalveluiden asiantuntijoiden antamien selvitysten jälkeen. Nähdäkseni perustuslakivaliokunta noudatti arvioinnissaan tätä Rautiaisen kuvaamaa mallia.

Perustuslakivaliokunnan valitsemaa lähtökohtaa voidaan pitää erityisenä. Se syntyi kuitenkin kontekstissaan: Juha Sipilän hallituksen sote-uudistuksessa oli kyse historiallisen suuresta hallinnon sekä sosiaali- ja terveyspalveluiden uudistuksesta, jossa olisi luotu paitsi kokonaan uusi hallinnon taso, mihin liittyi omia laajoja epävarmuusaspektejaan, myös uudenlainen monituottajamalliin pohjautuva järjestelmä sote-palveluiden tuottamiseen. Lisäksi uudistuksen läpiviennin aikataulu oli erittäin tiukka, mitä suuri osa substanssivaliokuntien ja perustuslakivaliokunnan kuulemista asiantuntijoista piti ongelmallisena sosiaali- ja terveyspalveluiden toimivuuden näkökulmasta. Tässä poikkeuksellisessa kontekstissa perustuslakivaliokunta katsoi, että sen tehtäviin kuului myös sote-uudistuksen konkreettinen ja käytännönläheinen arviointi.

Perustuslakivaliokunnan valintaa voitaneen pitää perusteltuna juuri kyseisessä asetelmassa. Olennaiseksi kysymykseksi kuitenkin muodostuu, olisiko yhtä tarkka tarkastelu tarpeen, jos yksityistä palvelutuotantoa koskenut järjestelmämuutos olisi ollut rajatumpi eikä samalla olisi tehty isoa hallinnon ja järjestämisvastuun uudistusta. Tulisiko perustuslakivaliokunnan myös tällöin ottaa vastaava rooli? Ainakaan kaiken sote-sektorille ehdotetun ja siten perustuslain 19 §:n 3 momentin turvaamisvelvoitteeseen liittyvän lainsäädännön arviointi vastaavalla tarkkuudella ja konkretian kautta ei liene jatkossakaan valiokunnan mandaatin piirissä, vaan tässä on voitava luottaa muun muassa hallituksen esityksessä esitettyihin selvityksiin

<sup>153</sup> Rautiainen 2018, s. 4. Ks. lisäksi esim. Hidén 2018b, s. 10–11; Suksi 2018, s. 3–4.

sekä toisaalta substanssivaliokuntien työhön. Myös perustuslakivaliokunnan käytännössä lausuttu tukee tätä tulkintaa. Valiokunta katsoi Juha Sipilän hallituksen sote-uudistuksen yhteydessä, että vaikka lainsäädännön vaikutusten ennakkolliseen arviointiin sisältyy aina jonkinasteinen epävarmuuselementti, uudistuksen käsittelyn aikana esitettyihin riskeihin tuli suhtautua poikkeuksellisen vakavasti. Kyse oli mittaluokaltaan suuresta uudistuksesta, joka kohdistui sellaisten palveluiden järjestämiseen, joissa on keskeisesti kyse julkiselle vallalle osoitetun perusoikeuksien turvaamistehtävän toteuttamisesta.<sup>154</sup>

Perustuslakivaliokunta totesi pitävänsä sinänsä selvänä, että lainsäätäjällä on merkittävästi harkintavaltaa sosiaali- ja terveystalouden turvaamisen keinoista päätettäessä. Jonkinasteista valtiosääntöoikeudellista merkitystä oli kuitenkin oltava myös sillä, että lähes kaikki valiokunnan kuulemista asiantuntijoista pitivät ehdotusta erityisen suuren ja vakavan riskin muodostavana.<sup>155</sup> Tästä näkökulmasta ainakin tietty tulkinnallinen rooli voidaan paikantaa myös sosiaalisten oikeuksien heikentämiskielolle, jonka lähtökohtana voidaan pitää objektiivisesti hyväksyttävien ja painavien perusteiden edellyttämistä, ja näitä perusteita ovat esimerkiksi julkisen talouden rahoitusvaikeudet.<sup>156</sup> Vaikka lainsäätäjällä sinänsä on oikeus säätää myös asiantuntijoiden enemmistön huonoksi arvioimia lakeja, tälle mahdollisuudelle asettuu valtiosääntöisiä rajoja, jos sen voidaan katsoa tarkoittavan perusoikeuksien heikennystä.<sup>157</sup> Kynnys pelkän järjestelmämuutoksen tai palveluiden tuotantotapaa koskevan lainmuutoksen tulkitsemiseen perusoikeuksien heikentämiseksi tulisi kuitenkin asettaa erittäin korkealle. Lähtökohtaisesti tällainen tulkinta olisi perusteltua vain jonkinlaisen erityisen laajan konsensuksen tai yksiselitteisen selvityksen tilanteessa. Valiokunta ei kuitenkaan kiinnittänyt arviointiaan tähän asetelmaan, vaan mielsi roolikseen koko järjestelmän toteuttamiskelpoisuuden ja toimintavarmuuden arvioinnin, koska järjestelmällä oli läheinen liitos perustuslain 19 §:n 3 momenttiin ja muutoksen suunniteltu koko oli erittäin suuri.

Sipilän hallituksen sote-uudistuksen yhteydessä luotuna perustuslakivaliokunnan hyvin merkityksellisenä tulkintana voidaan pitää siis sitä, että perustuslaillinen ongelma suhteessa perustuslain 19 §:n 3 momenttiin saattaa syntyä myös silloin, kun ehdotettuun lainsäädäntöön sisältyy joitakin rakenteellisia ongelmia, jotka suurella todennäköisyydellä johtavat siihen,

<sup>154</sup> PeVL 26/2017 vp, s. 37–38.

<sup>155</sup> Ibid., s. 38.

<sup>156</sup> Ks. esim. Hidén 2018b, s. 3.

<sup>157</sup> Ks. esim. Hidén 2018a, s. 4.



että oikeuksien toteutuminen tosiasiallisesti vaarantuu.<sup>158</sup> Tämän vaarantumisen toteaminen taas puolestaan kuului ainakin Sipilän hallituksen uudistuksen yhteydessä perustuslakivaliokunnan tehtäväksi, vaikka se nojautui tässä tulkinnassa sosiaali- ja terveyssektorin asiantuntijoiden selvityksiin. Tulkinnalla on vaikutusta erityisesti yksityisen palvelutuotannon varaan rakentuvien sote-mallien näkökulmasta, sillä markkinatoiminnan varaan rakentuviin malleihin liittyy väistämättä tiettyjä epävarmuuselementtejä. Toisaalta tulkinta ei itsessään estä tai suosita minkään nimenomaisen yksityiseen tuotantoon perustuvan mallin rakentamista.

### *3.1.2 Yksityisen tuotannon osuus sosiaali- ja terveyspalveluista*

Yksi merkittävimmistä Juha Sipilän hallituksen sote-uudistuksen kontekstissa tehdyistä linjanvedoista oli julkisen vallan velvoite ylläpitää tietty määrä omaa palvelutuotantoa. Velvollisuus rajaa niitä vaihtoehtoja, joita kansallisella lainsäätäjällä on käsissään sote-järjestelmää uudistettaessa, mutta sen käytännön sisältö ei ole yksiselitteinen. Lisäksi voidaan ajatella, että velvoite oman tuotannon ylläpitämiseen liittyi erityisesti niin sanottuun monituottajamalliin, ei kaikkiin kuviteltavissa oleviin sote-järjestelmää muuttaviin lainsäädäntöratkaisuihin. Mahdollinen tulkinta lausontokäytännöstä on myös se, että velvollisuus oman tuotannon ylläpitämiseen liittyi nimenomaan ja vain Sipilän hallituksen ehdottamaan sote- ja maakuntauudistukseen kaikkine erityispiirteineen.

Velvoitetta julkisen vallan omaan tuotantoon ei voida lukea suoraan perustuslaista, eikä velvoitteeseen viitattu myöskään vuoden 1995 perusoikeusuudistuksen esitöissä. Se on ylipäätään melko hankalasti sovitettavissa perusoikeusjärjestelmän kokonaisuuteen. Kyseisen velvoitteen – sikäli kun sellainen katsottaisiin yleispäteväksi – tarkka sisältö täsmentyi juuri Sipilän hallituksen sote- ja maakuntauudistuksen käsittelyn yhteydessä.

Ennen Sipilän hallituksen uudistuksesta annettuja lausuntoja perustuslakivaliokunta oli vakiintuneesti katsonut, että perustuslaki ei sido lainsäätäjää tiettyihin tuotantotapoihin tai aiempaan sosiaali- ja terveyspalveluita koskevaan sääntelyyn.<sup>159</sup> Myös oikeuskirjallisuudessa on liki poikkeuksetta katsottu, että perustuslain 19 §:n 3 momentti ei sisällä kannanottoa julkisten ja yksityisesti tuotettujen palvelujen suhteeseen sosiaali- ja terveydenhuollossa.<sup>160</sup> Vaikka perustuslaista ei siis johdu tarkkoja rajoja oman

<sup>158</sup> PeVL 26/2017 vp, s. 37–38.

<sup>159</sup> Mm. PeVL 41/2010 vp; PeVL 67/2014 vp; PeVL 63/2016 vp.

<sup>160</sup> Mm. Tuori 2011b.

tuotannon määrälle tai sen toteuttamisen tavoille, perustuslakivaliokunta on katsonut, että lainsäätäjän tehtäviin kuuluu varmistaa vastuussa olevien sote-palveluiden järjestäjien – aiemmin kuntien ja nyttemmin hyvinvointialueiden – mahdollisuudet kaikissa tilanteissa turvata sosiaali- ja terveyspalveluiden riittävä ja yhdenvertainen saatavuus.<sup>161</sup>

Sipilän hallituksen sote-mallissa maakunnat vastasivat sote-palveluiden järjestämisestä. Ensimmäisissä hallituksen esityksissä järjestelmä oli rakennettu niin, että perusterveydenhuollon palveluiden ja tiettyjen sosiaali-palveluiden tuottamisesta vastaisivat sote-keskukset, jotka olisivat joko yksityisiä toimijoita tai muutoin irrallisia maakunnista mutta alisteisia eräille sote-järjestämislaissa maakunnille annetuille ohjauskeinoille.<sup>162</sup> Näin kyseisten palveluiden saatavuus olisi riippunut siitä, syntyykö alueelle yksityistä palveluntarjontaa ja missä määrin, mutta maakunnan tehtävänä olisi ohjauskeinoilla varmistaa palveluiden saatavuus, saavutettavuus, laatu ja yhdenvertaisuus.

Perustuslakivaliokunta totesi uudistusta arvioidessaan, että perustuslain 19 §:n 3 momentin toteutumisessa ei voida jättää niin sanottuja suoran valinnan piiriin kuuluvia palveluita yksinomaan markkinaperusteisen palvelutuotannon varaan.<sup>163</sup> Nämä suoran valinnan palvelut olivat Sipilän hallituksen mallissa valinnanvapauden piirissä olevia palveluita, joissa asiakkaan valinta olisi tapahtunut sanamukaisesti suoraan eli ilman maakunnan tekemää osoitusta jollekin tietylle palveluntarjoajalle tai etukäteistä hoidon tarpeen arviointia. Ensimmäisessä Sipilän hallituksen sote-uudistusta koskeneessa hallituksen esityksessä olisi lisäksi säädetty maakunnille kielto tuottaa näitä suoran valinnan palveluja. Lisäksi olisi kielletty maakuntaa tuottamasta asiakassetelillä tuotettavia palveluja ja velvoitettu maakunta yhtiöittämään sosiaali- ja terveydenhuollon palvelut.<sup>164</sup>

Lakiesitykset sisälsivät erityisiä mekanismeja myös sellaisia tilanteita varten, joissa markkinaehtoisia palveluita ei syntyisi riittävästi tai lainkaan.<sup>165</sup> Ensinnäkin valinnanvapauslakiesitys antoi maakunnalle oikeuden tuottaa suoran valinnan palveluja ja asiakassetelillä tuotettavia palveluja silloin, kun se olisi välttämätöntä asiakkaiden palvelujen saatavuuden turvaamiseksi tilanteessa, jossa suoran valinnan palvelun tuottajien tai asiakassetelipalvelun tuottajien palveluja ei ole markkinoilla asiakkaiden koh-

<sup>161</sup> PeVL 15/2018 vp, s. 16.

<sup>162</sup> HE 15/2017 vp: sote-järjestämislakiehdotuksen 14, 15, 16 ja 47 § sekä lain 8 ja 10 luku.

<sup>163</sup> PeVL 15/2018 vp, s. 15.

<sup>164</sup> HE 47/2017 vp: ehdotetun valinnanvapauslain 2 §:n 6 kohta ja lain 3 luku.

<sup>165</sup> Erityisesti HE 47/2017 vp: ehdotetun valinnanvapauslain 43, 52 ja 81 § ja HE 17/2017 vp: sote-järjestämislakiehdotuksen 22 §:n 3 momentti.

tuudella saavutettavissa eikä näiden palvelujen saatavuutta voitaisi turvata julkisella palveluvelvoitteella.<sup>166</sup> Maakunnan liikelaitoksen tehtävänä olisi myös tuottaa palvelut, jos niitä ei muutoin olisi saatavilla lainsäädännön, palvelustrategian tai maakunnan palvelulupauksen mukaisesti.<sup>167</sup> Kirjauksen voidaan katsoa viittaavan juuri markkinapuutostilanteisiin eli riittävän yksityisen tuotannon puuttumiseen. Valinnanvapauslakiehdotuksen mukaan maakunnan oli varauduttava ennalta turvaamaan asukkaidensa riittävät sosiaali- ja terveydenhuollon palvelut siltä varalta, että suoran valinnan palvelun tuottajien tai asiakassetelipalvelun tuottajien palveluja ei olisi markkinoilla maakunnan asukkaiden kohtuudella saavutettavissa. Valinnanvapauslakiehdotus sisälsi lisäksi menettelysäännökset näihin tilanteisiin sekä itse markkinapuutostilanteen toteamiseen.<sup>168</sup>

Perustuslakivaliokunta totesi lausunnossaan nämä markkinapuutostilanteisiin varautumista varten tarkoitetut mekanismit ja poikkeukset kokonaisuutena riittämättömiksi. Valiokunta viittasi lausunnossa hallituksen esityksen perusteluihin, joissa myönnettiin tilanteen haasteellisuus puhtaasti käytännöllisestä näkökulmasta: palveluiden kuuluminen yhtiöittämisvelvollisuuden piiriin merkitsi sitä, että maakunnalla ei olisi tällaisessa tilanteessa ainakaan välittömästi käytettävissä henkilöstöä ja muita voimavaroja, joilla se voisi korvata puuttuvaa palvelutuotantoa.<sup>169</sup> Jos markkinapuutetilanne tulisi käsille, olisi käytännöllisesti katsoen hankalaa löytää keinoja, joilla julkinen valta voisi vastata tilanteeseen riittävän nopeasti. Lisäksi valiokunta kiinnitti huomiota markkinapuutetilanteen toteamisen hallinnollisten menettelyiden raskauteen ja siihen, että esitys ei sisältänyt tarkempaa sääntelyä tai liiemmin perusteluja siitä, miten maakunta käytännössä voisi täyttää sillä säädetyn varautumisvelvollisuuden.

Perustuslakivaliokunta paikansi näin huomattavan valtiosääntöoikeudellisen ongelman erityisesti yhtiöittämisvelvollisuuteen sekä edellä kuvattuun palveluiden tuotantokieltoon. Tästä johdonmukaisena seurauksena perustuslakivaliokunta katsoi ensimmäisistä Sipilän hallituksen soteuudistuksen muodostaneista hallituksen esityksistä antamassaan lausunnossa ehdotetun sääntelyn laajasti ongelmalliseksi. Valiokunta muun muassa piti välttämättömänä poistaa esityksestä sosiaali- ja terveyspalveluiden yhtiöittämisvelvollisuus sekä kielto tuottaa itse suoran valinnan palveluita ja asiakassetelillä tuotettavia palveluita.<sup>170</sup>

<sup>166</sup> HE 47/2017 vp: ehdotetun valinnanvapauslain 52 §:n 2 momentti.

<sup>167</sup> HE 15/2017 vp: sote-järjestämislakiehdotuksen 22 §:n 3 momentti.

<sup>168</sup> HE 47/2017 vp: ehdotetun valinnanvapauslain 43 ja 81 §.

<sup>169</sup> HE 47/2017 vp, s. 254.

<sup>170</sup> PeVL 26/2017 vp, s. 75.

Juha Sipilän hallitus teki ensimmäisen ja toisen hallituksen esityksen välillä perustavanlaatuisia muutoksia esittämänsä sote-järjestelmän perusteisiin erityisesti perustuslakivaliokunnan ongelmallisiksi katsomilta osin. Yksi näistä oli ongelmalliseksi todetun yhtiöittämisvelvollisuuden poistaminen sote-mallista kokonaisuudessaan. Lisäksi esityksestä poistettiin maakunnille ensimmäisessä esityksessä asetettu suoran valinnan palvelujen tuotannon kieltö. Uudessa valinnanvapausesityksessä maakunnan suoran valinnan palveluiden tuotanto osoitettiin liikelaitokselle, jossa tuli olla yksi tai useampi sosiaali- ja terveyskeskus ja suunhoidon yksikkö. Nämä yksiköt olisivat voineet toimia sote-järjestämislain mukaisen liikelaitoksen osana tai erillisenä liikelaitoksena, tai niitä varten olisi voitu perustaa yhtiöitä. Ehdotetussa uudessa valinnanvapauslaissa sekä hallituksen esityksen perusteluissa asetettiin kuitenkin rajoituksia siltä osin, että maakunta ei voisi yhtiöittää suoran valinnan palvelutuotantoa kokonaisuudessaan, vaan maakunnalla todettiin olevan velvollisuus omalla tuotannollaan turvata perusoikeuksien toteutuminen.<sup>171</sup>

Suoran valinnan palveluiden lisäksi Sipilän hallitus muutti esitystään asiakassetelipalveluiden osalta niin, että maakunnan liikelaitokselle tulisi velvoite palveluiden tuottamisesta joko itse tai ostopalvelusopimuksella tilanteissa, joissa asiakkaalle sopivaa palveluntuottajaa ei ole muutoin valittavissa.<sup>172</sup>

Hallituksen esityksessä korostettiin, että sote- ja maakuntauudistusta seuraavassa uudessa sote-rakenteessa lähtökohtana palveluiden tuottamisessa olisi maakunnan liikelaitoksen vastuulla oleva julkinen tuotanto ja yksityisen sekä kolmannen sektorin toimijoiden tuottamilla palveluilla olisi täydentävä rooli. Hallituksen esityksen perusteluissa todettiin, että maakunnan velvollisuutena on varmistaa viime kädessä omalla tuotannollaan riittävien ja yhdenvertaisten sosiaali- ja terveydenhuollon palveluiden saatavuus maakunnan koko alueella perustuslain 19 ja 6 §:ssä edellytetyllä tavalla. Maakunnalla olisi aina oltava riittävästi omaa tuotantoa, jolla se voisi kaikissa tilanteissa turvata jokaiselle riittävät ja yhdenvertaiset sosiaali- ja terveyspalvelut.<sup>173</sup>

Perustuslakivaliokunta omaksui toisesta valinnanvapauslaista antamansa lausunnossa hyvin kriittisen kannan myös tähän hallituksen esityksen säädösratkaisuun. Valiokunta kiinnitti huomiota muun muassa siihen, että valinnanvapauslakiehdotus ei sisältänyt nimenomaisia säännöksiä valinnanvapauden piiriin kuuluvan julkisen palvelutuotannon laajuudesta muu-

<sup>171</sup> HE 16/2018 vp: ehdotetun valinnanvapauslain 15 ja 16 §.

<sup>172</sup> HE 16/2018 vp: ehdotetun valinnanvapauslain luku 5.

<sup>173</sup> HE 16/2018 vp, s. 328.

ten kuin siltä osin, että maakunta ei voisi ulkoistaa koko tuotantaan vaan että sillä olisi oltava liikelaitoksessaan yksi tai useampi sosiaali- ja terveyskeskus ja suunhoidon yksikkö.<sup>174</sup>

Ehdotettu valinnanvapauslaki ei myöskään sisältänyt muodollista estettä sille, että valinnanvapausmallista johtuva julkisen ja yksityisen tuotannon sinänsä tasavertainen kilpailuasetelma johtaisi tilanteeseen, jossa maakunnan oman tuotannon mahdollisuudet eivät olisi riittäviä. Näin voisi käydä erityisesti pidemmän ajan kuluessa: yksityisten tuottajien osuus olisi hallituksen esitykseen sisältyneiden vaikutusarvioiden mukaan kasvanut uudistuksen siirtymävaiheen jälkeen, vaikka se ensimmäisessä vaiheessa olisi todennäköisesti hyvin pieni. Tälle mekanismille ei asetettu hallituksen esityksessä nimenomaisia rajoja, mitä perustuslakivaliokunta piti ongelmallisena.<sup>175</sup> Perustuslakivaliokunta katsoi, että valinnanvapauslaissa tulisi perusteluissa esitetyn tahtotilan sijaan nimenomaan säädösperusteisesti varmistaa mekanismit, joilla maakuntien riittävä oma palvelutuotanto toteutuu ja maakunnan liikelaitoksen toimintamahdollisuudet turvataan. Riittäväksi ei siis näiltä osin katsottu hallituksen esitykseen sisältyneitä maakunnille säädettyjä velvoitteita oman tuotannon ylläpitämisestä, vaan tällainen oman tuotannon määrä tuli määrittää nimenomaisesti ja velvoitteen toteuttamisen kannalta tarpeelliset säädökset tuli sisällyttää sote- ja maakuntauudistuksen muodostaneisiin lakeihin.<sup>176</sup>

Perustuslakivaliokunta vaikuttaa lausunnossaan arvioivan yksityisen sektorin varaan rakentuvan palvelutuotannon myös julkista tuotantoa epävarmemmaksi ja vähemmän resilientiksi häiriö- ja poikkeusoloissa. Valiokunnan lausunnosta tai hallituksen esityksestä ei suoraan käy ilmi, mihin tällainen lähtökohta perustuu, ja se on ainakin Sipilän hallituksen uudistusta laajemmassa kontekstissa altis kritiikille. Perustuslakivaliokunnan mukaan ehdotetussa järjestelmässä voisi syntyä yksityisen sektorin palvelutuotannolle ominaisia vaikeasti ennakoitavia liiketaloudellisia riskejä, jotka saattavat johtaa myös perusoikeusnäkökulmasta vaikeasti hallittaviin asetelmiin.<sup>177</sup> Perustuslakivaliokunta viittaa näiltä osin paitsi edellä kuvattuun markkinapuutetilanteeseen, jossa yksityisen sektorin tarjontaa ei ole riittävästi, myös erityisesti häiriö- ja poikkeusoloihin.<sup>178</sup> Valiokunta totesi lausunnollaan yksiselitteisesti, että valinnanvapauslaissa tulee säädösperusteisesti varmistaa hallituksen esityksen perusteluissa painotetun ja

<sup>174</sup> HE 16/2018 vp: ehdotetun valinnanvapauslain 16 §:n 1 mom.

<sup>175</sup> PeVL 15/2018 vp, s. 18.

<sup>176</sup> Ibid., s. 18–19.

<sup>177</sup> Ibid., s. 18.

<sup>178</sup> Ibid., s. 18.

keskeiseen asemaan nousevan maakuntien riittävän oman palvelutuotannon toteutuminen ja maakunnan liikelaitoksen toimintavalmiuden turvaaminen.<sup>179</sup> Tätä on tulkittu valiokunnan asettamaksi velvollisuudeksi ylläpitää julkisen vallan omaa tuotantoa.

Juha Sipilän hallituksen sote- ja maakuntauudistuksen yhteydessä annettuja perustuslakivaliokunnan lausuntoja on kuitenkin arvioitava kontekstissaan. Vaikka velvollisuus oman tuotannon ylläpitämiseen todettiin keskeiseksi valtiosääntöiseksi edellytykseksi juuri Sipilän hallituksen ajaman monituottajamallin tapauksessa, on vähintäänkin kiistanalaista, missä määrin tällainen velvoite voidaan laskea yleiseksi ja sellaisena lainsäätäjän harkintavaltaa pysyvästi rajaavaksi. Sipilän hallituksen esittämää uudistusta voidaan pitää tästä näkökulmasta eräänlaisena erityistapauksena, jossa ohjausmekanismien ja palvelurakenteen uutuus ja monimutkaisuus sekä epäselvyydet kokonaisuuden luonteesta lopulta johtivat tulkintaan, jossa näiden selkeyttäminen perustuslain 19 §:n 3 momentin näkökulmasta olisi ollut hyvin hankalaa muun kuin oman tuotannon lisäämisen sekä sen laintasaisen velvoittavuuden kautta.

Myöskään Sipilän hallituksen sote-uudistuksen yhteydessä annetuista lausunnoista ei ole luettavissa mitään ehdotonta rajaa sille, minkälainen prosenttiosuus tai kokonaisuus sote-palveluista on säilytettävä julkisen vallan tuotettavana. Olennaista tulkinnassa ei niinkään ole julkinen tuotanto itsessään, vaan julkisen vallan kyky kaikissa tilanteissa turvata sosiaali- ja terveyspalveluiden saatavuus ja siten tarvittaessa puuttua tilanteisiin, joissa palveluiden saatavuus on uhattuna. Tällaisen velvoitteen taas voidaan katsoa olevan vakiintunut osa perustuslain 19 §:n 3 momenttia. Yhtä vakiintunut on kuitenkin jo perusoikeusuudistuksen yhteydessä tehty tulkinta siitä, että perustuslain 19 §:n 3 momentin säännöksessä ei määritellä sosiaali- ja terveyspalvelujen järjestämistapaa eikä säännös edellytä julkisen vallan tuottavan itse kaikkia sote-palveluita.<sup>180</sup>

Tästä näkökulmasta palveluiden turvaamisvelvoitetta ei voida samaistaa yleiseksi veloitteeksi ylläpitää tiettyä määrää julkista palvelutuotantoa. Koska perusoikeusuudistusesityksessä korostettiin erikseen, ettei kyseinen säännös sido sosiaali- ja terveyspalvelujen järjestämistä silloin voimassa olleeseen lainsäädäntöön, lainsäätäjällä tulisi olla merkittävästi harkintavaltaa niistä keinoista, joilla se haluaa turvata sosiaali- ja terveyspalveluiden riittävyyden.<sup>181</sup> Esimerkiksi Tuomas Ojanen totesi Sipilän hallituksen jälkimmäisestä valinnanvapauslakiesityksestä antamassaan lausunnossa,

<sup>179</sup> Ibid., s. 18–19.

<sup>180</sup> PeVM 25/1994 vp, s. 32–33.

<sup>181</sup> HE 309/1993 vp, s. 71. Ks. myös esim. Mäenpää 2018c, s. 6.

että ”perustuslain kannalta on hyväksyttävä – tai ainakin siedettävä – kaikkia sellaisia malleja, jotka kokonaisuutena toteuttavat julkisen vallan velvollisuuden turvata jokaiselle riittävät sosiaali- ja terveyspalvelut sekä edistävät väestön terveyttä perustuslain 19 §:n 3 momentin, 6 §:n 1 ja 2 momentin ja 22 §:n mukaisesti”.<sup>182</sup>

Myös Sanna Marinin hallituksen sote-uudistusta arvioidessaan perustuslakivaliokunta totesi, että perustuslain 19 §:n 3 momentissa ei edellytetä, että julkisyhteisöt itse huolehtisivat kaikkien sosiaali- ja terveyspalvelujen tuottamisesta. Lisäksi perustuslaista ei valiokunnan mukaan johdu tarkkoja rajoja oman tuotannon määrälle tai sen toteuttamisen tavoille, vaan olennaista on varmistaa lainsäädännöllä se, että vastuussa oleva järjestäjä voi kaikissa tilanteissa turvata sosiaali- ja terveyspalveluiden riittävän saatavuuden.<sup>183</sup> Toisaalta valiokunta viittasi aiemmista sote-uudistuksista antamiinsa lausuntoihin sekä maakunnan ”riittäviin voimavaroihin” tavalla, jonka voidaan katsoa henkivän valiokunnan aiempienkin kannottojen yleisluontoista merkitystä. Valitusta sanamuodosta ei kuitenkaan ole syytä tehdä liian pitkälle meneviä johtopäätöksiä.

*Valiokunnan mukaan kun perustuslain 6 §:n ja 19 §:n 3 momentin kokonaisuus edellyttää, että julkisen vallan on turvattava lailla yhdenvertaisella tavalla jokaiselle oikeus riittäviin sosiaali- ja terveyspalveluihin, lainsäädännössä on varmistettava, että järjestämisvastuussa olevalla maakunnalla on sekä riittävät taloudelliset voimavarat että muutoinkin riittävä henkilöstöä, tiloja ja laitteistoja koskeva kapasiteetti tuottaa riittävät sosiaali- ja terveyspalvelut. Näiden vaatimusten tulee toteutua paitsi kunkin maakunnan sisällä myös koko valtakunnan tasolla.*<sup>184</sup>

Yhteenvetona valiokunnan viimeaikaisesta lausuntokäytännöstä voidaan todeta, että velvollisuus julkisen tuotannon ylläpitämiseen melko laajassakin mitassa on tulkinnan lähtökohta ja vakiintuneesti hyväksytty tapa täyttää perustuslain 19 §:n 3 momentin mukainen turvaamisvelvollisuus. Lainsäätäjälle jää kuitenkin harkintavaltaa myös muunlaisiin ratkaisuihin, kunhan ne ovat kokonaisuutena valtiosääntöisesti hyväksyttävissä.

Sipilän hallituksen sote-uudistukseen liittyi vielä sen viimeisissäkin eduskuntakäsittelyn vaiheissa useita perustuslaillisia ja käytännöllisiä ongelmia, joista edellä kuvattu problematiikka oli vain yksi. Tällaiset ongelmat voivat tässä luvussa aiemmin kuvatulla tavalla kokonaisuutena johtaa tilanteeseen,

<sup>182</sup> Ojanen 2018, s. 14.

<sup>183</sup> PeVL 17/2021 vp, s. 17–18.

<sup>184</sup> Ibid., s. 21.

jossa oikeuksien toteutuminen vaarantuu lainsäädännön rakenteellisten ongelmien vuoksi.<sup>185</sup> Kyse ei kuitenkaan ollut oikeuksien vaarantumisesta vain yksityisen tuotannon suuren osuuden vuoksi, vaan myös valittuun valinnanvapausmalliin ja uudistukseen liittyneiden epävarmuuksien vuoksi.

Myös Sipilän hallituksen uudistuksessa oman tuotannon takaamisen lisäksi toisena valtiosääntöisesti mahdollisena ratkaisuna olisi ollut luoda muita sellaisia mekanismeja, joissa julkisella vallalla olisi ollut vahvempi kyky reagoida markkinapuutostilanteisiin tai muihin häiriöihin. Mekanismin olisi tullut olla nimenomaisia ja pystyä vakuuttamaan perustuslakivaliokunta siitä, että palveluiden riittävyys voidaan kaikissa tilanteissa varmistaa. Tällainen ajatus on hyvin linjassa paitsi Sipilän hallituksen uudistuksen yhteydessä annettujen perustuslakivaliokunnan lausuntojen myös sen melko vakiintuneen tulkinnan kanssa, että perustuslain 19 §:n 3 momentissa on kyse nimenomaan palveluiden turvaamisesta eikä tämän turvaamisen mekanismeista.<sup>186</sup>

Rautiaisen mukaan esitetty valinnanvapausmalli olisi puolestaan ollut ongelmattomampi, jos sote-palveluiden järjestämisvastuu olisi säädetty maakuntien sijaan valtiolle, kun taas Sipilän hallituksen esittämä maakuntaperusteinen järjestämismalli olisi ollut ongelmattomampi, jos se olisi perustunut vahvemmin sote-palveluiden julkiseen tuotantoon. Rautiainen perusteli tätä erityisesti maakuntien suuren määrän aiheuttamilla riskeillä siitä, että joidenkin maakuntien toimintakyky on puutteellisesta.<sup>187</sup>

Sote-mallien hyväksyttävyyttä liittyy siis olennaisesti myös niihin mekanismeihin, joita julkisella vallalla on käytettävissään. Jos voidaan katsoa, että julkisen vallan – oli kyse sitten valtiosta, kuntaa suuremmasta itsehallintoalueesta tai kunnasta – tosiasiallinen kyky eri ohjauskeinoin puuttua ajoissa mahdollisiin ongelmatilanteisiin on ilmeinen ja tehokas ja perusoikeuksien toteutuminen tulee niiden kautta turvatuksi, järjestelmän perusratkaisujen toimivuudesta voidaan sietää suurempaa epävarmuutta. Toisaalta jos julkisen vallan kyky ohjauskeinoin tai muuten jälkikäteisesti varmistaa perusoikeuksien toteutuminen on heikko tai vähintäänkin kyseenalainen, lainsäätäjän tulee olla varma siitä, että järjestelmälähtöisiä ongelmia ei ilmaannu ja perusoikeuksen toteutuminen ei missään oloissa vaarannu. Kyse ei siis ole pelkästään siitä, mitä turvaamisesta ja ohjauskeinoista säädetään, vaan myös siitä, miten turvaaminen todellisuudessa tapahtuu. Rautiainen viittaa tähän *law in action*- ja *law in books* -erottelulla.<sup>188</sup>

<sup>185</sup> PeVL 26/2017 vp, s. 37–38 ja PeVL 17/2021 vp, s. 18.

<sup>186</sup> Mm. PeVL 10/2009 vp.

<sup>187</sup> Rautiainen 2018, s. 4.

<sup>188</sup> Ibid., s. 6.



Perustuslakivaliokunnan edellä referoidusta lausuntokäytännöstä, perustuslain 19 §:n 3 momentin sanamuodosta, perusoikeusuudistuksen esitöistä tai muusta relevantista aineistosta ei siis voida ainakaan yksiselitteisesti tehdä sellaista tulkintaa, että perustuslaki edellyttäisi tietynasteisen julkisen sote-palveluiden tuotannon ylläpitämistä kaikissa tilanteissa. Myös perustuslain 19 §:n 3 momentin paremmin huomioivan monituottajamallin rakentamisen voidaan näin ajatella mahtuvan lainsäätäjän harkintavallan puitteisiin. Käytännöllisesti katsoen monituottajamallin toteuttaminen tarkoituksenmukaisella tavalla on kuitenkin monimutkaista ja hankalaa.

Tässä tulkinnassa lähtökohtana on, että koska Sipilän hallituksen esittämän mallin toimivuuteen liittyi merkittäviä epävarmuustekijöitä, julkisen vallan tuli näitä epävarmuustekijöitä ja riskejä hallitakseen ylläpitää minimissään tiettyä määrää omaa tuotantoa. Jos epävarmuustekijöitä voitaisiin esimerkiksi tehokkailla ja toimintavarmoilta hallinnon mekanismeilla poistaa, myös yksityisen tuotannon rooli voisi olla suurempi. Esimerkiksi valinnanvapauden ja yksityisen tuotannon lisääminen asteittain kokeiluiden kautta voisi antaa perustuslain normikokonaisuuden edellyttämän varmuuden siitä, että riittävät palvelut voidaan taata yhdenvertaisesti.<sup>189</sup> Mitään valtiosääntöistä estettä sille, että tällaisen mekanismin kautta voitaisiin edetä jopa Sipilän hallituksen mallia vahvemmin yksityisen tuotannon varaan nojaavaan sote-tuotantoon, on perustuslain kokonaisuudesta hankala löytää. Tälle tulkinnalle vahvaa tukea antavat erityisesti perustuslain esitöissä lausutut kannanotot sekä se vakiintunut valtiosääntöinen lähtökohta, että lainsäätäjälle on annettava laaja harkintavalta toteuttaa tarkoituksenmukaisiksi katsomiaan ratkaisuita. Tämän harkintavallan on oltava läsnä myös sote-palveluissa.

### 3.2 Yhdenvertaisuus

Sosiaali- ja terveystalvelujen järjestämistapaa ja saatavuutta määrittävät olennaisesti myös muut perusoikeussäännökset, erityisesti yhdenvertaisuussäännökset ja syrjinnän kiello. Perustuslain 6 §:n 1 momentin mukaan ihmiset ovat yhdenvertaisia lain edessä. Säännös sisältää vaatimuksen oikeudellisesta yhdenvertaisuudesta sekä ajatuksen tosiasiallisesta tasa-arvosta, jota kohti lainsäätäjän tulee pyrkiä lainsäädäntötoimilla, jotka voivat myös poiketa muodollisesta yhdenvertaisuudesta. Erotteluun viitataan

<sup>189</sup> Ks. kokeilulainsäädännön reunaehdoista mm. Rautiainen 2019.

vakiintuneesti muodollisena ja aineellisena yhdenvertaisuutena.<sup>190</sup> Säännökseen sisältyy vaatimus samanlaisesta kohtelusta samanlaisissa tapauksissa sekä mielivallan kielto, ja sitä kutsutaan vakiintuneesti yleiseksi yhdenvertaisuussäännökseksi.<sup>191</sup> Perusoikeudella yhdenvertaisuuteen on vahva, koko oikeusjärjestyksen läpäisevä luonne.

Perustuslain 6 §:n 2 momentti täydentää yleistä yhdenvertaisuussäännöstä syrjintäkiellolla, jonka mukaan ketään ei saa ilman hyväksyttävää perustetta asettaa eri asemaan säännöksessä erikseen lueteltujen perusteiden tai muun henkilöön liittyvän syyn perusteella. Näitä perusteita ovat sukupuoli, ikä, alkuperä, kieli, uskonto, vakaumus, mielipide, terveydentila ja vammaisuus. Luetteloa ei kuitenkaan ole tarkoitettu tyhjentäväksi, vaan eri asemaan asettaminen on kielletty myös muun henkilöön liittyvän syyn perusteella. Perusoikeusuudistusesityksessä ja myöhemmin perustuslakivaliokunnan tulkintakäytännössä on todettu, että tällaisia henkilöön liittyviä syitä voivat olla ainakin yhteiskunnallinen asema, varallisuus, yhdistystoimintaan osallistuminen, perhesuhteet, raskaus, aviollinen syntyperä, seksuaalinen suuntautuminen ja asuinpaikka.<sup>192</sup> Samankaltaisia perusteita on listattu myös Euroopan unionin perusoikeuskirjan 21 artiklan 1 kohdassa. Lisäksi säännöksen tulkinnassa merkitystä on myös muun muassa Euroopan ihmisoikeussopimuksen 14 artiklalla ja 12. lisäpöytäkirjan 1 artiklalla.

Perustuslain 6 §:n 1 momentista ei seuraa tiukkoja rajoja lainsäätäjän harkintavallalle, vaan yleinen yhdenvertaisuussäännös jättää lainsäätäjälle laajaa harkintamarginaalia pyrkiä kulloisenkin yhteiskuntakehityksen vaatimaan sääntelyyn.<sup>193</sup> Yhdenvertaisuussäännös ei myöskään edellytä kaikkien kansalaisten kaikissa suhteissa samanlaista kohtelua, jos asiaan vaikuttavat olosuhteet eivät ole samanlaisia.<sup>194</sup> Erottelut on kuitenkin voitava perustella perusoikeusjärjestelmän kannalta hyväksyttävällä tavalla; ne eivät saa olla mielivaltaisia eivätkä niistä johtuvat erot saa muodostua kohtuuttomiksi.<sup>195</sup> Positiivinen erityiskohtelu on säännöksen mukaan sallittua ja paikoin jopa edellytys normikokonaisuuden hyväksyttävyydelle, mutta myös positiiviselta erityiskohtelulta edellytetään tavoitteiden hyväksyttä-

<sup>190</sup> Ks. mm. Mäkelä 2013.

<sup>191</sup> Ojanen – Scheinin 2011.

<sup>192</sup> HE 309/1993 vp, s. 42–44; PeVL 31/2014 vp, s. 3.

<sup>193</sup> Mm. PeVL 59/2002 vp, s. 2; PeVM 11/2009 vp, s. 2; PeVL 37/2010 vp, s. 3; PeVL 26/2017 vp, s. 37.

<sup>194</sup> PeVL 31/2014 vp, s. 3.

<sup>195</sup> Mm. PeVL 18/2006 vp, s. 2; PeVM 11/2009 vp, s. 2; PeVL 37/2010 vp, s. 3; PeVL 11/2012 vp, s. 2.

vyyttä sekä toimien oikeasuhtaisuutta.<sup>196</sup> Yhdenvertaisuussäännös koskee vain luonnollisia henkilöitä, mutta sillä voi perustuslakivaliokunnan vaikiintuneen lausuntokäytännön mukaan olla merkitystä myös oikeushenkilöihin kohdistuvan sääntelyn arvioinnissa erityisesti sellaisissa tilanteissa, joissa sääntely voi vaikuttaa välillisesti luonnollisten henkilöiden oikeusasemaan.<sup>197</sup> Tämän näkökulman merkitys on sitä vähäisempää, mitä etäisempi sääntelyn yhteys luonnollisten henkilöiden oikeusasemaan on.<sup>198</sup> Oikeuskirjallisuudessa on ajoittain todettu yhdenvertaisuusperiaatteen soveltuvan myös oikeushenkilöihin, mutta myös näissä tapauksissa tulkinnan lähtökohtana on ollut luonnollisiin henkilöihin oikeushenkilöiden välityksellä kohdistuva suoja.<sup>199</sup>

Kuten perustuslain 19 §:n 3 momentti myös perustuslain 6 §:n 1 momentin yleinen yhdenvertaisuussäännös on luonteeltaan abstrakti. Säännös ilmaisee periaateluonteisen vaatimuksen, jonka konkreettisen aineellisen sisällön tunnistaminen vaatii tulkintaa. Säännökselle ei ole paikannettavissa yksiselitteistä tai edes kovin todennäköistä aineellisoikeudellista sisältöä.

Perustuslain 6 §:n 1 momentin suhde perusoikeuksien rajoitusedellytyksiin puolestaan on sen torjuntaoikeudellisen luonteen takia merkittävästi perustuslain 19 §:n 3 momenttia suoraviivaisempi. Perustuslain 6 §:n 1 momentista on mahdollista poiketa tavallisella lailla, jos rajoitus täyttää perusoikeuksien yleisten rajoitusedellytysten asettamat reunaehdot. Selvää on myös se, että tavallisella lailla säädetyillä rajoituksilla ei voida puuttua yhdenvertaisuuden ydinalueeseen.<sup>200</sup> Perustuslain 6 §:n 2 momentin sisältämä syrjintäkielto poikkeaa tästä, sillä säännös on kirjoitettu ehdottomaksi kielloksi.

Perusoikeuksien yleisten rajoitusedellytysten lähtökohtana on, että rajoitusten tulee perustua eduskunnan säätämään lakiin. Perusoikeuksien rajoittamista koskevaa toimivaltaa ei voida delegoida lakia alemmalle säädöstasolle. Rajoitusten on oltava tarkkarajaisia ja riittävän täsmällisesti määritettyjä, ja niiden olennaisen sisällön tulee ilmetä laista. Rajoitusperusteiden tulee lisäksi olla hyväksyttäviä ja rajoittamisen tulee olla painavan yhteiskunnallisen tarpeen vaatima. Merkitystä tässä arvioinnissa voi olla esimerkiksi Euroopan ihmisoikeussopimuksen määräyksillä, yhdenvertaisuustarkastelussa siis erityisesti EIS:n 14 artiklalla ja 12. lisäpöytä-

<sup>196</sup> HE 309/1993, s. 42; Ojanen – Scheinin 2011.

<sup>197</sup> Mm. Viljanen 2011.

<sup>198</sup> PeVL 11/2012 vp, s. 2.

<sup>199</sup> Mm. Nykänen 2017.

<sup>200</sup> PeVM 25/1994, s. 5.

kirjan 1 artiklalla. Rajoitukset eivät saa olla ristiriidassa Suomen kansainvälisten ihmisoikeusvelvoitteiden kanssa.

Perusoikeuksiin kohdistettavien rajoitusten on oltava suhteellisuusvaatimuksen mukaisia ja välttämättömiä hyväksyttävän tarkoituksen saavuttamiseksi. Jokin perusoikeuden rajoitus on siis sallittu ainoastaan, jos tavoite ei ole saavutettavissa kyseiseen oikeuteen vähemmän puuttuvin keinoin, eikä rajoitus saa mennä pidemmälle kuin on perusteltua ottaen huomioon rajoituksen taustalla olevan yhteiskunnallisen intressin painavuus suhteessa rajoitettavaan oikeushyvään.<sup>201</sup>

Perustuslakivaliokunnan yleistä yhdenvertaisuussäännöstä koskeva lausuntokäytäntö on melko laajaa. Myös erilaista yhdenvertaisuusliitännäistä korkeimpien oikeusasteiden oikeuskäytäntöä on kertynyt melko huomattava määrä. Perustuslakivaliokunnan lausuntokäytännössä hyvin tavanomainen asetelma on ollut, että tarkasteluun tuotuun hallituksen esitykseen sisältyy yhdenvertaisuuden rajoitus, jota on perusteltu yhteiskuntakehityksen vaatimuksilla tai muilla yhteiskunnallisessa päätöksenteossa tunnistetuilla päämäärillä. Perustuslakivaliokunta on näissä tapauksissa arvioinut lähinnä sitä, mikä on yhdenvertaisuuden rajoituksen taustalle paikannetun yhteiskunnallinen intressin painoarvo suhteessa rajoituksen vakavuuteen, sekä sitä, onko rajoitus perusteltu asianmukaisesti ja täyttääkö ehdotettu sääntely kokonaisuutena perusoikeuksien rajoitusedellytykset. Tällaiselle lainsäädännölle on ollut verraten tavanomaista, että se kohtelee hyväksyttävän syyn vuoksi ihmisiä eri tavoin ja edistää näin tosiasiallista tasa-arvoa.<sup>202</sup>

Sote-palveluissa yhdenvertaisuuden vaatimus on kuitenkin muodostunut edellä kuvattua selvästi monimuotoisemmaksi. Se on perustuslakivaliokunnan tulkintakäytännössä myös liitetty kiinteäksi osaksi perustuslain 19 §:n 3 momentissa tarkoitettujen oikeuksien turvaamista. Arvioinnissa on eri sote-uudistusten yhteydessä ollut kyse siitä, täyttääkö ehdotettu sääntely julkisen vallan velvollisuuden kaikissa tilanteissa *turvata jokaiselle riittävät sosiaali- ja terveyspalvelut yhdenvertaisesti*.<sup>203</sup> Oma merkityksensä on ollut myös sillä, että usein uudistusten tavoitteena on ollut edistää tosiasiallista tasa-arvoa sosiaali- ja terveydenhuollossa ja parantaa haavoittuvassa asemassa olevien henkilöiden asemaa.

Kaikessa yhdenvertaisuustarkastelussa olennaista on, että siinä otetaan huomioon myös heikommassa asemassa olevien – ei vain ”keskivertoisien” sosiaali- ja terveyspalveluiden käyttäjien tai suuren enemmistön –

<sup>201</sup> Ibid.; ks. rajoitusedellytyksistä myös Viljanen 2001 ja Viljanen 2011.

<sup>202</sup> HE 309/1993 vp, s. 42–43; PeVL 31/2014 vp, s. 3.

<sup>203</sup> Mm. PeVL 15/2018 vp, s. 16.

näkökulma sekä esityksen vaikutukset heidän yhdenvertaiseen pääsyynsä sote-palveluiden piiriin.

Anneli Pohjola eritteli Sipilän hallituksen valinnanvapausmallista antamassaan lausunnossa yhdenvertaisuustarkastelun useisiin eri näkökohtiin. Ensinnäkin kyse oli Pohjolan mukaan alueellisesta maakuntien välisestä rakenteellisesta yhdenvertaisuudesta, jossa kysymys oli siitä, toteutuuko kaikissa maakunnissa mahdollisuudet turvata yhdenvertaisella tavalla perustuslain edellyttämät riittävät sosiaali- ja terveyspalvelut. Toiseksi kyse oli Pohjolan mukaan väestökohtaisesta alueellisesta yhdenvertaisuudesta, jossa kysymys oli siitä, onko eri alueilla asuvilla ihmisillä erilaiset mahdollisuudet palvelujen saantiin ja tosiasiallisiin valintoihin. Kolmanneksi kyse oli palvelutarvekohtaisesta yhdenvertaisuudesta, jossa oli hieman yksinkertaistettuna kyse siitä, kohteleeiko uudistus eri palvelutarpeita eri tavalla. Pohjola kiinnitti näiltä osin huomiota muun muassa siihen, että esitetyt sosiaali- ja terveyskeskukset olisivat käytännössä terveyskeskuksia, koska niissä sosiaalihuoltoa tarvitsevien olisi mahdollista saada ainoastaan sosiaalihuollon neuvontaa ja ohjausta, ja tämä asettaisi sosiaalipalveluita tarvitsevia heikompaan asemaan. Neljänneksi kyse oli vielä yksilökohtaisesta yhdenvertaisuudesta eli eri asiakkaiden erilaisista valmiuksista hyödyntää valinnanvapautta.<sup>204</sup>

Vaikka kyse ei ole akateemisesta esityksestä vaan asiantuntijalausunnosta, Pohjolan erittely antaa välineitä pilkkoa ja käsitteellistää sitä sosiaali- ja terveyspalveluiden asiantuntijoiden kritiikkiä, jota Sipilän hallituksen mallista esitettiin. Se voi sovellettuna olla käyttökelpoinen lainsäätäjän harkintavallan paikantamiseen myös yleisellä tasolla. Toisaalta jaottelun esittämä lähtökohta perustuslain 6 §:n tulkinnasta sosiaali- ja terveyspalveluiden kontekstissa on melko tiukka, vaikka Pohjola ei lausunnossaan toteakaan, että tunnistettu eriarvoisuus jossain edellä kuvatuissa tarkastelukulmissa vielä tekisi ehdotetusta sääntelystä kokonaisuudessaan valtiosääntöisesti ongelmallista.

Erytisesti tapauksissa, joissa kyse on ollut yksityisen tuotannon lisäämisestä, arvioinnin kohteena on ollut myös se, minkälaisia käytännöllisiä työkaluja ja siten mahdollisuuksia yhdenvertaisen palveluihin pääsyn varmistamiseen ehdotettu sääntely tarjoaa järjestämisvastuussa olevalle taholle. Kyse ei siis ole ollut rajoituksen hyväksyttävyydestä tai intressien punninnasta, vaan julkisen vallan velvollisuudesta ja välineistä turvata yhdenvertaisuuden toteutuminen sote-palveluihin pääsyssä.

<sup>204</sup> Pohjola 2018, s. 2–3.

Perustuslakivaliokunta painotti jo perusoikeusuudistuksen yhteydessä, että perustuslain 19 §:n 3 momentin säännöksessä on kyse riittävien palveluiden turvaamisesta maan eri osissa asuville.<sup>205</sup> Matti Vanhasen I hallituksen käynnistämää kunta- ja palvelurakenneuudistusta eli niin sanottua PARAS-hanketta arvioidessaan perustuslakivaliokunta edellytti huomion kiinnittämistä maan eri osissa olevien kuntien asukkaiden yhdenvertaiseen kohteluun sekä heidän tosiasiallisiin mahdollisuuksiinsa saada perusoikeuksien toteutumisen kannalta välttämättömiä palveluja.<sup>206</sup> Kuntarakenelaista valiokunta totesi, että julkisen talouden rahoitus pohjaan vaikuttavat toimintaympäristön muutostekijät edellyttävät tehokkaita toimenpiteitä 19 §:ssä tarkoitettujen sosiaalisten oikeuksien toteutumisen turvaamiseksi tulevaisuudessa.<sup>207</sup> Perustuslakivaliokunta oli siis jo ennen Juha Sipilän ja Sanna Marinin hallitusten uudistuksia useasti katsonut, että sote-palveluiden uudistamiselle on olemassa perusoikeusjärjestelmään pohjautuvia painavia perusteita, jotka tukevat järjestämis- ja tuottamisvastuun siirtämistä kuntia suuremmille toimijoille.<sup>208</sup>

Toisaalta perusoikeudet asettivat myös rajoja sille, miten siirto kuntia suuremmille alueille voidaan toteuttaa yleisen yhdenvertaisuussäännöksen sallimalla tavalla. Koska aiemmassa sote-palveluiden järjestämiskäytännössä palveluiden järjestäminen kuului kuntien tehtäviin, toimi perustulaisissa turvattu kunnallinen itsehallinto osittain hyväksyttävyyperusteluna sille, että sosiaali- ja terveystieteiden järjestämisessä oli alueellisia ja kuntien välisiä eroja. Edellytyksenä tälle kuitenkin oli, että erot perustuivat kunnan nimenomaisesti, lain asettamissa rajoissa ja asianmukaisten selvitysten pohjalta tehtyihin päätöksiin. Sama kunnallisen itsehallinnon peruste ei päde maakuntiin tai hyvinvointialueisiin, jotka ovat perustuslain 121 §:n 4 momentissa tarkoitettuja kuntaa suurempia itsehallinnollisia alueita. Toisaalta ilmiö ei ole kategorinen, sillä Helsingin kaupungille on säädetty vastaavat tehtävät kuin hyvinvointialueille.

Hyvinvointialueiden itsehallinnon nauttima suoja on valtiosääntöisesti kuntien itsehallintoa kevyempää. Perustuslakivaliokunta katsoi, että palveluiden toteutuminen eritasoisina eri puolilla Suomea tai saman maantieteellisen alueen eri osissa on siis valtiosääntöisesti vaikeammin perusteltavissa maakuntien tai hyvinvointialueiden järjestämisvastuun varaan rakentuvassa mallissa kuin kuntapohjaisessa mallissa.<sup>209</sup> Tulkinnaissa perustuslain 121 §:n

<sup>205</sup> PeVM 25/1994 vp, s. 32.

<sup>206</sup> PeVL 37/2006 vp, s. 2–3.

<sup>207</sup> PeVL 20/2013 vp, s. 3.

<sup>208</sup> PeVL 67/2014 vp, s. 3–4; PeVL 75/2014 vp, s. 2; PeVL 30/2016 vp, s. 2.

<sup>209</sup> PeVL 26/2017 vp, s. 39.

mukaisen kunnallisen itsehallinnon voidaan katsoa johtavan julkisen vallan mahdollisuuteen toteuttaa perustuslain 19 §:n 3 momentin mukaista turvaamisvelvoitetta tavalla, joka on ainakin osin jännitteisessä suhteessa perustuslain 6 §:n 1 momentin kanssa. Kun tämä kunnallisen itsehallinnon merkitys maakunnallisessa tai hyvinvointialueeseen perustuvassa mallissa käytännössä poistuu, on vastaavaa valtiosääntöistä oikeutusta hankala löytää. Sinänsä sen olemassaoloa myös aiemman järjestelmän aikana voidaan pitää kyseenalaisena. Ainakin yksittäisen palvelua tarvitsevan kansalaisen näkökulmasta yhdenvertaisuusongelma maakunnan tai hyvinvointialueen aikana on identtinen suhteessa vastaavaan ongelmaan kuntapohjaisen mallin aikana.

Osa Juha Sipilän hallituksen esittämän järjestelmän yhdenvertaisuus- haasteista, jotka ainakin näennäisesti liittyivät järjestelmään sisältyneeseen yksityiseen tuotantoon, voidaan todellisuudessa paikantaa yllä kuvattuun mekanismiin, jossa uuden hallinnon tason myötä asiaa koskevassa perusoikeuspunninnassa tapahtui muutos kunnallisen itsehallinnon jäädessä arvioinnista sivuun. Osaa esitetyn sääntelyn yhdenvertaisuusongelmista taas voidaan pitää erityisesti uudistuksen prosessuaalisiin näkökohtiin liittyvinä. Näitä ovat esimerkiksi uudistuksen toteuttamisaikataulu, pilotointi ja siirtymääjat, joista perustuslakivaliokunta on huomauttanut.<sup>210</sup> Yhteenvetona voidaan kuitenkin todeta, että myös yksityisestä tuotannosta tai markkinamekanismeista syntyvien erojen oikeuttaminen olisi osin yksinkertaisempaa mallissa, jossa sote-palveluiden järjestäminen tapahtuu kunnallisen itsehallinnon nojalla eikä Suomen uuden mallin tapaan kuntia suuremmilla itsehallintoalueilla. Helsingin rooli uuden sote-mallin poikkeuksena ei itsessään muuta tätä mekanismia mutta monimutkaistaa tulkinta-asetelmaa.

Perustuslakivaliokunta kiinnitti Sipilän hallituksen esittämää järjestelmää yhdenvertaisuusnäkökulmasta arvioidessaan huomiota useisiin näkökohtiin, joita voidaan luonnehtia käytännöllisiksi. Tarkastelun lähtökohta oli tältä osin siis hyvin samankaltainen kuin edellä kuvatun perustuslain 19 §:n 3 momentin tapauksessa. Valiokunnan mukaan valinnanvapauden vahvistaminen muun muassa vaikuttaa eri tavalla eri ihmisryhmiin ja eri alueille. Suurissa kasvukeskuksissa ja väkirikkaammissa maakunnissa yksityisten palveluiden tarjonta tulee muodostumaan helpommin ja laajemmin kuin vähäisemmän väestön ja harvemman asutuksen maakunnissa. Myös maakuntien sisälle oletettiin muodostuvan vastaavanlaisia eroja.<sup>211</sup>

Yhdenvertaisuusnäkökulmasta ongelmalliseksi muodostui näin monituottajamalliin sisältynyt markkinaehtoisuus, jonka sinänsä hyvin perustel-

<sup>210</sup> Mm. PeVL 15/2018 vp, s. 11–12.

<sup>211</sup> PeVL 15/2018 vp, s. 17.

lusti ajateltiin johtavan erilaiseen palveluntarjontaan eri puolilla maata. Hallituksen esitykseen sisältyneessä vaikutustenarvioinnissa todettiin kuitenkin, että myös haja-asutusalueille on ainakin valinnanvapauskokeilun yhteydessä pystytty luomaan mahdollisuudet valita useiden eri tuottajien välillä. Hallitus katsoi, että sen valinnanvapausjärjestelmä täytti yhdenvertaisuuden vaatimukset ja että eri alueiden asukkaat ja eri sosioekonomiset ryhmät olisivat uudistuksen jälkeen tasavertaisemmassa asemassa.<sup>212</sup> Toisaalta hallituksen esityksissä kuitenkin katsottiin monivaiheisen sote-saagan eri vaiheissa ja jopa saman hallituksen esityksen sisällä ristiriitaisesti, että uudistus yhtäältä parantaa yhdenvertaisuutta sekä palveluiden laatua ja saatavuutta mutta toisaalta sen vaikutukset voivat jakautua alueellisesti epätasaisesti.<sup>213</sup> Yhdenvertaisuusnäkökulmasta merkitystä annettiin myös sille, miten eri alueiden erilaisesta markkinatilanteesta johtuvat tehokkuus- ja kustannuserot kyettäisiin huomioimaan alueille myönnettävässä rahoituksessa.

Sinänsä perustuslain 6 §:n 1 momentin mukainen yleinen yhdenvertaisuussäännös tai 6 §:n 2 momentin mukainen syrjintäkielto ei olennaisesti rajaa lainsäätäjän harkintavaltaa, kun kyse on sote-palveluiden yksityisestä tuotannosta ja tämän roolia vahvistavan lainsäädännön säätämisestä. Vaikka puhtaasti yksityiseen tuotantoon ja markkinamekanismeihin nojaavasta sote-mallista voi johtua eroja sote-palveluiden tarjonnan laajuudessa ja vaikka lainsäädännössä on pyrittävä luomaan mekanismit sen takaamiseksi, että erot eivät muodostu kohtuuttomiksi, pidän sote-palveluiden kontekstissa olennaisena ennen kaikkea hoitoon pääsyn ja hoidon laadun – en valinnan laajuuden – yhdenvertaisuutta. Tämä ei kuitenkaan ole näkemys, joka Sipilän hallituksen uudistuksesta annetuista perustuslakivaliokunnan lausunnoista välittyy, vaan itsenäistä merkitystä on yhdenvertaisuuden osalta annettu myös valinnan mahdollisuuksien laajuudelle. Myös hallituksen jälkimmäisessä valinnanvapauslakiesityksessä on tuotu esille, että kaikilla maakunnilla ei olisi samanlaisia mahdollisuuksia monipuolisen tuottajaverkon muodostamiseen ja näin olisi mahdollista, ettei valinnanvapauden alueellinen yhdenvertaisuus täysin toteutuisi.<sup>214</sup>

On kuitenkin kyseenalaista, missä määrin itse valinnanvapauden laajuutta voitaisiin pitää yhdenvertaisuuden kannalta merkityksellisenä, jos se ei johda konkreettisiin eroihin ihmisille annettavien palveluiden laadussa ja saatavuudessa. Lisäksi huomionarvoista lienee se, että Sipilän hallituksen uudistuksessa oli kyse ihmisen itsemääräämisoikeuteen kiinnittyvän valinnan mahdollisuuden laajentumisesta joillakin maantieteellisillä

<sup>212</sup> HE 47/2017 vp, s. 255.

<sup>213</sup> Ibid., s. 82 ja 279.

<sup>214</sup> HE 16/2018 vp, s. 161.



alueilla toisia enemmän mutta vaikutusarvioiden mukaan valintaa useamman palveluntuottajan välillä olisi kuitenkin ollut mahdollista tehdä kaikilla alueilla. Toisaalta esimerkiksi perustuslakivaliokunnan asiantuntijalauseunnoissa on esitetty näkökohtia, joiden mukaan valinnanvapaus kiinnittyy perustuslain 1 §:n 2 momenttiin ja 7 ja 10 §:ään, jolloin sitä tulee tarkastella itsenäisenä yhdenvertaisuuskysymyksenä.<sup>215</sup>

Verraten ilmiselvänä lähtökohtana kaikissa – julkisissa ja yksityisissä – palveluissa voidaan pitää sitä, että harvemmin asutuilla alueilla kyseisiä palveluita on tarjolla vähemmän kuin tiiviisti asutuilla alueilla ja valinta eri palveluntarjoajien välillä on rajatumpaa. Lisäksi suomalaisessa sote-sektorin lainsäädännössä on jo vuodesta 2014 annettu ihmisille oikeus valita oma perusterveydenhuollon hoitopaikkansa.<sup>216</sup> Laki säädettiin perustuslakivaliokunnan myötävaikutuksella, eikä lain esitöissä tai perustuslakivaliokunnan lausunnossa tunnistettu tällaiselle valinnanvapaudelle itsenäistä merkitystä yhdenvertaisuusnäkökulmasta tai muutoinkaan perusoikeusnäkökulmasta.<sup>217</sup> Näin siis siitä huolimatta, että myös kuvatussa tilanteessa valinnanvapauden laajuus ja palveluiden saatavuus olivat eri osissa Suomea hyvin erilaisia. Suhtaudun hyvin skeptisesti siihen ajatukseen, että tällaisilla nimenomaan valinnan mahdollisuuksien määrään liittyvillä eroilla olisi valtiosääntöistä merkitystä, mikäli erot eivät muodostu kohtuuttomiksi tai esimerkiksi johda konkreettisiin eroihin palveluiden laadussa. Toisaalta on selvyuden vuoksi todettava, että nimenomaan Sipilän hallituksen mallissa myös valinnanvapauden toteuttamistavasta ja sitä koskeneesta sääntelystä oli paikannettavissa elementtejä, jotka mahdollisesti olisivat johtaneet valinnanvapauden lisäksi myös konkreettisen palveluiden saatavuuden toteutumiseen eri tavoin eri alueilla – myös eri ihmisryhmät olisivat voineet saada palveluja eriarvoisesti.<sup>218</sup> Tälle taas olisi annettava painoarvoa lainsäädäntöehdotuksen valtiosääntöisessä tarkastelussa.

Erityisesti Sanna Marinin hallituksen sote-uudistuksen jälkeisessä kontekstissa relevantti kysymys on, missä määrin 6 §:n 1 momentin yleisen yhdenvertaisuussäännöksen sekä 19 §:n 3 momentin mukaisen turvaamisvelvoitteen erottaminen toisistaan on ylipäättään mahdollista tai tarkoituksenmukaista. Perustuslakivaliokunta viittasi sote-uudistuksia arvioidessaan usein julkisen vallan velvollisuuteen turvata jokaiselle riittävät ja riittävän yhdenvertaiset sosiaali- ja terveyspalvelut sekä edistää väestön terveyttä ”kuten perustuslain 19 §:n 1 ja 3 momentin, 6 §:n 1 ja 2 momentin

<sup>215</sup> Mäkinen 2018, s. 6.

<sup>216</sup> Terveysturvelain (30.12.2010/1326) 6 luvun 47 ja 48 §.

<sup>217</sup> HE 90/2010 vp; PeVL 41/2010 vp.

<sup>218</sup> Ks. esim. Rautiainen 2018, s. 7–20.

ja 22 §:n normikokonaisuus edellyttää”.<sup>219</sup> Sekä Sipilän että Marinin hallituksen uudistuksia koskevassa perustuslakivaliokunnan lausuntokäytännössä yhä vakiintuneemmaksi on muodostunut muotoilu, jonka mukaan julkisen vallan on kaikissa tilanteissa turvattava jokaiselle *riittävät ja yhdenvertaiset* sosiaali- ja terveyspalvelut. Tämän tulkinnan mukaan palveluiden riittävyys ja yhdenvertaisuus ovat saman kolikon eri puolia ja ollakseen hyväksyttävä järjestelmän tulee täyttää molemmat kriteerit. Jos vielä kuntapohjaisessa järjestelmässä tätä yhdenvertaisuuden ja turvaamisvelvoitteen samaistamista hidasti kunnallisen itsehallinnon nauttima perustuslaillinen suoja, on se hyvinvointialueisiin perustuvassa järjestelmässä Helsingin poikkeavaa asemaa lukuun ottamatta poistunut.

Jossain määrin voidaan kuitenkin kritisoida sitä tulkintakäytäntöä, jota perustuslakivaliokunta Sipilän ja Marinin sote-uudistusten yhteydessä loi. Vaikka valiokunta sinänsä perustellusti käsitteli palveluiden riittävyyden ja yhdenvertaisuuden muodostamaa normikokonaisuutta yhdessä, ei se Sipilän hallituksen järjestelmästä esittämässään kritiikissä useinkaan perustellut niitä tapoja, joilla nimenomaan palveluiden yhdenvertaisuuden katsottiin vaarantuvan. Perustuslakivaliokunnan lausunnoissa yhdenvertaisuus liitettiin näin osaksi perustuslain 19 §:n 3 momentin mukaista riittävyyden arviointia, mutta tarkastelusta jää epäselväksi se merkitys, joka nimenomaan yhdenvertaisuudelle on turvaamisvelvoitteen rinnalla eri tarkasteleluissa annettu.

### 3.3 Omaisuuden suoja

Jos useat perustuslain kirjaukset ovat viime vuosina rajoittaneet lainsäätäjän ja eri hallitusten mahdollisuuksia lisätä yksityisen sosiaali- ja terveyspalvelutuotannon roolia suomalaisessa sote-järjestelmässä, ovat järjestelmään jo aiemmin sisältyneet yksityistä tuotantoa sisältäneet järjestelyt saaneet suojaa perustuslain 15 §:n mukaisesta *omaisuuden suojasta*. Suojan konkreettinen merkitys on kuitenkin jäänyt melko kapeaksi.

Perustuslain 15 §:n mukaan jokaisen omaisuus on turvattu. Omaisuuden pakkolunastuksesta yleiseen tarpeeseen täyttä korvausta vastaan säädetään lailla. Perustuslain 15 §:n mukainen omaisuuden suoja koskee myös sopimussuhteiden pysyvyyttä. Perustuslaista saadaan siis suojaa sekä oikeudelle tehdä taloudellisia sopimuksia että vielä tiukempaa suojaa jo tehdyille taloudellisille sopimuksille. Suoja kohdistuu erityisesti ulkoiseen puuttu-

<sup>219</sup> PeVL 15/2018 vp, s. 15.

miseen. Kielto puuttua sopimussuhteiden koskemattomuuteen taannehtivasti ei kuitenkaan ole luonteeltaan ehdoton.<sup>220</sup> Perustuslaissa turvattua omaisuuden suojaa on tulkittava yhdessä vastaavaa oikeutta koskevan Euroopan ihmisoikeussopimuksen 1. lisäpöytäkirjan 1 artiklan kanssa.

Omaisuuden suojassa on kyse perustuslain vapausoikeuksien piiriin asettuvasta perusoikeudesta, jolla on erityisesti torjuntaoikeudellista merkitystä. Omaisuuden suoja kohdistuu luonnollisiin henkilöihin, mutta se on useita muita oikeuksia relevantimpi myös oikeushenkilöihin kohdistuvaa sääntelyä arvioitaessa, sillä oikeushenkilön asemaan puuttuminen on usein myös puuttumista oikeushenkilön taustalla olevan yksilön oikeuksiin.<sup>221</sup> Omaisuuden suojaan puuttuvaa sääntelyä on niin ikään arvioitava perusoikeuksien yleisten rajoitusedellytysten näkökulmasta, muun muassa sääntelyn tarkoituksen hyväksyttävyyden ja sääntelyn oikeasuhtaisuuden kannalta.<sup>222</sup> Myös omaisuuden suojalla on ydinalue, mutta sen aineellinen sisältö näyttäytyy perustuslakivaliokunnan lausuntokäytännön valossa jossain määrin epäselvältä.<sup>223</sup>

Perustuslakivaliokunta on arvioinut omaisuuden suojan suhdetta eri lainsäädäntöestyräksiin hyvin tiiviillä tahdilla. Tuomisen mukaan yli puolet perustuslakivaliokunnan vuosina 2000–2018 arvioimista 184:stä omaisuuden suojaan liittyneestä hallituksen esityksestä tähtäsi omaisuuden käytön sääntelemiseen tai rajoittamiseen. Omaisuuden käytön sääntelyssä on monissa tapauksissa ollut kyse yksityisten toimijoiden oikeussuhteiden järjestämisestä sellaisella tavalla, että toisen yksityisen omaisuuden suoja ei muodostuisi esteeksi toisen yksityisen yhteiskunnallisesti hyväksyttävän toiminnan toteuttamiselle.<sup>224</sup> Omaisuuden suojan edistäminen taas on vain harvoin ollut lainsäädäntöhankkeiden konkreettisena tavoitteena.<sup>225</sup>

Sopimussuhteiden nauttiman suojan ja laajemmin varallisuusoikeudellisten oikeustoimien pysyvyyden taustalle on paikannettavissa ajatus niin sanottujen perusteltujen odotusten suojaamisesta taloudellisissa suhteissa. Tämän suojan piirin on perustuslakivaliokunnan käytännössä katsottu sisältävän myös oikeuden luottaa sopimuksen kannalta olennaisen lainsäädännön pysyvyyteen niin, että mahdolliset sopimussuhteen kannalta olennaisia oikeuksia ja velvollisuuksia koskevaan lainsäädäntöön tehtävät muutokset eivät kohtuuttomasti heikennä toisen tai kummankaan sopimus-

<sup>220</sup> PeVL 37/1998 vp, s. 2; PeVL 63/2002 vp, s. 2; PeVL 42/2006 vp, s. 4.

<sup>221</sup> HE 309/1993 vp, s. 21–25.

<sup>222</sup> Mm. PeVL 27/2005 vp, s. 3; PeVL 56/2005 vp, s. 2; PeVL 36/2010 vp, s. 2.

<sup>223</sup> Mm. Hautamäki 2011; Hautamäki 2016; Tuominen 2018, s. 14.

<sup>224</sup> Tuominen 2018, s. 7.

<sup>225</sup> Ibid., s. 10.

osapuolen asemaa.<sup>226</sup> Valiokunta on katsonut perusteltujen odotusten ja luottamuksen suojan merkityksen korostuvan, kun kysymyksessä on lailla alun alkaen luotu erityisjärjestely.<sup>227</sup>

Toisaalta perustuslakivaliokunnan jo ennen sote-uudistuksia antamista lausunnoista on todettavissa, että perustuslain 19 §:n 3 momentin mukaista turvaamisvelvollisuutta toteuttavasta sääntelystä on melko kevyilläkin perusteluilla löydetty perusoikeusjärjestelmän kannalta hyväksyttäviä syitä omaisuuden suojan rajoituksiin. Valiokunnan mukaan yritykset, jotka toimivat perustuslain 19 §:n 3 momenttiin liitännäisillä markkinoilla, eivät voi perustellusti odottaa lainsäädännön pysyvän kaikissa oloissa ehdottoman muuttomattomana. Myös näissä tilanteissa on kuitenkin esimerkiksi siirtymäjärjestelyin ja muilla keinoin varmistettava, ettei lainsäädännön taannehtivilla muutoksilla heikennetä sopimusosapuolten asemaa kohtuuttomasti.<sup>228</sup>

Kun kyse on lainsäätäjän harkintavallan rajoista tilanteissa, joissa yksityisiä sote-palveluita koskevaa lainsäädäntökehikkoa muutetaan, perustuslain takaamalla omaisuuden suojalla on merkitystä ainakin kahdenlaisissa tilanteissa. Ensinnäkin omaisuuden suoja voi tulla merkitykselliseksi tilanteissa, joissa yksityisten toimijoiden roolia sote-palveluiden tuottajina kaivennetaan. Toiseksi se voi tulla merkitykselliseksi tilanteissa, joissa sotejärjestelmää muutetaan muulla tavalla niin, että sopimussuhteissa tapahtuu sääntelyn johdosta olennaisia muutoksia. Käytännössä omaisuuden suoja on ollut merkityksellinen tarkastelukulma sekä Sipilän että Marinin hallitusten sote-malleissa, sillä molemmissa malleissa kuntien ja kuntayhtymien solmimien sosiaali- ja terveyspalveluiden ulkoistussopimusten oikeusasema olisi muuttunut.

Marinin hallituksen sote-malli sisältää säädöksiä sosiaali- ja terveydenhuollon palvelujen hankkimisesta tehtyjen sopimusten mitättömyydestä sekä irtisanomismahdollisuuksista.<sup>229</sup> Jos esimerkiksi kunnalta tai kuntayhtymältä hyvinvointialueen vastuulle siirtyvää kokonaisulkoistussopimusta ei voitaisi muuttaa uuden lain mukaiseksi, sopimus katsottaisiin mitättömäksi. Hallituksen esityksen mukaan tällaisten sopimusten määrä olisi kuitenkin hyvin pieni, joskin ennakoarvion mukaan mitätöityminen koskisi ainakin yhtä mutta mahdollisesti useampaa kokonaisulkoistus-sopimusta. Käytännössä lienee kuitenkin todennäköistä, että useammista sopimuksista löytyy sopimusehtoja, jotka on uuden sääntelyn myötä joko

<sup>226</sup> PeVL 37/1998 vp, s. 2; PeVL 33/2002 vp, s. 3; PeVL 21/2004 vp, s. 3; PeVL 42/2006 vp, s. 4; PeVL 15/2018 vp, s. 58.

<sup>227</sup> PeVL 45/2002 vp, s. 2–3.

<sup>228</sup> PeVL 56/2005 vp, s. 2; PeVL 31/2006 vp.

<sup>229</sup> HE 241/2020 vp, s. 309.

neuvoteltava uusiksi tai katsottava mitättömiksi.<sup>230</sup> Neuvotteluvollisuutta rajaavat kuitenkin osaltaan erityisesti julkisia hankintoja koskevat oikeussäännöt, joiden valossa sopimuksen muuttamisen mahdollisuudet voivat käytännössä asettua melko rajallisiksi.<sup>231</sup>

Perustuslakivaliokunta katsoi Marinin hallituksen sote-uudistuksesta antamassaan lausunnossa mitättömyyssääntelyn huomattavan syvälleikäväksi puuttumiseksi perustuslain 15 §:ssä turvattuun omaisuuden suojaan ja sopimussuhteiden pysyvyyteen, minkä vuoksi sääntelyn hyväksyttävyydelle, oikeasuhtaisuudelle ja välttämättömyydelle asetettavat vaatimukset olivat valiokunnan mukaan erittäin korkealla. Verraten ilmiselvää seuraus tästä oli, että mitättömyyden edellytysten tuli ilmetä laista täsmällisesti ja tarkkarajaisesti.<sup>232</sup> Valiokunta päätyi lausunnossaan oikeuttamaan Marinin hallituksen ehdottaman sääntelyn perusratkaisun erityisesti sillä, että irtisanomisen ja mitättömäksi toteamisen tarkoituksena oli hallituksen esityksen mukaan varmistaa perustuslain 19 §:n 3 momentissa säädetyn julkisen vallan turvaamisvelvollisuuden toteuttaminen. Valiokunnan mielestä ehdotetulle sääntelylle voitiin näin lähtökohtaisesti katsoa olevan perusoikeusjärjestelmän kannalta painavat perusteet, jotka liittyivät riittävien ja yhdenvertaisten sosiaali- ja terveyspalvelujen turvaamisvelvollisuuden varmistamiseen.<sup>233</sup>

Lisäksi oikeuttamispäätöksen taustalle ja edellytykseksi voidaan paikantaa ainakin neljä näkökulmaa. Ensimmäinen näkökulmista on riittävän siirtymäajan takaaminen. Aiemmassa jätteenkuljetusalalle suunniteltua säädösmuutosta koskeneessa lausunnossaan perustuslakivaliokunta piti mahdollisena säätää oikeudesta suoraan lain nojalla lakkauttaa osapuolten välille tehty sopimus. Tämän edellytyksenä oli, että laissa säädettäisiin muutokselle riittävän pitkä siirtymäaika, joka kyseisessä tapauksessa olisi asetunut noin 3–4 vuoteen.<sup>234</sup> Samoin valiokunta katsoi mahdolliseksi lakkauttaa eräitä sairaankuljetussopimuksia, kunhan siirtymäaikaa pidennettäisiin hallituksen esityksessä ehdotetusta kahdesta vuodesta.<sup>235</sup> Marinin hallituksen esityksessä ehdotettua vuoden 2026 alkuun päättyvää mutta tapauskohtaisesti pidennettävissä olevaa siirtymäaikaa valiokunta taas piti

<sup>230</sup> Ibid., s. 310; StVM 16/20121 vp, s. 43. Mehiläisen ja Kemin, Tornion, Keminmaan ja Simon kuntien yhteisyrityksen Mehiläinen Länsi-Pohja Oy:n kanssa tehty sopimus olisi hallituksen esityksessä sekä sosiaali- ja terveysvaliokunnan mietinnössä esitetyn arvion mukaan ehdotuksen myötä kokonaisuutena mitätön.

<sup>231</sup> Esim. laki julkisista hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista (1397/2016) 136 §.

<sup>232</sup> PeVL 17/2021 vp, s. 31–32.

<sup>233</sup> Ibid. vp, s. 31–32.

<sup>234</sup> PeVL 58/2010 vp, s. 6.

<sup>235</sup> PeVL 41/2010 vp, s. 4–5.

riittävänä.<sup>236</sup> Lausuntokäytännöstä voidaan tehdä johtopäätös, jonka mukaan siirtymäajan alaraja asettuu muutaman vuoden kohdalle pienemmissä, mutta mahdollisesti tätä pidemmäksi laajempia kokonaisuuksia koskevissa säädösmuutoksissa. Edellytyksenä siirtymäajan hyväksyttävyydelle on kuitenkin koko ehdotetun sääntelyn hyväksyttävyys, ja siirtymäajan pituus on vain yksi, mutta lausuntokäytännön perusteella olennaiseksi muodostuva elementti.

Toiseksi Marinin hallituksen sote-uudistuksen kontekstiin liittyi lisäksi eräitä erityispiirteitä, jotka olivat relevantteja arvioitaessa niitä odotuksia, joita sopimusosapuolilla ja erityisesti yksityisillä palveluntuottajilla on ollut. Lailla oli ensinnäkin jo vuodesta 2016 alkaen rajoitettu kuntien mahdollisuuksia solmia sote-ulkoistuksia koskevia sopimuksia yksityisten palveluntuottajien kanssa. Sääntelyn taustalla olivat Sipilän ja Marinin hallitusten sote-uudistusten tavoittelemat järjestelmämuutokset sekä tarve estää näiden kanssa yhteensopimattomat toimet. Lait säädettiin perustuslakivaliokunnan myötävaikutuksella.<sup>237</sup>

Määräaikaisten – mutta kestoltaan lopulta jopa kymmeneen vuoteen venyvien – rajoitusten lisäksi merkitystä oli myös sillä, että sote-uudistusta oli eri muodoissaan valmisteltu pitkään ja kokonaisulkoistussopimusten tekeminen valmisteluaikana oli tästä syystä katsottava eräänlaisen tietoisien riskien ottamiseksi yksityisen palveluntuottajan taholta. Valiokunta viittasi Marinin hallituksen sote-uudistuksesta antamassaan lausunnossa aiempaan lausuntoonsa, jonka valiokunta oli antanut kuluttajansuojalakiin ehdotetun kuluttajaluottoja koskevan säädösmuutoksen yhteydessä. Valiokunta oli tällöin todennut, että elinkeinonharjoittajilta voidaan edellyttää varautumista lainsäädännön merkittäviinkin muutoksiin tapauksessa, jossa toimintaan liittyvät ongelmat ovat olleet jo vuosien ajan vahvasti esillä.<sup>238</sup> Rinnastusta voidaan pitää osin ontuvana, sillä yksityisten sote-palveluntarjoajien toiminnasta kokonaisulkoistuksissa ei ole paikannettu pikaluottojen kaltaisia konkreettisia ongelmia ainakaan olennaisesti enemmän kuin julkisessa palveluntuotannossa, vaan kyse on ollut lähinnä kunnissa tehtyjen ratkaisujen ja perustuslakivaliokunnan luoman perustuslain 19 §:n 3 momentin lausuntokäytännön yhteensopivuudesta.

Kolmanneksi valiokunta viittasi sote-toimialan erityisyyteen erittäin säänneltynä alana ja sote-markkinoihin painavien yleisten etujen vuoksi vahvasti säänneltynä markkinana.<sup>239</sup> Valiokunta referoi tältä osin aiempaa

<sup>236</sup> PeVL 17/2021 vp, s. 32–33.

<sup>237</sup> PeVL 30/2016 vp, PeVL 5/2019 vp.

<sup>238</sup> PeVL 28/2012 vp, s. 3–4; PeVL 17/2021 vp, s. 31–32.

<sup>239</sup> PeVL 56/2005 vp, s. 2; PeVL 15/2018 vp, s. 58; PeVL 17/2021 vp, s. 32.

lausuntokäytäntöään, jonka mukaan tällaisilla aloilla toimivat yritykset eivät voi perustellusti odottaa lainsäädännön pysyvän kaikissa oloissa muuttumattomana.<sup>240</sup> Lausuntokäytäntöä todella voidaan pitää verraten selvänä, mutta samalla on todettava, että aiemmat lausunnot ovat liittyneet yksityisen elinkeinonharjoittajan näkökulmasta huomattavasti vähämerkityksellisempiin lainsäädäntömuutoksiin, eikä Marinin hallituksen uudistuksesta annetusta lausunnosta yksiselitteisesti käy ilmi, onko lausunnolla tarkoitus laajentaa alan erityisyyden merkitystä arvioinnissa.

Neljäs sääntelyratkaisua oikeuttanut seikka oli säädöksiin sisällytetty neuvotteluelvoite sekä sääntelyratkaisu, jossa sopimukset eivät lain nojalla lakkaisi, vaan ne irtisanottaisiin tai todettaisiin mitättömäksi tavalla, jossa otettaisiin huomioon ulkoistamissopimuksen sisältö ja siihen kohdistuvan siirtymävaiheen toimenpiteen oikeasuhtaisuus. Irtisanomisessa ja mitättömäksi toteamisessa olisi kyse hyvinvointialueen hallintopäätöksestä, joka olisi mahdollista saattaa hallintotuomioistuimen käsiteltäväksi.<sup>241</sup> Sääntelyratkaisu erosi näiltä osin esimerkiksi jätteen- ja sairaankuljetussopimuksissa käytetystä lakkaamisesta. Ratkaisua voidaan pitää perustuslain 15 §:n mukaiseen omaisuuden suojaan vähemmän kajoavana sääntelyinterventiona, jota lainsäätäjän tulisi mahdollisuuksien mukaan suosia myös tulevaisuudessa säädöshankkeissa. Tätä tukee myös perusoikeuksien yleisten rajoitusedellytysten asettama vaatimus riittävästä oikeusturvajärjestelystä.<sup>242</sup> Olennainen osa Marinin hallituksen omaisuuden suojaan kajoavan sääntelyn hyväksyttävyyttä erityisesti oikeasuhtaisuuden näkökulmasta oli myös yksityisen palveluntuottajan oikeus korvaukseen välittömästä vahingosta. Oikeus korvaukseen olisi merkittävistä ja tarpeellisista sopimuksen täyttämiseen liittyvistä investoinneista, mikäli nämä investoinnit tulisivat irtisanomisen tai mitättömyyden toteamisen vuoksi kokonaan tai osittain hyödyttömiksi eikä palveluntuottaja olisi voinut varautua tähän.<sup>243</sup>

Lopulta valiokunta päätyi hyväksymään Marinin hallituksen ehdottaman sääntelyn perusratkaisun, mutta edellytti mitättömyyskynnyksen nostamista niin, että mitättömäksi toteaminen olisi mahdollista vain tilanteissa, joissa sopimus vaarantaa olennaisesti ja vakavasti nimenomaan perustuslain 19 §:n 3 momentissa turvattujen oikeuksien toteutumisen. Sosiaali- ja terveysvaliokunta nosti lausuman johdosta mitättömyyttä koskevan sääntelyn soveltamiskynnystä.<sup>244</sup>

<sup>240</sup> PeVL 56/2005 vp, s. 2; PeVL 31/2006 vp; PeVL 17/2021 vp, s. 32.

<sup>241</sup> PeVL 17/2021 vp, s. 32–33.

<sup>242</sup> PeVM 25/1994 vp, s. 5.

<sup>243</sup> PeVL 17/2021 vp, s. 33.

<sup>244</sup> StVM 16/2021 vp, s. 254.

Perustuslain 15 §:n näkökulmasta on lisäksi syytä todeta, että myös Marinin hallituksen sote-uudistuksen yhteydessä annettua lausuntoa on tarkasteltava kontekstissaan. Jotta Marinin hallituksen ehdottaman kaltainen kajoaminen sopimussuhteiden pysyvyyteen voisi tulla hyväksytyksi, sääntelyn tulee täyttää hyvin tarkat reunaehdot, eikä lainsäätäjän harkintavalta ole laaja. Marinin hallituksen tapauksessa perustuslakivaliokunta hyväksyi perusteet, jotka liittyivät keskeisesti perustuslain 19 §:n 3 momentin mukaisen turvaamisvelvollisuuden toteuttamiseen. Tässä tärkeän taustaelementin muodostivat muun muassa perustuslakivaliokunnan aiempi lausuntokäytäntö, joka tuki tavoitetta siirtää sote-palveluiden järjestäminen kuntia suurempien yksiköiden hoidettavaksi. Oma keskustelunsa on myös se, olisiko nyt nähdyn kaltainen sääntely, jossa kokonaisulkoistussopimuksista luopuminen varmistetaan lainsäädännöllä, ehdottomasti tarpeen edellä kuvatun perustuslain 19 §:n 3 momenttia koskevan lausuntokäytännön näkökulmasta. Perustuslakivaliokunta omaksui lausunnossaan tähän myönteisen kannan, mutta jos näin ei olisi ollut, sääntelyn oikeuttaminen olisi muodostunut hankalaksi.

Toisaalta Marinin hallituksen ehdottama sääntely oli kokonaisuutena toteutettu niin, että eri näkökohdat tukivat tulkintaa, jonka mukaan asetelma ei muodostunut yksityisten palveluntuottajien kannalta kohtuuttomaksi. Näitä olivat paitsi sote-sektoriin liittyvät erityispiirteet myös sote-uudistuksen poikkeuksellisen pitkä – vaikkakin vaiheikas ja moninkertaisten suunnanmuutosten sävyttämä – valmistelu-aika, tähän liittyvä väliaikainen rajoituslainsäädäntö, siirtymäajan pituus sekä valitus- ja korvausmahdollisuuden takaaminen lainsäädännöllä. Jossain toisessa tilanteessa voidaan varmasti oikeuttaa perustuslain 15 §:n rajoituksia myös ilman jotain osaa tästä kokonaisuudesta, mutta toisaalta laajemmat rajoitukset ja esimerkiksi laajojen ulkoistussopimusten lakkauttaminen suoraan lainsäädännön nojalla olisivat voineet jäädä myös nyt käsillä olleessa asetelmassa lainsäätäjän harkintavallan ulkopuolelle.

### 3.4 Muita perusoikeusnäkökohtia

Perustuslain 1 §:n 2 momentin mukaan valtiosääntö turvaa ihmisarvon loukkaamattomuuden ja yksilön vapauden ja oikeudet sekä edistää oikeudenmukaisuutta yhteiskunnassa. Perusoikeusuudistusesityksen mukaan momentin piiriin kuuluu myös monien muiden oikeuksien käytön perustana oleva *yksilön itsemääräämisoikeus* eli vapaus määrätä itsestään ja toi-



mistaan.<sup>245</sup> Perustuslakivaliokunnan lausuntokäytännössä itsemääräämisoikeuden on katsottu kiinnittyvän useisiin perusoikeuksiin, erityisesti perustuslain 7 §:n säännöksiin henkilökohtaisesta vapaudesta ja koskemattomuudesta sekä perustuslain 10 §:n säännöksiin yksityiselämän suojasta. Perustuslailla suojatun yksityiselämän piiriin kuuluu muun muassa yksilön oikeus määrätä itsestään ja ruumiistaan.<sup>246</sup> Perustuslain 1 §:n 2 momentin säännöksellä on perusoikeusjärjestelmän kokonaisuudessa erityisasema, ja se tulee ottaa huomioon perustuslain muita säännöksiä tulkittaessa, sillä säännös ilmaisee perustuslain keskeisen arvoperustan.<sup>247</sup> Kyse on siis koko suomalaisen perusoikeusjärjestelmän taustalla olevasta arvosta. Lisäksi itsemääräämisoikeudesta on otettu kirjauksia muun muassa YK:n vammaisten henkilöiden oikeuksia koskevaan sopimukseen (SopS 27/2016) sekä YK:n lasten oikeuksien sopimukseen (SopS 60/1991).

Perustuslakivaliokunta katsoi Juha Sipilän hallituksen sote-uudistuksen yhteydessä, että ehdotettu sosiaali- ja terveyspalveluiden valinnanvapaus on merkityksellistä ihmisen itsemääräämisoikeuden kannalta.<sup>248</sup> Mallissa ihmisten mahdollisuus vaikuttaa omaan hoitoonsa olisi todennäköisesti kasvanut kaikilla alueilla, mutta erityisen selvä vaikutus olisi ollut niissä maakunnissa, joissa sote-palveluiden tuottajia olisi tullut tarjolle huomattava määrä. Valinnanvapauden lisäämisen taustalle voidaan siis paikantaa vahvat valtiosääntöiset perusteet.

Vaikka perustuslakivaliokunta toisaalta totesi pitävänsä asiakkaiden valinnan mahdollisuuksien laajentamista erittäin merkityksellisenä ihmisten itsemääräämisoikeuden kannalta ja itsemääräämisoikeuden vahvistamista lainsäädännön keinoin perusteltuna, ei tälle näkökohdalle vaikuteta antaneen perustuslakivaliokunnan arvioissa juurikaan painoarvoa. Sipilän hallituksen sote-paketista annetuista lausunnoista ei löydy lainkaan sellaisia kirjauksia, joissa itsemääräämisoikeus olisi otettu huomioon valinnanvapausjärjestelmästä tehdyssä perusoikeuspunninnassa, vaikka itsemääräämisoikeus sinänsä on kirjattu merkityksellisten seikkojen joukkoon kahdessa ensimmäisessä perustuslakivaliokunnan lausunnossa. Uudistuksen käsittelyn yhteydessä merkitystä itsemääräämisoikeudelle antoivat kuitenkin ennen kaikkea sosiaali- ja terveyspalveluiden asiantuntijat.<sup>249</sup> Tästä näkökulmasta ei ole yksiselitteistä, miltä osin sosiaali- ja terveyspalveluiden asiantuntijakielessä esiintyvää *itsemääräämisoikeus*-termiä voidaan

<sup>245</sup> HE 309/1993 vp, s. 42.

<sup>246</sup> PeVL 10/2012 vp, s. 2; PeVL 24/2010 vp, s. 3; PeVL 15/2015 vp, s. 2.

<sup>247</sup> HE 1/1998 vp, s. 73.

<sup>248</sup> PeVL 26/2017 vp, s. 36.

<sup>249</sup> Mm. Brommels 2018, s. 5–6.

samaistaa varsinaiseen itsemääräämisoikeus-perusoikeuteen. Vähintään on kuitenkin niin, että ihmisten mahdollisuus vaikuttaa omaan hoitoonsa voi eri tilanteissa tulla myös valtiosääntöisesti merkitykselliseksi tarkastelukulmaksi ja tukea sellaisia lainsäädäntöratkaisuja, jotka laajentavat tätä mahdollisuutta.

Ensimmäisessä Sipilän hallituksen sote-esityksessä ei käsitelty lainkaan itsemääräämisoikeutta valinnanvapausjärjestelmää perusteltaessa.<sup>250</sup> Tämä puute korjautui sittemmin myöhemmässä hallituksen esityksessä, jossa itsemääräämisoikeuden lisääntymisellä perusteltiin muun muassa perustuslain 124 §:n mukaisen tarkoituksenmukaisuuden täyttymistä sekä valittua palvelutuotannon mallia kokonaisuudessaan.<sup>251</sup> Perustuslakivaliokunnan lausunnoissa itsemääräämisoikeutta ei kuitenkaan juuri otettu huomioon, kun hallituksen esitystä arvioitiin.

Perustuslakivaliokunnan lausuntokäytännön perusteella jää siis epäselväksi, mikä merkitys perustuslain 1 §:n 2 momentin mukaiselle itsemääräämisoikeudelle tulisi antaa yksityisen palvelutuotannon kontekstissa. Mikäli valinnanvapaudelle annetaan itsenäistä valtiosääntöistä merkitystä itsemääräämisperusoikeuden toteuttajana, syntyisi tästä lainsäätäjälle vahvaa valtiosääntöistä tukea kehittää sote-järjestelmää kohti laajemman valinnanvapauden mahdollistavia ratkaisuja. Toisaalta mikäli sote-palveluiden valinnanvapaudelle annetaan merkitystä perustuslain 1 §:n 2 momentin itsemääräämisoikeuden ilmentymänä, on hankala perustella aiemmin tässä tutkimuksessa esitettyä kantaa, jonka mukaan pelkkää valinnanvapauden laajuutta ja siinä esiintyviä eroja ei katsottaisi perustuslain 6 §:n 1 momentin yhdenvertaisuussäännöksen näkökulmasta relevanteiksi. Logiikka toimii nähdäkseni myös päinvastoin.

Verraten selvää on kuitenkin se, että itsemääräämisoikeuden merkitys yksityisen palvelutuotannon tarkastelussa kiinnittyy vain sellaisiin monituottajamalleihin, joissa valintaa eri palveluntuottajien välillä tehdään ihmisen itsensä toimesta. Esimerkiksi julkisten palveluiden tavanomaisempi ulkoistaminen hankintasopimuksella ei muodostune merkitykselliseksi itsemääräämisoikeuden näkökulmasta, mikäli järjestely ei lisää yksilön mahdollisuuksia valita palveluntarjoajaa tai muuten vaikuttaa omaan hoitoonsa.

Toisaalta yhtä lailla valinnan mahdollisuuksien lisääntyminen vain julkisten palveluntarjoajien välillä on merkityksellistä perustuslain 1 §:n 2 momentin näkökulmasta, jos tällainen merkitys liitetään yksityiseen tuo-

<sup>250</sup> HE 15/2017 vp.

<sup>251</sup> HE 16/2018 vp.

tantoon pohjautuvaan järjestelmään. Näin siitä huolimatta, että julkisten perusterveydenhuollon yksiköiden välisen valinnanvapauden luoneen terveydenhuoltolain uudistuksen yhteydessä hallituksen esitys ja perustuslakivaliokunnan lausunto eivät kumpikaan tunnista valinnanvapaudelle valtiosääntöistä merkitystä.<sup>252</sup> Kyse ei siis ole vain tai edes ensisijaisesti yksityiseen tuotantoon kytkeytyvästä tarkastelukulmasta. On kuitenkin selvää, että esimerkiksi Sipilän hallituksen ehdottaman kaltaisessa monituottajamallissa ihmisillä olisi ainakin legalistisesti tarkasteltuna vielä merkittävästi laajemmat mahdollisuudet tehdä valintaa eri palveluntuottajien välillä ja vaikuttaa siten omaan hoitoonsa. Eri asia on puolestaan se, onko kaikilla ihmisillä ja kaikilla ihmisryhmillä heidän asemastaan johtuen myös tosiasialliset mahdollisuudet tällaisen valinnan tekemiseen.

Kun puhutaan nimenomaan sote-palveluiden yksityistämisestä ja sitä koskevista harkintavallan rajoista, merkitystä on myös *elinkeinovapauden* ilmaisevalla perustuslain 18 §:n 1 momentilla, jonka mukaan jokaisella on oikeus lain mukaan hankkia toimeentulonsa valitsemallaan työllä, ammatilla tai elinkeinolla. Käytännössä 18 §:n 1 momentilla on ollut merkitystä erityisesti silloin, kun on arvioitu sote-palveluiden yksityisille tuottajille asetettuja ehtoja, kuten elinkeinotoiminnan luvanvaraisuutta tai muita sääntelyelementtejä, joiden voidaan katsoa tarkoittavan elinkeinovapauden rajoitusta.

Elinkeinovapauden piiriin kuuluvan toiminnan rajoja määriteltäessä voidaan vakiintuneena tulkintana pitää sitä, että hallintotehtävien hoitaminen ei lähtökohtaisesti kuulu perustuslain 18 §:n 1 momentin mukaisen elinkeinovapauden nauttiman suojan alaan.<sup>253</sup> Perustuslakivaliokunta on kuitenkin myös sote-sektoria koskevissa lausunnoissaan pitänyt elinkeinovapautta perustuslain mukaisena pääsääntönä, jolloin elinkeinotoiminnan luvanvaraisuutta koskeva sääntely olisi mahdollista poikkeuksellisesti. Esimerkiksi Juha Sipilän hallituksen sote-malliin sisältynyt yksityisen sote-palveluiden tuottajan ennakkollisen hyväksymisen edellyttäminen tai luvanvaraisuuden säätäminen on siten täytynyt tehdä tavalla, joka täyttää perusoikeuden yleiset rajoitusedellytykset.<sup>254</sup> Käytännössä tämä tarkoitti uudistuksessa muun muassa sitä, että toimivallan liittää sote-palveluntuottajan toimilupa ehtoja tulee perustua riittävän täsmällisiin lain säännöksiin.<sup>255</sup>

Perustuslakivaliokunta esimerkiksi samaisti Sipilän hallituksen sote-mallin toimilupäsääntelyn elinkeinotoiminnan luvanvaraisuuteen. Toisaalta

<sup>252</sup> HE 90/2010 vp; PeVL 41/2010 vp.

<sup>253</sup> PeVL 20/2006 vp, s. 3; PeVL 23/2013 vp, s. 3; PeVL 15/2018 vp, s. 56–57.

<sup>254</sup> PeVL 15/2018 vp, s. 57.

<sup>255</sup> Ibid.

valiokunta oli jo aiemmin todennut palvelusetelistä, että sääntely ei ollut merkityksellistä 18 §:n 1 momentin elinkeinovapauden näkökulmasta, sillä kyse oli lähinnä julkisen vallan omille palveluostoilleen asettamista ehdoista. Sipilän hallituksen sote-mallissa toimiluvan merkitys oli kuitenkin hyvin laaja, jolloin tätä koskevan sääntelyn tuli täyttää myös perusoikeuksien yleiset rajoitusedellytykset. Toimiluvan tai rekisteröinnin peruuttamista pohtiessaan perustuslakivaliokunta viittasi aiempaan käytäntönsä, jossa se on katsonut peruuttamisen olevan mahdollista vain vakavien rikkomusten ja laiminlyöntien sekä huomautusten ja varoitusten huomiotta jättämisen perusteella.<sup>256</sup>

Yleisellä tasolla perustuslakivaliokunnan lausuntokäytännöstä voidaan tehdä johtopäätös, jonka mukaan tavanomainen palvelusetelimallinkin kautta tapahtuva alihankinta ja tätä koskeva sääntely eivät yleensä tule arvioitavaksi elinkeinovapauden rajoituksena, mutta tätä laajempien ja siten elinkeinotoiminnan luvanvaraisuuteen rinnastuvien toimilupaedellytysten tulisi täyttää perusoikeutta rajoittavalta lailta vaadittavat yleiset edellytykset.

Perustuslakivaliokunta arvioi elinkeinovapautta sote-sektorin kontekstissa juuri Juha Sipilän hallituksen sote-uudistusta tarkastellessaan. Sen sijaan arviota elinkeinovapauden näkökulmasta ei tehty lainkaan Sanna Marinin hallituksen sote-uudistusta käsiteltäessä. Näin siitä huolimatta, että Marinin hallituksen uudistus sisälsi aiemmin kuvatulla tavalla sääntelyä, joka mitätöi joitakin kuntien ja yksityisten toimijoiden välisiä sopimuksia sekä näiden sopimusten yksityiskohtia. Vaikka sinänsä on selvää, että hallintotehtävien hoitaminen ei lähtökohtaisesti kuulu perustuslain 18 §:n 1 momentin mukaisen elinkeinovapauden piiriin, voidaan pitää ongelmallisena, että kuvatun kaltaista sääntelyä ei missään vaiheessa lainsäädäntöprosessia arvioitu elinkeinovapauden näkökulmasta. Varsinkin kokonaisulkoistuksissa on joka tapauksessa ollut kyse osin sellaisesta elinkeinotoiminnasta, joka ei julkisena hallintotehtävänä nauti elinkeinovapauden tarjoamaa suojaa, mutta myös sellaisesta elinkeinotoiminnasta, joka on vain liitännäistä julkiseen hallintotehtävään ja tästä erillisenä tulisi elinkeinovapauden piiriin. Sinänsä sääntelyn ongelmattomuus perustuslain 18 §:n 1 momentin näkökulmasta olisi ollut tarkastelun perusteltu ennako-oletus.

Myös perustuslain 2, 14 ja 121 §:n normikokonaisuuden edellyttämä *kansanvaltaisuus* on noussut merkittävään rooliin Suomessa viimeisten vuosikymmenten aikana valmisteltujen ja toteutettujen sote-uudistusten

---

<sup>256</sup> PeVL 58/2010 vp, s. 5; PeVL 13/2014 vp, s. 2; PeVL 46/2016 vp, s. 3; PeVL 26/2017 vp, s. 68; PeVL 15/2018 vp, s. 58.

perustuslainmukaisuuden tarkastelussa. Tämän taustalla on ollut erityisesti tavoite siirtää sote-palveluiden järjestämisvastuuta kunnilta suuremmille yksiköille, kuten kuntayhtymille, maakunnille ja hyvinvointialueille. Kokonaisuuteen liittyvät kysymykset ovat olleet sote-uudistusten käytännön toteuttamisen kannalta erityisen relevantteja, mutta niiden liityntäpinta juuri ehdotettujen järjestelmien yksityisen palvelutuotannon osaan on ollut rajallinen.

Perustuslakivaliokunnan käytännössä on käynyt ilmeiseksi, että perustuslain 2, 14 ja 121 §:n muodostama normikokonaisuus asettaa lähes kategorisen vaatimuksen välittömien vaalien kautta tapahtuvalle kuntaa suuremman itsehallintoalueen demokraattiselle kontrollille, mikäli näille alueille siirretään lainsäädännöllä sote-palveluiden järjestämisvastuu.<sup>257</sup> Lisäksi perustuslakivaliokunta on katsonut, että maakunnille tai hyvinvointialueille säädetyn itsehallinnon näkökulmasta voi olla ongelmallista, jos näihin kohdistuu erityisen voimakasta valtiollista ohjausta. Maakunnille tai hyvinvointialueille säädetty itsehallinto ei siis voi olla puhtaasti nimellistä, vaan alueille tulee jättää tosiasiallisia mahdollisuuksia päättää palveluiden järjestämisen tavoista.<sup>258</sup>

Normikokonaisuudesta on johdettu perustuslakivaliokunnan tulkinta-käytännössä myös rajoja sille, missä laajuudessa ja millä tavoilla sote-palveluita voidaan yhtiöittää. Vaikka yhtiöittämistä ei voida samaistaa yksityiseen palvelutuotantoon, piirtää tämä käytäntö osaltaan lainsäätäjän harkintavallalle myös yksityistä palvelutuotantoa koskevia rajoja.

Perustuslakivaliokunta piti erityisesti Juha Sipilän hallituksen ensimmäistä sote-mallia ongelmallisena malliin sisältyvän yhtiöittämisvelvoitteen osalta, sillä yhtiöittämisvelvoite olisi perustuslakivaliokunnan mukaan heikentänyt maakunnan itsehallinnon välttämättömänä elementtinä pidettävää kansanvaltaisuutta. Näin erityisesti siksi, että yhtiöittämisvelvoite edellytti sote-tehtävien tuottamisen eli perusoikeuksien turvaamisen kannalta tärkeän ja laajan tehtäväkokonaisuuden siirtämistä etäälle maakunnan demokraattisesta päätöksenteosta.<sup>259</sup> Tällä valiokunta viittasi erityisesti siihen, että yhtiöitetyn toiminnan demokraattinen kontrolli perustuu omistajaohjaukseen, kun taas viranomaistoimintaa voidaan ohjata välittömämmin ja todennäköisesti tehokkaammin. Tulkinnassa merkitystä tulee antaa kuitenkin erityisesti sille, että kyse oli lakisäätisestä yhtiöittämisvelvoitteesta, eivätkä maakunnat olisi mallissa olleet sallittuja reagoimaan mahdollisiin alueilla koettuihin demokraattisen kontrollin vajeisiin

<sup>257</sup> Mm. PeVL 75/2014 vp.

<sup>258</sup> PeVL 26/2017 vp, s. 24–25.

<sup>259</sup> Ibid.

järjestelmällä konsernirakennettaan muun kuin yhtiöittämisen varaan. Lisäksi on hyvä huomata, että aktiivisen omistajaohjauksenkin keinovalikoima on verraten laaja ja sisältää ainakin yhtiöjärjestysten, osakassopimusten, yhtiökokouspäätösten ja hallituksen kokoonpanon kautta tapahtuvan ohjauksen sekä muun konserniohjauksen ja -valvonnan.<sup>260</sup>

Perustuslakivaliokunta oli kiinnittänyt huomiota yhtiöittämiseen myös aiemmin kuntalain käsittelyn yhteydessä. Valiokunta oli tällöin katsonut perustuslain 2 ja 121 §:stä ilmenevän kansanvaltaisuusperiaatteen näkökulmasta tärkeäksi, että kunnallisen päätöksentekojärjestelmän demokraattisuus ja avoimuus turvataan myös kunnan toimintojen yhtiöittämisen laajentuessa.<sup>261</sup> Valiokunta on lisäksi aiemmin kiinnittänyt huomiota siihen, että julkisen vallan kokonaan omistaman osakeyhtiön ohjaus on kuitenkin helpompaa kuin puhtaasti kaupallisen yrityksen.<sup>262</sup>

Perustuslakivaliokunta totesi Sipilän hallituksen esityksestä, että erityisesti sote-palvelujen laajamittainen yhtiöittämisvelvollisuus on vaikeasti sovitettavissa yhteen kansanvaltaisuuden vaatimuksen kanssa.<sup>263</sup> Nähdäkseni on jossain määrin kyseenalaista, asettuuko kunnan, kuntaa suuremman itsehallintoalueen tai valtion omana toimintana hoidettava toiminta ainakaan olennaisesti paremmin demokraattisen kontrollin piiriin, sillä näissäkin tilanteissa demokraattista kontrollia harjoitetaan linjaorganisaation kautta ja usein johtavien viranhaltijoiden sekä näiden johtamien yksiköiden toiminnallista autonomiaa kunnioittaen. Mikäli demokratia-argumenttia käytetään rajoittamaan julkisten tehtävien antamista yksityisten hoidettavaksi, tulisi vähintäänkin kyetä osoittamaan, miten kyseinen siirto konkreettisesti – ei vain hypoteettisesti tai legalistisesti – heikentää demokraattista kontrollia.

Sipilän hallituksen suunnittelemassa yhtiöittämisessä ei ollut kyse varsinaisesta yksityisestä tuotannosta sanan varsinaisessa merkityksessä, vaan julkisen tuotannon järjestämisestä osakeyhtiömuodossa suoran viranomaistoiminnan sijaan sekä tätä koskevasta lainsäädännöllisestä velvoitteesta eli Rasinmäen terminologian mukaan *organisatorisesta yksityistämisestä*.<sup>264</sup> Kuvattu arviointi ei tulisi siis sellaisenaan kyseeseen tilanteessa, jossa julkinen toimija päättää itse hankkia järjestämisvastuulleen koolun sote-palvelun ostopalveluna. Tämä olisi siis funktionaalista yksityis-

<sup>260</sup> Mäenpää 2007, s. 240.

<sup>261</sup> PeVL 63/2014 vp, s. 5.

<sup>262</sup> PeVL 8/2014 vp, s. 4.

<sup>263</sup> PeVL 26/2017 vp, s. 25.

<sup>264</sup> Rasinmäki 1997, s. 43–51.

tämistä.<sup>265</sup> Kansanvaltaisuuden näkökulmasta samaan tapaan ongelmallinen olisi kuitenkin säännös, jossa kyse olisi lainsäädännöstä seuraavasta yksityistämismallista. Sen sijaan laajojakaan kunnan tai itsehallintoalueen tekemiä yhtiöittämis- tai ulkoistuspäätöksiä ei voitane pitää ongelmallisina perustuslain 2 ja 121 §:stä ilmenevän kansanvaltaisuusperiaatteen näkökulmasta, sillä alueella itsellään on näissä tilanteissa mahdollisuus myös muunlaisiin kunta- tai aluekonsernirakenteisiin.

Myös *kielellisiä oikeuksia* koskeva perustuslain 17 § on ollut viime vuosien sote-sektoria koskeneessa perustuslakivaliokunnan lausuntokäytännössä laajasti esillä. Kyse on ollut erityisesti kielilain soveltumisesta yksityisiin tuottajiin, yksityisten tuottajien velvollisuudesta tarjota palveluita molemmilla kansalliskielillä sekä siitä, millä keinoilla yksityisen tuotantoon pohjaavassa mallissa voidaan varmistaa kielellisten oikeuksien toteutuminen.<sup>266</sup> Kielellisten oikeuksien voidaan ajatella olevan osa hallinnollisia perusoikeuksia, joiden toteutumista on tarkasteltu muun muassa edellä luvussa 3.3.

Edellä kuvatun lisäksi merkitystä on eri tilanteissa muun muassa 11 §:n uskonnon ja omantunnon vapaudella. Merkittävään rooliin eri säädöshankkeissa on noussut myös perustuslain 10 §:n mukainen yksityiselämän suoja sekä erityisesti henkilötietojen suoja, jonka merkityksen voidaan ajatella asteittain kasvavan niin julkisen hallinnon, julkisia tehtäviä hoitavien yksityisten kuin puhtaasti yksityisten toiminnassa. Säännös julkisen vallan velvollisuudesta edistää väestön terveyttä taas on läheisesti yhteydessä oikeutta elämään, henkilökohtaiseen koskemattomuuteen ja turvallisuuteen turvaavaan 7 §:ään sekä oikeutta terveelliseen ympäristöön turvaavaan 20 §:n 2 momenttiin. Oikeus riittäviin terveyspalveluihin esimerkiksi suojaa ainakin vakavammassa sairauksissa tai muussa laajassa hoidontarpeessa perustuslain 7 §:ssä perusoikeutena turvattua oikeutta elämään.<sup>267</sup>

## 4 JOHTOPÄÄTÖKSET

Julkisten sote-palveluiden yksityisessä tuotannossa on kyse ”perusoikeusintensiivisestä” toiminnasta, jossa lainsäätävä joutuu navigoimaan verraten kapeaksi piirretyn harkintavallan rajoissa. Näitä sote-sektorin yksityisen tuotannon näkökulmasta olennaisia valtiosääntöisiä kysymyksiä on tässä

<sup>265</sup> Ibid.

<sup>266</sup> PeVL 26/2017 vp, s. 59.

<sup>267</sup> Ibid., s. 32.

tutkimuksessa pyritty erittelemään ja systematisoimaan temaattisesti. Kuitenkin todellisen maailman lainsäädäntöhankkeessa, jossa pyritään siirtämään yksityisen tuotettavaksi jokin sosiaali- ja terveystalouden tai jotkin sosiaali- ja terveystaloudet, eri perusoikeuksien merkitys on limittäistä ja päällekkäistä. Tämä on osaltaan nähtävissä viimeaikaisten sote-uudistusten valtiosääntöisessä arvioinnissa. Ehdotetun sote-lainsäädännön useat elementit ovat olleet perustuslakivaliokunnan lausuntokäytännössä merkityksellisiä useiden perusoikeuksien näkökulmasta, minkä lisäksi valtiosääntöistä merkitystä on myös sääntelyn kokonaisuudella, muun muassa sen oikeusvarmuudella ja toteuttamiskelpoisuudella. Vaikka akateemisessa esityksessä perusoikeuksia ja niiden merkitystä on tarpeen pyrkiä erittelemään, lainsäätäjältä ja konkreettisemmin lainvalmistelijalta ne edellyttävät varsinkin sote-sektoria koskevissa kysymyksissä kokonaisvaltaista ja luonteeltaan monitahoista ymmärrystä perusoikeusjärjestelmän kokonaisuudesta sekä sen liityntäpinnoista valmisteltavaan lainsäädäntöön. Olennaisin lähtökohta tähän työhön on, että järjestelmän on kokonaisuutena turvattava perusoikeuksien toteutuminen riittävällä tavalla.

Tutkimuskysymykseen *lainsäätäjän harkintavallan rajoista* on mahdollonta antaa kaikenkattavaa vastausta, mutta tutkimuksessa tehdyn tarkastelun perusteella tälle voidaan kuitenkin antaa selkeitä suuntaviivoja.

Yksityisen palvelutuotannon tarkastelu kiinnittyy sosiaali- ja terveystaloudellisten palveluiden kontekstissa kiinteästi perustuslain 124 §:n edellytyksiin julkisten hallintotehtävien antamisesta muille kuin viranomaisille. Perustuslakivaliokunnan lausuntokäytännön pohjalta oikeustilaksi on muodostunut, että julkisten sosiaali- ja terveystaloudellisten palveluiden järjestämisen lisäksi myös merkittävän osan niiden tuottamisesta katsotaan kuuluvan julkisen hallintotehtävän alaan. Perustuslakivaliokunnan käytännöstä ei kuitenkaan voida tehdä johtopäätöstä, jonka mukaan sosiaali- ja terveystaloudellisten palveluiden tuottaminen olisi kategorisesti julkisen hallintotehtävän hoitamista, vaan tulkinta on tältä osin täsmennyksettömiä ja julkisen hallintotehtävän käsitteelle tyyppillisellä tavalla tehtäväkohtaista.

Mikäli yksityistettäväksi suunniteltu sosiaali- tai terveystalouden palvelu katsotaan julkiseksi hallintotehtäväksi, syntyy perustuslain 124 §:n edellytyksistä valtiosääntöinen ankkuri, joka määrittelee arviota siitä, miten, missä laajuudessa ja millä edellytyksillä tehtävä voidaan antaa yksityisen hoidettavaksi. Keskeiseen asemaan nousevat näin kysymykset oikeusturvan, perusoikeuksien ja hyvän hallinnon vaatimusten turvaamisesta, kun tehtävää hoidetaan viranomaiskoneiston ulkopuolella. Perustuslain 124 §:ssä edellytetään lainsäätäjän varmistuvan, että sääntely kokonaisuutena on tältä osin hyväksyttävää. Ohjenuoraksi voidaan ottaa ajatus organisaationeut-



raalisuudesta eli siitä, että oikeudet toteutuvat samoin kuin ne olisivat toteutuneet viranomaisorganisaation hoitaessa julkista hallintotehtävää, minä lisäksi on varmistuttava, että oikeudet toteutuvat vähintään perusoikeusjärjestelmän edellyttämän minimitason mukaisesti.

Lausuntokäytännön perusteella lähtökohtana voidaan pitää useiden sote-palveluiden tuottamistehtävien luonnetta julkisina hallintotehtävinä, mutta mitään ehdotonta estettä ei ole sille, että myös volyymiltaan tai laajuudeltaan merkittävätkin tuottamistehtävät voivat eräissä tilanteissa rajautua julkisen hallintotehtävän käsitteen ulkopuolelle. Tällaisissa tulkinnoissa on kuitenkin syytä olla varovainen, ja kyse on viime kädessä julkisen hallintotehtävän arvioinnissa käytettyjen yleisten kriteerien soveltamisesta konkreettiseen tulkinta-asetelmaan. Sekä Sipilän että Marinin hallituksen sote-esityksissä on omaksuttu lähtökohta, jonka mukaan kaikkien sote-sektorin julkisten tehtävien siirtojen yksityisille tulisi täyttää perustuslain 124 §:n vaatimukset. Valtiosääntöisesti tämä ratkaisu ei ole ainoa mahdollinen, vaan julkisen hallintotehtävän rajanvetoa on mahdollista ja selvästi perusteltua tehdä myös sektorin sisällä eri tehtävien välillä. Mitään valtiosääntöistä estettä tämän mukaisille lainsäädäntömuutoksille ei siis ole.

Perustuslain 124 §:n säännöksessä edellytetään lisäksi siirtoa koskevaa oikeudellista tarkoituksenmukaisuusharkintaa, joka edellä kuvatuista perusoikeuksien, oikeusturvan ja hyvän hallinnon vaatimuksista poiketen on luonteeltaan melko joustavaa. Tarkoituksenmukaisuutta ei voi perustella millä tahansa, mutta käytännössä vaikuttaa siltä, että säännös sallii lainsäätäjälle melko monenlaisia ja laadultaan jossain määrin vaihtelevia perusteita sille, miksi tehtävän siirto yksityiselle on tarpeen sen tarkoituksenmukaiseksi hoitamiseksi. Tärkeää kuitenkin on, että tarkoituksenmukaisuutta ei perustella yksinomaan hallinnon sisäisillä tarpeilla. Mikäli kyse on hallintotehtävien ydinalueelle kuuluvasta tehtävästä, tarkoituksenmukaisuuskriteeri asettuu jossain määrin korkeammaksi.

Perustuslain 124 §:n mukainen perusoikeuksien vaarantumattomuuden vaatimus toimii lisäksi linkkinä sote-palveluiden yksityistä tuotantoa koskevaan perusoikeustarkasteluun. Perusoikeuksien ja erityisesti perustuslain 19 §:n 3 momentin sekä 6 §:n muodostaman normikokonaisuuden näkökulmasta keskeisin sosiaali- ja terveyspalveluiden yksityiselle tuotannolle asetettava edellytys on, että sote-järjestelmän on kokonaisuutena *turvattava riittävät sosiaali- ja terveyspalvelut yhdenvertaisesti*. Koska perusoikeuksien tulkinnassa on aina kyse punninnasta, voi perustuslain 19 §:n 3 momentissa edellytetty riittävyyden taso muodostua jossain määrin kontekstuaalisesti. Tulkinnan lähtökohtana voidaan pitää perustuslain esitöiden kannanottoa, jonka mukaan riittävyys samaistuu jokaisen ihmisen

edellytyksiin toimia yhteiskunnan täysivaltaisena jäsenenä. Lisäksi lähtökohtana on pidettävä, että lainsäätäjällä on merkittävästi harkintavaltaa riittävyden turvaamisen keinojen arvioinnissa. Ehdotettavan sote-palvelujärjestelmän on myös kokonaisuutena saavutettava tietty toimintavarmuuden taso, jotta perusoikeuksien – erityisesti perustuslain 19 §:n 3 momentin ja 6 §:n – toteutuminen ei perustuslain 124 §:ssä tarkoitettulla tavalla vaarannu. Saman asetelman voisi muotoilla myös niin, että sote-järjestelmän on kokonaisuutena alitettava tietty epävarmuuden enimmäistaso.

Edellä kuvatusta asetelmasta osin erillinen mutta perustuslakivaliokunnan viimeaikaisten lausuntojen myötä ajankohtainen on kysymys siitä, rajataanko perustuslain 19 §:n 3 momentissa jollain tavalla yleispätevästi tai yleisesti lainsäätäjän mahdollisuuksia yksityisen palvelutuotannon lisäämiseen, jos yksityisen hallintotehtävän siirtoa koskevat muut – luonteeltaan varsin tiukat – edellytykset täyttyvät. Nähdäkseni perustuslain 19 §:n 3 momentti ei sisällä tällaista oikeussääntöä, eikä sellaista luotu myöskään Sipilän hallituksen sote-uudistuksesta annetuissa perustuslakivaliokunnan lausunnoissa. Velvoitetta sosiaali- ja terveystalouden turvaamiseen ei voida samaistaa velvoitteeksi ylläpitää tietty määrä sosiaali- ja terveystalouden tuotannosta viranomaisten käsissä. Tulkinta saa tukea muun muassa perustuslain esitöistä, perustuslakivaliokunnan vakiintuneesta lausuntokäytännöstä ja myös oikeuskirjallisuudessa omaksutusta lähtökohdasta, jonka mukaan perustuslain perusoikeusluku ei edellytä mitään nimenomaista julkisten palveluiden tuottamisen tapaa. Myöskään perusoikeusjärjestelmän kokonaisuudesta ei johdu mitään sellaista yksityistämistä koskevaa erityiskysymystä, joka muuttaisi tätä tarkastelun peruslähtökohtaa. Toisaalta perustuslakivaliokunnan tulkintakäytännössä on todettu useita sellaisia näkökohtia, jotka tosiasiallisesti asettavat sote-palveluiden yksityisen tuotannon osuuden kasvattamisen huomattavasti julkisen tuotannon lisäämistä hankalampaan asemaan.

Perustuslakivaliokunnan Juha Sipilän hallituksen sote-uudistuksen yhteydessä antama lausuma, jonka mukaan laintasoinen määrittely julkisen tuotannon määrästä on edellytys käsittelylle tavallisessa lainsäätämisyksityistämisyksessä, on siis muodostunut ensisijaisesti kontekstissa, jossa valiokunta on ensin todennut sosiaali- ja terveystalouden asiantuntijoiden selvitysten pohjalta valinnanvapausjärjestelmän toiminnan siinä määrin epävarmaksi, että pelkästään siihen nojautuminen vaarantaisi perustuslain 19 §:n 3 momentin ja 6 ja 22 §:n normikokonaisuudesta syntyvän velvollisuuden turvata riittävät sote-palvelut yhdenvertaisesti. Kun tämä tulkinta on tehty, edellytys julkisen tuotannon nimenomaisesta määrästä on luotu vastaamaan ongelmaan ja poistamaan se tavalla, joka sallii ehdotetun lain

käsittelyn tavallisessa lainsäätämisyjärjestyksessä. Tämä poistaminen olisi yhtä lailla voinut tapahtua luomalla sellainen valinnanvapausjärjestelmä, jossa velvollisuus turvata riittävät palvelut ei olisi alun alkaenkaan vaarantunut.<sup>268</sup>

Tiiviinä esityksenä perustuslain 19 §:n 3 momentin ja perustuslain 6 §:n normikokonaisuudesta voidaan puolestaan todeta, että yksityistä tuotantoa lisäävien lainsäädäntöehdotusten on ensinnäkin luotava valtakunnallisesti yhdenvertaisella tavalla toteutuva palveluverkko, joka takaa pääsyn riittäviin sosiaali- ja terveyspalveluihin yhdenvertaisesti. Palveluiden laadussa ja saatavuudessa ei lähtökohtaisesti voida juurikaan hyväksyä eroja, mikäli nämä erot eivät synny perusoikeuksien yleisten rajoittamisedellytysten näkökulmasta hyväksyttävällä tavalla. Jossain määrin tulkinnanvaraista on se, tuleeko lainsäädäntöesityksen arvioinnissa antaa itsenäistä merkitystä lisäksi ihmisten valinnan mahdollisuuksien yhdenvertaisuudelle vai ainoastaan palveluiden saatavuutta ja laatua koskevalle yhdenvertaisuudelle. Nähdäkseni valinnan mahdollisuuksien yhdenvertaisuutta ei tulisi käsitellä valtiosääntöisenä kysymyksenä, vaan poliittisen tarkoituksenmukaisuusharkinnan piiriin kuuluvana asiana, kunhan erot eivät muodostu kohtuuttomiksi tai johda konkreettisiin eroihin palveluiden laadussa.

Tutkimuksessa keskeiseen rooliin nousevan Juha Sipilän hallituksen valinnanvapausmallin sekä tästä mallista annettujen perustuslakivaliokunnan lausuntojen osalta näkökulmani on siis vahvasti kyseisen tulkintakontekstin erityisyyttä korostava. Lisäksi vaikuttaa ainakin osin siltä, että mallin taakse paikantunut poliittinen sopimus – maakuntahallinnon ja valinnanvapauden yhteensovitus – johti valtiosääntöisesti poikkeuksellisen hankalaan asetelmaan.

Ensinnäkin ongelmia loi uudistuksen koko, jonka voidaan katsoa johtaneen osin puutteelliseen lainvalmisteluun, kun sekä järjestelmän kokonaisuutta että sen yksityiskohtia ei kaikilta osin pystytty etukäteen harkitsemaan huolella edes valtiosääntöisesti merkityksellisiltä osin.

Toiseksi ongelmia loi kahden uudistuksen läpivienti samaan aikaan. Näin epäilyjä kohdistui muun muassa siihen, miten uudet ja lukumääräisesti melko useat maakunnat käytännössä toimisivat ja olisiko niillä kykyä varmistaa riittävien sosiaali- ja terveyspalveluiden yhdenvertainen saatavuus edes sellaisessa tilanteessa, jossa samanaikaisesti ei tehtäisi valinnan-

<sup>268</sup> Lausunnon poliittinen ja muu reaali maailman konteksti oli sellainen, että kyseinen lausuma olisi todennäköisesti johtanut uudistuksen kaatumiseen, sillä uudelleentvalmistelu lausuman edellyttämässä määrin ei olisi ollut mahdollista. On tulkinnan yksiselitteisyyden kannalta sääli, että tähän vaihtoehtoon ei valiokunnan lausunnossa nimenomaisesti viitattu, koska se liittyy lausunnosta edellä esitettyyn tulkintaan ilmeisen epävarmuuselementin.

vapausuudistusta. Kun vielä valittu valinnanvapaus- tai monituottajamalli olisi edellyttänyt vastaperustetuilta maakunnilta perinteisemmän linjajohdamisen sijaan täysin uudenlaista sopimusohjauksessa, kehittämisohjauksessa ja omistajaohjauksessa tapahtuvaa hallintoa, oli kyseessä erittäin monimutkainen kokonaistilanne, jolle ei löydy suomalaisten hallinnon uudistusten joukossa verrokkia. Siksi myös sen aikana syntyneeseen tulkintakäytäntöön tulee suhtautua korostetun kontekstuaalisesti: sosiaali- ja terveyspalveluiden laajan yksityistämisen itsessään ei katsottu vaarantavan riittävien sosiaali- ja terveyspalveluiden yhdenvertaista saatavuutta, vaan kyse oli laajemmasta ongelma-alueesta, jossa oli kyse juridiikan lisäksi politiikasta, hallinnosta ja aikataulusta.

Erityisesti tästä syystä akateemisessa tutkimuksessa on noudatettava varovaisuutta, kun Sipilän hallituksen sote-uudistusta koskevaa lausunto-käytäntöä arvioidaan. Vaikka lausuntoihin voidaan eittämättä katsoa sisältyvän myös uutta tulkintakäytäntöä luovaa aineistoa ja toisaalta osa lausunto-käytännöstä on suoraa jatkumoa valiokunnan aiemmille kannanotoille, mahtuu joukkoon myös sellaisia lausumia, joiden merkitystä ei voida varauksetta laskea yleiseksi ja muuhun kuin nimenomaan Sipilän hallituksen uudistukseen liittyväksi. Näin on erityisesti siltä osin, kun on kyse valiokunnan tulkinnasta niistä julkisten palveluiden tuotantotavoista, jotka perustuslain 19 §:n 3 momentissa mahdollistetaan.

Juha Sipilän hallituksen sote-uudistusta voi luonnehtia myös eräänlaiseksi ”käytännön maailman” ja valtiosääntöoikeuden välillä tapahtuneeksi yhteentörmäykseksi, joka oli ollut tuloillaan jo hyvän aikaa. Valtiosääntöoikeuden ja hallinto-oikeuden piiriin asettuvassa tutkimuksessa oli yhtäältä jo 2000-luvun alkupuolelta lähtien katsottu, että kuntien lakisääteisten sosiaali- ja terveyspalveluiden järjestämisen tavoissa on selvää jännitettä suhteessa perustuslain 124 §:n edellytyksiin.<sup>269</sup> Samanlaista tendenssiä on ollut nähtävissä myös ainakin ylimpien laillisuusvalvojien kannanotoissa sekä osin myös perustuslakivaliokunnan lausunto-käytännössä. Toisaalta kunnat ovat 2000-luvun mittaan yhä laajemmasta määrin yksityistäneet ja ulkoistaneet palveluitaan, ja kun tultiin Sipilän hallituksen uudistuksen aikaan, olivat kuntien käytännön toiminta ja toisaalta valtiosäänteiset tulkin- nat niiden hyväksyttävyydestä jossain määrin ilmeisessä ristiriidassa. Tämä ristiriita lienee kuitenkin näkynyt lähinnä valtiosääntöoikeuden parissa toimiville. Näin uudistusta suunniteltiin yksityisestä tuotannosta saatujen melko hyvien kokemusten pohjalta, mutta samanaikaisesti taustalla lymysi tulkinta jo uudistusta edeltäneen tilan sisältämistä perustuslain vastaisista

<sup>269</sup> Mm. Huhtanen 2005, s. 133; Keravuori-Rusanen 2008, s. 294–295.

elementeistä. Asetelman voidaan ajatella selittävän myös sitä julkista kritiikkiä, jossa perustuslakivaliokunnan työhön ja sen kuulemiin asiantuntijoihin on liitetty väitteitä esimerkiksi politikoinnista ja uudistuksen tarkoituksellisesta kaatamisesta.

## LÄHTEET

### Kirjallisuus

- Arajärvi, Pentti, Johdatus sosiaali oikeuteen. Talentum 2011.
- Giordani, Tatu – Kava, Ronja, Julkisen hallintotohtävän antaminen muulle kuin viranomaiselle ja viranomaistoiminnon yhtiöittäminen. Edilex-sarja 2019/26, julkaistu 1.7.2019.
- Halila, Heikki, Työeläkelaitokset ja perustuslain 124 §. Defensor Legis 3/2014, s. 392–410.
- Hallberg, Pekka – Karapuu, Heikki – Ojanen, Tuomas – Scheinin, Martin – Tuori, Kaarlo – Viljanen, Veli-Pekka (toim.), Perusoikeudet. Alma Talent 2011 (painettu kirja). (Hallberg et al. 2011a)
- Hallberg, Pekka, Perusoikeusjärjestelmä. I Johdanto, teoksessa Pekka Hallberg – Heikki Karapuu – Tuomas Ojanen – Martin Scheinin – Kaarlo Tuori – Veli-Pekka Viljanen (toim.), Perusoikeudet. Alma Talent 2011 (päivittyvä e-kirja, luettu 17.1.2022).
- Harjula, Heikki – Prättälä, Kari, Kuntalaki – tausta ja tulkinnat. Talentum 2015.
- Hautamäki, Veli-Pekka, Perusoikeuden ydinalue argumenttina. Lakimies 1/2011, s. 82–98.
- Hautamäki, Veli-Pekka, Ydinalueen koskemattomuusvaatimus perusoikeuksien yleisenä rajoitusedellytyksenä. Edilex-sarja, julkaistu 11.2.2016.
- Helin, Markku, Perusoikeuksilla argumentoinnista, s. 11–30 teoksessa Tero Iire (toim.), Varrallisuus, vakuudet ja velkojat. Juhlajulkaisu Jarmo Tuomisto 1952 – 9/6 – 2012. Turun yliopisto 2012.
- Hennala, Lea – Uotila, Tuomo, Kotihoidon ulkoistuksen vaikutukset ja vaikuttavuus – tapaustutkimus Lahti. Lappeenrannan teknillinen yliopisto ja Työsuojelurahasto 2017.
- Heuru, Kauko, Kunnallinen itsehallinto. Kunnallisoikeuden perusteet. Lakimiesliiton Kustannus 2001.
- Hidén, Mikael, Perusoikeuksien yleiset opit – muuttuvaa ja muuttumatonta. Lakimies 5–6/1996, s. 753–769.
- Hirvonen, Kalervo – Mäkinen, Eija, Kunnallinen viranhaltija. Oikeudellisen aseman sääntely. Edita 2006.
- Huhtanen, Raija, Sosiaali- ja terveydenhuollon yksityiset ostopalvelut ja perustuslain 124 §, s. 125–144 teoksessa Matti Myrsky – Perttu Vartiainen – Tarmo Miettinen (toim.), Juhlakirja Teuvo Pohjolainen. Joensuun yliopisto 2005.
- Huhtanen, Raija, Hallinnon harmaa vyöhyke sosiaalivakuutuksessa ja sosiaaliavustuksessa. Lakimies 7–8/2006, s. 1265–1281.
- Husa, Jaakko – Pohjolainen, Teuvo, Julkisen vallan oikeudelliset perusteet – johdatus julkisoikeuteen. Talentum 2008.
- Jokinen, Esa, Sosiaali- ja terveydenhuollon kokonaisulkoistukset – Kustannuskehitys vuoteen 2019 saakka. Hyvinvointiala ry 2020.
- Jyränki, Antero – Husa, Jaakko, Valtiosääntöoikeus. 2., uudistettu painos. Kauppakamari 2021 (e-kirja).
- Karapuu, Heikki, Perusoikeuksien käsite ja luokittelu. II Yleinen osa, teoksessa Pekka Hallberg – Heikki Karapuu – Tuomas Ojanen – Martin Scheinin – Kaarlo Tuori – Veli-

- Pekka Viljanen (toim.), Perusoikeudet. Alma Talent 2011 (päivittyvä e-kirja, luettu 17.1.2022).
- Keinänen, Anssi – Wiberg, Matti, Perustuslakivaliokunta lausuntovaliokuntana ja asiantuntijoiden kuulijana. Oikeus 1/2012, s. 86–106.
- Keravuori-Rusanan, Marietta, Yksityinen julkisen vallan käyttäjänä. Valtiosääntöoikeudellinen tutkimus julkisen hallintotehtävän antamisesta muulle kuin viranomaiselle. Edita 2008.
- Koivisto, Ida, Julkisen vallan rajoilla. Lakimies 5/2014, s. 675–694.
- Komulainen, Mikko, Ulkoistaminen kunnissa. Oikeudellinen tutkimus ulkoistamisen ilmenemismuodoista ja vaikutuksista sekä ulkoistamisen rajoituksista ja sille asetettavista vaatimuksista yhtenä kunnallisten palvelujen tuottamismuotona. Tampere University Press ja Kuntaliitto 2010.
- Lyly-Falk, Auli, Kuuden suurimman kaupungin vanhusten sosiaali- ja terveyspalvelujen ja kustannusten vertailu vuonna 2017. Kuusikko-työryhmän julkaisusarja 3/2018.
- Lähdesmäki, Kirsi, New public management ja julkisen sektorin uudistaminen. Tutkimus tehokkuusperiaatteista, julkisesta yrittäjyydestä ja tulosvastuusta sekä niiden määrittelyistä valtion keskushallinnon reformeista Suomessa 1980-luvun lopulta 2000-luvun alkuun. Vaasan yliopisto 2003.
- Muukkonen, Matti, Ylioppilaskunnan automaatio- ja pakkojäsenyyden perustuslainmukaisuus. Edilex-sarja 2008/4, julkaistu 10.4.2008.
- Muukkonen, Matti, Ulkoistaminen ja perustuslainsäätäjän tahto. Edilex-sarja 2012/14, julkaistu 29.3.2012.
- Myllymäki, Arvo, Kolmas sektori kilpailuyhteiskunnan hyvinvointipalvelujen täydentäjänä. Tampereen yliopisto 2003.
- Mäenpää, Olli, Lausunto Sini Sallisen väitöskirjasta. Kunnallistieteen aikakauskirja 2/2017, s. 231–242.
- Mäenpää, Olli, Hallinto-oikeus. 2., uudistettu painos. Alma Talent 2018 (painettu kirja). (Mäenpää 2018a)
- Mäenpää, Olli, Hallinto-oikeus. Alma Talent 2018 (päivittyvä e-kirja, luettu 14.2.2022). (Mäenpää 2018b)
- Mäenpää, Olli, Hallintolaki ja hyvän hallinnon takeet. Edita 2021.
- Mäkelä, Marianne, Yhdenvertaisuus sivistyksen portailla. Lakimies 5/2013, s. 917–923.
- Neuvonen, Riku – Rautiainen, Pauli, Perusoikeuskonkurrenssi Suomen perusoikeusjärjestelmässä. Lakimies 6/2013, s. 1011–1031.
- Neuvonen, Riku – Rautiainen, Pauli, Lakivaraukset Suomen perusoikeusjärjestelmässä. Lakimies 2/2015, s. 229–248.
- Nykänen, Eeva, Yksityiset palveluntuottajat julkisten sosiaali- ja terveyspalvelujen tuottajina. Lakimies 3–4/2020, s. 431–457.
- Nykänen, Pekka, Perustuslain yhdenvertaisuuden vaatimus ja välitön verotus. Oikeus 2/2017, s. 224–249.
- Ojanen, Tuomas – Scheinin, Martin, Yhdenvertaisuus ja syrjinnän kielto. III Yksittäiset perusoikeudet, teoksessa Pekka Hallberg – Heikki Karapuu – Tuomas Ojanen – Martin Scheinin – Kaarlo Tuori – Veli-Pekka Viljanen (toim.), Perusoikeudet. Alma Talent 2011 (päivittyvä e-kirja, luettu 17.1.2022).

- Pajuoja, Jussi – Pölonen, Pasi, Ylin laillisuusvalvonta. Oikeuskansleri ja oikeusasiamies. Tietosanoma 2011.
- Paunio, Riitta-Leena, Tavoitteita ja haasteita – oikeusasiamiehen laillisuusvalvontaa 90 vuotta, s. 7–17 teoksessa Oikeusasiamies 90 vuotta -juhlakirja. Eduskunnan oikeusasiamiehen kanslia 2010.
- Pölonen, Pasi, Sopimuksellisuus julkishallinnon järjestämisessä. Lakimies 7–8/2012, s. 1149–1167.
- Rasinmäki, Jorma, Yksityistäminen kunnallishallinnossa. Lakimiesliiton Kustannus 1997.
- Rautiainen, Pauli, Perusoikeuden heikennyskielto. Oikeus 3/2013, s. 261–283.
- Rautiainen, Pauli, Yksityisoikeudellinen elokuvasäätiö elokuvataiteen valtionavustusten jakajana – Perustuslaillinen ongelma?, s. 255–276 teoksessa Päivi Korpisaari (toim.), Viestinnän muuttuva sääntely. Viestintäoikeuden vuosikirja 2016. Helsingin yliopisto 2016.
- Rautiainen, Pauli, Kokeilulainsäädäntö ja sen perustuslailliset reunaehdot. Lakimies 2/2019, s. 192–220.
- Sallinen, Sini, Kunnan itselleen ottamat tehtävät ja niiden oikeudelliset reunaehdot. Tampere University Press 2007.
- Saraviita, Ilkka, Suomalainen perusoikeusjärjestelmä. Talentum 2005.
- Saraviita, Ilkka, Perustuslaki. Alma Talent 2011.
- Sarja, Mikko, Kuuluuko vai eikö kuulu? – Havaintoja oikeusasiamiehen toimivallasta, s. 18–45 teoksessa Oikeusasiamies 90 vuotta -juhlakirja. Eduskunnan oikeusasiamiehen kanslia 2010.
- Scheinin, Martin, Perusoikeuskollisiot, teoksessa Tuuli Heinonen – Juha Lavapuro (toim.), Oikeuskulttuurin eurooppalaistuminen. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2012.
- Sutela, Marja, Sosiaali- ja terveystalouden ulkoistaminen. Oikeudelliset reunaehdot. Edita Prima 2003.
- Suviranta, Outi, Yliopistojen itsehallinto, julkisen hallinnon organisointi ja valtion talouden järjestelmä. Lakimies 4/2006, s. 536–559.
- Tuominen, Risto, Perusoikeudet lainvalmistelun näkökulmasta – esimerkkinä perustuslakivaliokunnan vuosien 2000–2018 lausuntokäytäntö koskien perustuslain 15.1 §:n omaisuussuojaa. Edilex-sarja, julkaistu 23.11.2018.
- Tuori, Kaarlo, Oikeus, valta ja demokratia. Lakimiesliiton Kustannus 1990.
- Tuori, Kaarlo, Julkisesta yksityiseen: rajoituksia ja edellytyksiä, s. 295–353 teoksessa Oikeustiede – Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen vuosikirja. Suomalainen Lakimiesyhdistys 1998.
- Tuori, Kaarlo, Onko hallinto-oikeudella tulevaisuutta? Oikeus 3/2003, s. 234–249.
- Tuori, Kaarlo, Sivistykselliset oikeudet. III Yksittäiset perusoikeudet, teoksessa Pekka Hallberg – Heikki Karapuu – Tuomas Ojanen – Martin Scheinin – Kaarlo Tuori – Veli-Pekka Viljanen (toim.), Perusoikeudet. Alma Talent 2011 (päivittyvä e-kirja, luettu 17.1.2022). (Tuori 2011a)
- Tuori, Kaarlo, Sosiaaliset oikeudet. III Yksittäiset perusoikeudet, teoksessa Pekka Hallberg – Heikki Karapuu – Tuomas Ojanen – Martin Scheinin – Kaarlo Tuori – Veli-Pekka Viljanen (toim.), Perusoikeudet. Alma Talent 2011 (päivittyvä e-kirja, luettu 17.1.2022). (Tuori 2011b)



- Tuori, Kaarlo – Kotkas, Toomas, Sosiaalioikeus. Talentum 2016.
- Viljanen, Veli-Pekka, Perusoikeuksien rajoitusedellytykset. Talentum 2001.
- Viljanen, Veli-Pekka, Perusoikeuksien rajoittaminen. II Yleinen osa, teoksessa Pekka Hallberg – Heikki Karapuu – Tuomas Ojanen – Martin Scheinin – Kaarlo Tuori – Veli-Pekka Viljanen (toim.), Perusoikeudet. Alma Talent 2011 (päivittyvä e-kirja, luettu 17.1.2022).
- Voutilainen, Tomi – Kurvinen, Evgeniya, Kuntien tietohallinnon järjestäminen – Vastuut ja rajoitteet ulkoistamisessa. Edilex-sarja 2015/19, julkaistu 27.5.2019.
- Wiberg, Matti, Perustuslakivaliokunta asiantuntija-areenana. Lakimies 6/2003, s. 967–991.

## **Virallislähteet**

### *Kumottu lainsäädäntö*

Kuntalaki (365/1995)

### *Hallituksen esitykset*

- Hallituksen esitys eduskunnalle eräiden valtioneuvoston oikeuskansleria ja eduskunnan oikeusasiamiestä koskevien säännösten muuttamista koskevaksi lainsäädännöksi (HE 72/1990 vp)
- Hallituksen esitys eduskunnalle perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamisesta (HE 309/1993 vp)
- Hallituksen esitys eduskunnalle uudeksi Suomen Hallitusmuodoksi (HE 1/1998 vp)
- Hallituksen esitys eduskunnalle terveydenhuoltolaiksi sekä laeiksi kansanterveyslain ja erikoissairaanhoidon lain muuttamiseksi sekä sosiaali- ja terveydenhuollon asiakasmaksuista annetun lain muuttamiseksi (HE 90/2010 vp)
- Hallituksen esitys eduskunnalle kuntalaiksi ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi (HE 268/2014 vp)
- Hallituksen esitys eduskunnalle maakuntien perustamista ja sosiaali- ja terveydenhuollon järjestämisen uudistusta koskevaksi lainsäädännöksi sekä Euroopan paikallisen itsehallinnon peruskirjan 12 ja 13 artiklan mukaisen ilmoituksen antamiseksi (HE 15/2017 vp)
- Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi asiakkaan valinnanvapaudesta sosiaali- ja terveydenhuollossa sekä valtiontalouden tarkastusvirastosta annetun lain 2 §:n muuttamisesta (HE 47/2017 vp)
- Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi asiakkaan valinnanvapaudesta sosiaali- ja terveydenhuollossa ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi (HE 16/2018 vp)
- Hallituksen esitys eduskunnalle hyvinvointialueiden perustamista ja sosiaali- ja terveydenhuollon sekä pelastustoimen järjestämisen uudistusta koskevaksi lainsäädännöksi sekä Euroopan paikallisen itsehallinnon peruskirjan 12 ja 13 artiklan mukaisen ilmoituksen antamiseksi (HE 241/2020 vp)

## *Eduskunnan valiokuntien lausunnot ja mietinnöt*

- PeVL 19/1985 vp Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä n:o 81 laeiksi työturvallisuuslain ja eräiden siihen liittyvien lakien muuttamisesta
- PeVL 4/1989 vp Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä n:o 6 ulkomaalaisen kelpoisuutta virkaan koskevaksi lainsäädännöksi
- PeVM 9/1990 vp Perustuslakivaliokunnan mietintö hallituksen esityksestä eräiden valtioneuvoston oikeuskansleria ja eduskunnan oikeusasiamiestä koskevien säännösten muuttamista koskevaksi lainsäädännöksi
- SuVM 179/1990 vp Suuren valiokunnan mietintö hallituksen esityksestä eräiden valtioneuvoston oikeuskansleria ja eduskunnan oikeusasiamiestä koskevien säännösten muuttamista koskevaksi lainsäädännöksi
- PeVL 37/1992 vp Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä laiksi valtion vakuusrahastosta annetun lain muuttamisesta
- PeVL 1/1994 vp Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä laiksi turvatarkastuksista lentoliikenteessä
- PeVL 7/1994 vp Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä tilintarkastuslaiksi ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi
- PeVL 15/1994 vp Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä poliisilaiksi ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi
- PeVM 25/1994 vp Perustuslakivaliokunnan mietintö hallituksen esityksestä perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamisesta
- PeVM 10/1998 vp Perustuslakivaliokunnan mietintö hallituksen esityksestä uudeksi Suomen Hallitusmuodoksi
- PeVL 44/1998 vp Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä laiksi järjestyksenvalvojista sekä eräiksi siihen liittyviksi laeiksi
- PeVL 14/1999 vp Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä laiksi rakennerahasto-ohjelmien kansallisesta hallinnoinnista
- PeVL 2/2002 vp Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä laeiksi sähköisistä allekirjoituksista ja viestintähallinnosta annetun lain 2 §:n muuttamisesta
- PeVL 11/2002 vp Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä laiksi seutu-yhteistyökokeilusta
- PeVL 16/2002 vp Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä laiksi Euroopan laajuisen rautatiejärjestelmän yhteentoimivuudesta
- PeVL 59/2002 vp Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä laeiksi sukusolujen ja alkioiden käytöstä hedelmöityshoidossa ja isyyslain muuttamisesta
- PeVL 11/2004 vp Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä laeiksi ajopiiriturikorttien myöntämisen järjestämisestä ja Ajoneuvohallintokeskuksesta annetun lain 2 §:n muuttamisesta
- PeVM 5/2005 vp Perustuslakivaliokunnan mietintö hallituksen esityksestä laiksi Suomen perustuslain muuttamisesta sekä eräiksi siihen liittyviksi laeiksi
- PeVL 25/2005 vp Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä laiksi tilatuki-järjestelmän täytäntöönpanosta

- PeVL 47/2005 vp Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä laeiksi Ilmailulaitoksesta, Ilmailuhallinnosta ja lentoliikenteen valvontamaksusta sekä eräiden niihin liittyvien lakien muuttamisesta
- PeVL 56/2005 vp Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä laiksi lääkelain muuttamisesta
- PeVL 11/2006 vp Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä laiksi ajoneuvoverolain 56 §:n muuttamisesta
- PeVL 18/2006 vp Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä laeiksi maatalouden harjoittamisesta luopumisen tukemisesta ja luopumisjärjestelmiä koskevien lakien muuttamisesta
- PeVL 20/2006 vp Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä laiksi tilatukijärjestelmän täytäntöönpanosta annetun lain muuttamisesta
- PeVL 31/2006 vp Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä taksiliikenne-laiksi sekä laiksi luvanvaraisesta henkilöliikenteestä tiellä annetun lain muuttamisesta
- PeVL 37/2006 vp Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä laiksi kunta- ja palvelurakennemuutostuksesta sekä laeiksi kuntajakolain muuttamisesta ja varainsiirtoverolain muuttamisesta
- PeVM 11/2009 vp Perustuslakivaliokunnan mietintö hallituksen esityksestä laiksi työttömyysetuuksien rahoituksesta annetun lain väliaikaisesta muuttamisesta
- PeVL 16/2009 vp Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä laiksi vahvasta sähköisestä tunnistamisesta ja sähköisistä allekirjoituksista sekä eräiksi siihen liittyviksi laeiksi
- PeVL 12/2010 vp Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä laiksi luotsauslain muuttamisesta
- PeVL 24/2010 vp Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä laeiksi ihmisen elimien, kudoksien ja solujen lääketieteellisestä käytöstä annetun lain, sosiaali- ja terveydenhuollon asiakasmaksuista annetun lain 5 §:n ja sairausvakuutuslain 7 luvun 4 §:n muuttamisesta
- PeVL 37/2010 vp Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä laiksi uusiutuville energialähteillä tuotetun sähkön tuotantotuesta
- PeVL 41/2010 vp Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä terveydenhuoltolaiksi sekä laeiksi kansanterveyslain ja erikoissairaanhoidolain muuttamiseksi sekä sosiaali- ja terveydenhuollon asiakasmaksuista annetun lain muuttamiseksi
- PeVL 48/2010 vp Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä riistahallintolaiksi sekä laiksi metsästyslain muuttamisesta, riistanhoitomaksusta ja pyyntilupamaksusta annetun lain muuttamisesta ja maaseutuelinkeinojen valituslautakunnasta annetun lain 1 §:n muuttamisesta
- PeVL 57/2010 vp Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä pysäköinninvalvontaa koskevan lainsäädännön uudistamiseksi
- PeVL 58/2010 vp Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä jätelaiksi ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi
- PeVL 65/2010 vp Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä laeiksi kalastuslain muuttamisesta ja kalastuslain muuttamisesta annetun lain 108 §:n muuttamisesta

- PeVL 28/2012 vp Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä laeiksi kuluttajansuojalain 7 luvun, eräiden luotonantajien rekisteröinnistä annetun lain sekä korkolain 2 §:n muuttamisesta
- PeVL 6/2013 vp Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä laeiksi passilain muuttamisesta ja passilain muuttamisesta annetun lain eräiden säännösten kumoamisesta
- PeVL 20/2013 vp Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä laeiksi kuntajakolain muuttamisesta ja väliaikaisesta muuttamisesta, kuntajakolain eräiden säännösten kumoamisesta sekä kielilain muuttamisesta sekä hallituksen esityksestä laeiksi kuntajakolain muuttamisesta ja väliaikaisesta muuttamisesta, kuntajakolain eräiden säännösten kumoamisesta sekä kielilain muuttamisesta annetun hallituksen esityksen (HE 31/2013 vp) täydentämisestä
- PeVL 23/2013 vp Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen pysäköinninvalvonnassa avustamista koskevaksi lainsäädännöksi
- PeVL 29/2013 vp Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä laiksi valtion varoista korvattavista merimiesten matkakustannuksista sekä eräksi siihen liittyviksi laeiksi
- PeVL 30/2013 vp Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä laiksi rajat ylittävistä terveydenhuollosta ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi
- PeVL 5/2014 vp Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä laiksi mielenterveyslain muuttamisesta
- PeVL 8/2014 vp Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä laeiksi julkisen hallinnon turvallisuusverkko toiminnasta ja viestintämarkkinalain 2 §:n muuttamisesta
- PeVL 12/2014 vp Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä laeiksi hyljetuotteiden kaupasta ja metsästyslain 43 §:n muuttamisesta
- PeVL 31/2014 vp Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä yhdenvertaisuuslaiksi ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi
- PeVL 62/2014 vp Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä laiksi ulkomaalaislain muuttamisesta
- PeVL 67/2014 vp Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä laiksi sosiaali- ja terveydenhuollon järjestämisestä ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi
- PeVL 75/2014 vp Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä laiksi sosiaali- ja terveydenhuollon järjestämisestä ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi
- PeVL 15/2015 vp Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä laiksi kehitysvammaisten erityishuollosta annetun lain muuttamisesta
- PeVL 11/2016 vp Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä tartuntatautilaiksi ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi
- PeVL 16/2016 vp Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä laiksi valtion oikeusapu- ja edunvalvontapiireistä
- PeVL 30/2016 vp Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä laiksi kuntien ja kuntayhtymien eräiden oikeustoimien väliaikaisesta rajoittamisesta sosiaali- ja terveydenhuollossa
- PeVL 44/2016 vp Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä laeiksi Euroopan unionin yhteisen kalastuspolitiikan kansallisesta täytäntöönpanosta sekä yhteisen kalastuspolitiikan seuraamusjärjestelmästä ja valvonnasta annetun lain muuttamisesta

PeVL 63/2016 vp Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä laeiksi terveydenhuoltolain ja sosiaalihuoltolain muuttamisesta

PeVL 26/2017 vp Perustuslakivaliokunnan lausunto:

hallituksen esityksestä perustamista ja sosiaali- ja terveydenhuollon järjestämisen uudistusta koskevaksi lainsäädännöksi sekä Euroopan paikallisen itsehallinnon peruskirjan 12 ja 13 artiklan mukaisen ilmoituksen antamiseksi

hallituksen esityksestä laeiksi asiakkaan valinnanvapaudesta sosiaali- ja terveydenhuollossa sekä valtiontalouden tarkastusvirastosta annetun lain 2 §:n muuttamisesta

hallituksen esityksestä laiksi sosiaali- ja terveyspalvelujen tuottamisesta

hallituksen esityksestä maakuntien perustamista ja sosiaali- ja terveydenhuollon järjestämisen uudistusta koskevaksi lainsäädännöksi sekä Euroopan paikallisen itsehallinnon peruskirjan 12 ja 13 artiklan mukaisen ilmoituksen antamiseksi annetun hallituksen esityksen (HE 15/2017 vp) täydentämiseksi maakuntien rahoitusta koskevien ja eräiden muiden säännösten osalta

hallituksen esityksestä maakuntien perustamista ja sosiaali- ja terveydenhuollon järjestämisen uudistusta koskevaksi lainsäädännöksi sekä Euroopan paikallisen itsehallinnon peruskirjan 12 ja 13 artiklan mukaisen ilmoituksen antamiseksi annetun lain hallituksen esityksen (HE 15/2017 vp) täydentämisestä Ahvenanmaan rahoitusasemaa koskevien säännösten osalta

PeVL 15/2018 vp Perustuslakivaliokunnan lausunto:

- hallituksen esityksestä asiakkaan valinnanvapaudesta sosiaali- ja terveydenhuollossa ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi

- hallituksen esityksestä maakuntien perustamista ja sosiaali- ja terveydenhuollon järjestämisen uudistusta koskevaksi lainsäädännöksi sekä Euroopan paikallisen itsehallinnon peruskirjan 12 ja 13 artiklan mukaisen ilmoituksen antamiseksi annetun hallituksen esityksen (HE 15/2017 vp) täydentämiseksi maakuntien arvonlisäverokustannusten korvaamista sekä eräitä rahoitusratkaisuja koskien

PeVL 31/2018 vp Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä laeiksi lääkelain sekä Lääkealan turvallisuus- ja kehittämiskeskuksesta annetun lain muuttamisesta

PeVL 65/2018 vp Perustuslakivaliokunnan lausunto:

- hallituksen esityksestä maakuntien perustamista ja sosiaali- ja terveydenhuollon järjestämisen uudistusta koskevaksi lainsäädännöksi sekä Euroopan paikallisen itsehallinnon peruskirjan 12 ja 13 artiklan mukaisen ilmoituksen antamiseksi

- hallituksen esityksestä laiksi sosiaali- ja terveyspalvelujen tuottamisesta, hallituksen esityksestä maakuntien perustamista ja sosiaali- ja terveydenhuollon järjestämisen uudistusta koskevaksi lainsäädännöksi sekä Euroopan paikallisen itsehallinnon peruskirjan 12 ja 13 artiklan mukaisen ilmoituksen antamiseksi annetun hallituksen esityksen (HE 15/2017 vp) täydentämiseksi maakuntien rahoitusta koskevien ja eräiden muiden säännösten osalta

- hallituksen esityksestä maakuntien perustamista ja sosiaali- ja terveydenhuollon järjestämisen uudistusta koskevaksi lainsäädännöksi sekä Euroopan paikallisen itsehallinnon peruskirjan 12 ja 13 artiklan mukaisen ilmoituksen antamiseksi annetun lain hallituksen esityksen (HE 15/2017 vp) täydentämisestä Ahvenanmaan rahoitusasemaa koskevien säännösten osalta

- hallituksen esityksestä maakuntien perustamista ja sosiaali- ja terveydenhuollon järjestämisen uudistusta koskevaksi lainsäädännöksi sekä Euroopan paikallisen itsehallinnon peruskirjan 12 ja 13 artiklan mukaisen ilmoituksen antamiseksi annetun hallituksen esityksen (HE 15/2017 vp) täydentämiseksi maakuntien arvonlisäverokustannusten korvaamista sekä eräitä rahoitusratkaisuja koskien
  - hallituksen esityksestä eduskunnalle laiksi asiakkaan valinnanvapaudesta sosiaali- ja terveydenhuollossa ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi
- PeVL 67/2018 vp Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä laeiksi ampu-  
ma-aselain, vapaaehtoisesta maanpuolustuksesta annetun lain sekä asevelvollisuuslain  
97 a §:n muuttamisesta
- PeVL 70/2018 vp Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä potilasvakuu-  
tuslaiksi ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi
- PeVL 15/2019 vp Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä laeiksi Hansel  
Oy -nimisestä osakeyhtiöstä annetun lain, julkisista hankinnoista ja käyttöoikeussopi-  
muksista annetun lain 60 §:n sekä vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen  
alalla toimivien yksiköiden hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista annetun lain 64  
§:n muuttamisesta
- PeVL 22/2020 vp Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä laeiksi ydin-  
energilain, turvallisuusselvityslain 21 §:n ja kaivoslain muuttamisesta
- PeVL 34/2020 vp Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä laiksi Senaatti-  
kiinteistöistä ja Puolustuskiinteistöistä sekä eräksi siihen liittyviksi laeiksi
- PeVL 45/2020 vp Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä laeiksi liiken-  
teen palveluista annetun lain, tieliikennelain 155 ja 171 §:n sekä ajoneuvolain muutta-  
misesta
- PeVL 5/2021 vp Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä laeiksi asumisoi-  
keusasunnoista sekä vuokra-asuntolainojen ja asumisoikeustalolainojen korkotuesta  
annetun lain muuttamisesta
- StVM 16/2021 vp Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä hyvinvointialu-  
eiden perustamista ja sosiaali- ja terveydenhuollon sekä pelastustoimen järjestämisen  
uudistusta koskevaksi lainsäädännöksi sekä Euroopan paikallisen itsehallinnon perus-  
kirjan 12 ja 13 artiklan mukaisen ilmoituksen antamiseksi
- PeVL 17/2021 vp Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä hyvinvointialu-  
eiden perustamista ja sosiaali- ja terveydenhuollon sekä pelastustoimen järjestämisen  
uudistusta koskevaksi lainsäädännöksi sekä Euroopan paikallisen itsehallinnon perus-  
kirjan 12 ja 13 artiklan mukaisen ilmoituksen antamiseksi
- PeVL 33/2021 vp Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä laiksi energian  
alkuperätakuista
- PeVL 47/2021 vp Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä laiksi kalastuk-  
sesta Tenojoen vesistöissä Norjan kanssa tehdyn sopimuksen lainsäädännön alaan kuu-  
luvien määräysten voimaansaattamisesta ja soveltamisesta annetun lain muuttamisesta
- PeVL 48/2021 vp Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä laeiksi perus-  
opetuslain, ammatillisesta koulutuksesta annetun lain, lukiolain ja tutkintokoulutuk-  
seen valmentavasta koulutuksesta annetun lain muuttamisesta
- PeVL 6/2022 vp Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä laiksi Työkanava

Oy -nimisestä osakeyhtiöstä ja siihen liittyviksi laeiksi  
PeVL 8/2022 vp Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä laeiksi luottotietolain, maksupalvelulain 86 §:n ja rikosrekisterilain 4 a §:n muuttamisesta

## *Muut*

Perustuslaki 2000 -komitean mietintö (KOM 1997:13)

Eduskunnan vastaus EV 111/2021 vp hallituksen esityksestä (HE 241/2020 vp) eduskunnalle hyvinvointialueiden perustamista ja sosiaali- ja terveydenhuollon sekä pelastustoimen järjestämisen uudistusta koskevaksi lainsäädännöksi sekä Euroopan paikallisen itsehallinnon peruskirjan 12 ja 13 artiklan mukaisen ilmoituksen antamiseksi

Oikeusministeriö, Lainkirjoittajan opas <<http://lainkirjoittaja.finlex.fi/>> (jatkuvasti päivitetyvä e-aineisto, luettu 14.2.2022)

## **Muut lähteet**

### *Asiantuntijalausunnot*

Korkeimman hallinto-oikeuden (KHO) lausunto sosiaali- ja terveysministeriölle hallituksen esitysluonnoksesta asiakkaan vapaudesta sosiaali- ja terveydenhuollossa 13.12.2017 (Dnro H 567/17)

Eija Mäkisen asiantuntijalausunto eduskunnan perustuslakivaliokunnalle 3.4.2018

Kaarlo Tuorin asiantuntijalausunto eduskunnan perustuslakivaliokunnalle 3.4.2018

Mikael Hidénin asiantuntijalausunto eduskunnan perustuslakivaliokunnalle 3.4.2018 (Hidén 2018a)

Tuomas Ojasen asiantuntijalausunto eduskunnan perustuslakivaliokunnalle 3.4.2018

Pauli Rautiaisen asiantuntijalausunto eduskunnan perustuslakivaliokunnalle 5.4.2018

Olli Mäenpään asiantuntijalausunto eduskunnan perustuslakivaliokunnalle 5.4.2018 (Mäenpää 2018c)

Veli-Pekka Viljasen asiantuntijalausunto eduskunnan perustuslakivaliokunnalle 6.4.2018

Anneli Pohjolan asiantuntijalausunto eduskunnan perustuslakivaliokunnalle 10.4.2018

Eduskunnan oikeusasiamiehen lausunto eduskunnan perustuslakivaliokunnalle 10.4.2018

Eija Siitarin asiantuntijalausunto eduskunnan perustuslakivaliokunnalle 11.4.2018

Markku Suksin asiantuntijalausunto eduskunnan perustuslakivaliokunnalle 27.4.2018

Mikael Hidénin asiantuntijalausunto eduskunnan perustuslakivaliokunnalle 3.5.2018 (Hidén 2018b)

Antti Moision asiantuntijalausunto eduskunnan perustuslakivaliokunnalle 9.8.2018

Mats Brommelsin asiantuntijalausunto eduskunnan perustuslakivaliokunnalle 12.8.2018

Juha Lavapuron asiantuntijalausunto eduskunnan perustuslakivaliokunnalle 24.5.2018

## *Journalistiset lähteet*

- Ilta-Sanomat 2017: Sipilä kertoi, miksi lakimuutokset tökkivät – ”Kritiikkiin suhtauduttava vakavasti”, julkaistu 21.2.2017, luettu 14.2.2022 <<https://www.is.fi/kotimaa/art-200005097111.html>>
- Verkkouutiset 2017: ”Ville Niinistön tulisi perehtyä tarkemmin” – näin asiantuntijat kaventavat poliitikkojen valtaa, julkaistu 7.8.2017, luettu 14.2.2022 <<https://www.verkkouutiset.fi/ville-niiniston-tulisi-perehtya-tarkemmin-nain-asiantuntijat-kaventavat-poliitikkojen-valtaa-68597/#1e9bd267>>
- Kaleva 2019: Ministeri Niinistö puolustaa käyttämäänsä haukkumasanaa perustuslakitaliban: ”Twiittaajien näkökulma halvensi valiokuntien työtä”, julkaistu 4.4.2019, luettu 14.2.2022 <<https://www.kaleva.fi/ministeri-niinisto-puolustaa-kayttamaansa-haukkuma/1722455>>
- MTV Uutiset 2021: Eduskunnassa kiivas vääntö pakkotesteistä – Ben Zyskoviczin mielestä liian kireän perustuslain tulkinnan kanssa on sählätty kuukausia: ”Tämä on sairasta”, julkaistu 24.2.2021, luettu 14.2.2022 <<https://www.mtvuutiset.fi/artikkeli/eduskunnassa-kiivas-vaanto-pakkotesteista-ben-zyskoviczin-mielesta-liian-kirean-perustuslain-tulkinnan-kanssa-on-sahlatty-kuukausia-tama-on-sairasta/8073474#gs.p27nyy>>
- MTV Uutiset 2022: Puhemies Vanhanen ehdottaa perustuslain arviointia: ”Koronatilanteessa aikaa on palanut”, julkaistu 2.2.2022, luettu 14.2.2022 <<https://www.mtvuutiset.fi/artikkeli/puhemies-vanhanen-ehdottaa-perustuslain-arviointia-koronatilanteessa-aikaa-on-palanut/8346052#gs.p2bauq>>

## *Muut*

- Kuntaliitto 2018: Perusterveydenhuollon ja sosiaalipalvelujen järjestäminen 2018, luettu 14.2.2022 [https://www.kuntaliitto.fi/sites/default/files/media/file/Sosiaali-ja-terveydenhuollon-jarjestaminen-kartta-2018\\_0.pdf](https://www.kuntaliitto.fi/sites/default/files/media/file/Sosiaali-ja-terveydenhuollon-jarjestaminen-kartta-2018_0.pdf)

## OIKEUSTAPAUKSET

- KHO 2000-T-1894  
KHO 2005:50  
KHO 2010:42  
KHO 2014:1



## ABSTRACT

Finland has been reforming its social and health services for already 15 years. The three governments that preceded Prime Minister Sanna Marin's current coalition have all tried to reform the structures and ways and in which social and health services are produced, but only Marin's government has enjoyed success in getting its reforms approved in the Parliament. The legislative drafting of these consecutive reforms has been marked by divergent policy objectives by different Governments and several legislative and technical challenges that have made it very difficult to push through these controversial and far-reaching reforms. In the public debate, reforms have often been found to have "run into the Constitution".

This study examines the constitutional limits to the legislator's discretion in situations where the legislator's goal is to privatize or outsource public social and health services. The study is not limited to any single legislative project, social and health care reform, or to the Wellbeing service county structure created by the reform of Prime Minister Sanna Marin's government. Instead, the study seeks to identify more general and cross-cutting constitutional limits to the legislator's discretion.

The results of the study show, that when the social or health services planned for privatization or outsourcing are considered to be public administrative functions within the meaning of Article 124 of the Finnish Constitution, the requirements of said article create the constitutional anchor that defines the assessment of how, to what extent, and under what conditions, the task can be entrusted to a private entity. The Article 124 specifically requires for ensuring the right of redress, protection of fundamental rights, and good administration when the task is performed by private entities and not public authorities. The Article also requires the legislature to ensure that the proposed legislation as a whole meets the Constitutional requirements set out for the said administrative functions. The starting point for this assessment can be the idea of organizational neutrality, i.e., ensuring the realization of administrative and fundamental rights as if the function would have been performed by a public authority. Additionally, the legislator must ensure that the protection of fundamental rights meets the minimum constitutional requirements for such protection.

From the point of view of fundamental rights, and in particular Article 19 (3) and Article 6 of the Constitution, the most important prerequisite for the privatization or outsourcing of social and health services is that the proposed structure should provide adequate and equal social and health services for the population. Since the interpretation of fundamental rights

is always a matter of weighing, the level of adequacy required by Article 19 (3) of the Constitution may to some extent be contextual. The starting point for this interpretation is the statement from the government proposal for the Constitution, according to which adequacy within the meaning of Article 19 (3) requires for the existence of conditions where every person has the possibility to function as a full and equal member of society. However, the legislature has a significant margin of discretion as to the means of ensuring such adequacy. The proposed social and health service system as a whole must also achieve a certain level of operational security, so that the realization of fundamental rights, in particular those outlined in Article 19 (3) and Article 6 of the Constitution, is not jeopardized within the meaning of Article 124 of the Constitution.

**Johanna Tuohino**

**LAINSÄÄDÄNNÖN JA  
LAINSÄÄTÄMISEN HAASTEET  
DIGITALISOITUVASSA EUROOPAN  
UNIONISSA – TAPAUSTUTKIMUS  
EPRIVACY-ASETUKSEN  
VALMISTELUSTA**



---

# Sisällys

1	JOHDANTO, MENETELMÄT JA LÄHTÖKOHDAT .....	295
1.1	Johdanto.....	295
1.2	Tutkimuskysymykset, menetelmät, aineisto ja aikaisempi tutkimus .....	297
1.3	Lähtökohdat – ePrivacy-asetuksen käsittely ja lainsäätämisen prosessi .....	302
2	LAINSÄÄDÄNNÖN LAATUKRITEERIEN MÄÄRITTELY .....	305
2.1	Parempi sääntely .....	305
2.2	Paremman sääntelyn historia ja kehitys.....	307
2.3	Keskeiset laatukriteerit .....	310
2.4	Suhteellisuus laatukriteerinä ja sen edistämisen työkalut.....	313
2.5	Sääntelyn selkeys, ymmärrettävyys, yksinkertaisuus, täsmällisyys ja yhdenmukaisuus laatukriteereinä.....	315
2.6	Lainsäädännön laatukriteerien systematiikka.....	317
2.7	Digitaalisten palvelujen ja liiketoiminnan sääntelyn erityispiirteet.....	318
3	SÄÄNTELYN SOVELTAMISALAN JA VIESTINNÄN TIETOJEN KÄSITTELYPERUSTEIDEN SUHTEELLISUUDEN ARVIOINTI JA EDISTÄMINEN .....	320
3.1	Suhteellisuusperiaate sähköisen viestinnän tietosuojan sääntelyssä .....	320
3.2	Suhteellisuus ePrivacy-asetuksen soveltamisalan ja viestinnän tietojen käsittelyperusteiden määrittelyssä.....	322
3.3	Huomioita suhteellisuuden laatukriteerin toteutumisesta ja havaituista ongelmakohtista.....	324
4	SÄÄNTELYN SELKEYS JA YHDENMUKAISUUS YLEISEN TIETOSUOJASÄÄNTELYN KANSSA .....	328
4.1	Päätelaitteiden tietojen suojaamista koskevan sääntelyn tavoitteet ja ratkaistavat ongelmat .....	328
4.2	Sääntelyn selkeys ja yhdenmukaisuus päätelaitteiden tietojen suojaamisessa.....	330

4.3 Huomioita päätelaitteiden tietojen suojaamista koskevan sääntelyn selkeyden ja yhdenmukaisuuden toteutumisesta ja edistämisestä .....	332
5 LOPPUTULOKSET .....	335
LÄHTEET.....	339
OIKEUSTAPAUKSET.....	343
ABSTRACT .....	344

---

# Lainsäädännön ja lainsäätämisen haasteet digitalisoituvassa Euroopan unionissa – tapaustutkimus ePrivacy-asetuksen valmistelusta

## 1 JOHDANTO, MENETELMÄT JA LÄHTÖKOHDAT

### 1.1 Johdanto

Tässä artikkelissa tarkastellaan digitalisaatioon liittyvän lainsäädännön ja lainsäätämisen haasteita tapaustutkimuksen muodossa. Tutkimuksen kohteeksi on valittu ePrivacy-asetuksen valmistelu Euroopan unionissa, sillä se on havainnollistanut useita haasteita unionin lainsäädännön valmistelussa ja sääntelyn laadussa. Tässä artikkelissa asetusehdotuksen valmistelua ja käsittelyä arvioidaan unionin niin sanotun Paremmän sääntelyn (Better Regulation) kriteerien avulla.<sup>1</sup>

Euroopan komissio antoi ehdotuksen ePrivacy-asetukseksi vuonna 2017 osana komission Digitaalisten sisämarkkinoiden strategiaa, joka oli yksi komission silloisen puheenjohtajan Junckerin kauden (2014–2019) strategisista tavoitteista.<sup>2</sup> ePrivacy-sääntely koskee sähköisen viestinnän tietosuojaa, ja sen tarkoituksena on korvata ePrivacy-direktiivi<sup>3</sup> päivitetyllä asetuksella. Komissio ehdotuksen mukaan sähköisen viestinnän tietosuojan

---

<sup>1</sup> Better Regulation eli Parempi sääntely kuvataan tarkemmin kappaleissa 1.2 ja 2.1.

<sup>2</sup> Strategian tavoitteena oli se, että kuluttajat voivat käyttää digitaalisia palveluja laitteillaan missä päin Eurooppaa tahansa, sekä se, että Euroopassa olisi yhtäläiset toimintaolosuhteet kaikille digitaalisia palveluja tarjoaville yrityksille, jotka tarjoavat tuotteitaan tai palvelujaan Euroopan unionissa. Ks. Komission tiedonanto Euroopan parlamentille, neuvostolle, Euroopan talous- ja sosiaalikomitealle ja alueiden komitealle: Digitaalisten sisämarkkinoiden strategia Euroopalle, COM(2015) 192 final.

<sup>3</sup> Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2002/58/EY henkilötietojen käsittelystä ja yksityisyyden suojasta sähköisen viestinnän alalla (sähköisen viestinnän tietosuojadirektiivi), annettu 12.7.2002 (jäljempänä ePrivacy-direktiivi).

sääntelyä päivitettäisiin teknisen kehityksen edellyttämälle tasolle ja sääntely linjattaisiin tietosuoja ja sähköistä viestintää koskevan olemassa olevan sääntelyn mukaiseksi.<sup>4</sup> Vielä viisi vuotta komission ehdotuksen antamisen jälkeen ehdotuksen käsittely on kuitenkin edelleen (helmikuussa 2022) kesken. Voimassa oleva ePrivacy-direktiivi on annettu vuonna 2002 eli 20 vuotta sitten ja sitä on muutettu vuosina 2006 ja 2009.<sup>5</sup>

Nopeasti kehittyvän sähköisen viestinnän palvelujen ja markkinoiden alueella ePrivacy-direktiivin sääntely ei ole enää ajan tasalla. Direktiivi ei ole linjassa muiden, sittemmin päivitettyjen sähköisen viestinnän ja tietosuojan sääntelykehysten kanssa, se ei turvaa riittävästi loppukäyttäjien uusia palveluja koskevia oikeuksia, ja se asettaa alan toimijoita erilaiseen asemaan toisiinsa nähden.<sup>6</sup> Yksi ePrivacy-ehdotuksen merkittävimmistä tavoitteista onkin sähköisen viestinnän tietosuoja-sääntelyn linjaaminen EU:n yleisen tietosuoja-asetuksen (GDPR)<sup>7</sup> kanssa siten, että ePrivacy-asetus täsmentäisi ja täydentäisi GDPR:n sääntelyä. Lisäksi ehdotuksen tavoitteena on yhdenmukaistaa sähköisen viestinnän tietosuojan sääntely muun sähköisen viestinnän sääntelyn kanssa.<sup>8</sup> ePrivacy-ehdotus sisältää säännöksiä muun muassa viestinnän tietojen luottamuksellisuudesta, päätelaitteiden tietojen suojaamisesta ja sähköisestä suoramarkkinoinnista.

ePrivacy-asetusta koskevat neuvottelut jatkuvat niin sanotuissa trilogi-neuvotteluissa (helmikuussa 2022). Trilogineuvotteluissa Euroopan parlamentti ja neuvosto pyrkivät löytämään yhteisymmärryksen säädöksen sisällöstä kolmikantaneuvotteluissa, joihin osallistuu lainsäätäjien lisäksi komissio. ePrivacy-ehdotuksen käsittely unionin toimielimissä on ollut hyvin vaiheikasta ja kestänyt jopa eurooppalaisilla standardeilla poikkeuksellisen pitkään, mikä havainnollistaa useita unionin lainvalmistelun laatuun sekä sen parantamiseen liittyviä mielenkiintoisia piirteitä ja kehityskohteita.

---

<sup>4</sup> Ehdotus Euroopan parlamentin ja neuvoston asetukseksi yksityiselämän kunnioittamisesta ja henkilötietojen suojasta sähköisessä viestinnässä ja direktiivin 2002/58/EY kumoamisesta (sähköisen viestinnän tietosuoja-asetus), COM(2017) 10 final, 2017/0003 (COD), 10.1.2017 (jäljempänä ePrivacy-ehdotus).

<sup>5</sup> Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiiviä 2002/58/EY on muutettu Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivillä 2006/24/EY, annettu 15.3.2006, ja Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivillä 2009/136/EY, annettu 25.11.2009.

<sup>6</sup> Commission Staff Working Document, Executive Summary of the Ex-post REFIT evaluation of the ePrivacy Directive, SWD(2017) 6 final, 10.1.2017, s. 2–3.

<sup>7</sup> Euroopan parlamentin ja neuvoston asetukset (EU) 2016/679 luonnollisten henkilöiden suojelusta henkilötietojen käsittelyssä sekä näiden tietojen vapaasta liikkuvuudesta ja direktiivin 95/46/EY kumoamisesta (yleinen tietosuoja-asetus), annettu 27.4.2016, jäljempänä GDPR.

<sup>8</sup> ePrivacy-ehdotus, s. 2–4.



Johdannon jälkeen artikkelin analyysiosuus jakautuu kolmeen osaan, joista ensimmäisessä tarkastellaan sääntelyn laadun parantamista unionissa ja Paremmän sääntelyn laatukriteereitä. Tässä osassa eritellään ePrivacy-hankkeen kannalta keskeiset laatukriteerit. Kahdessa jälkimmäisessä analyysiluvussa tarkastellaan sääntelyn suhteellisuuden toteutumista ja edistämistä sääntelyn soveltamisalan ja käsittelyperusteiden määrittelyssä sekä sääntelyn selkeyteen ja yhdenmukaisuuteen liittyviä seikkoja pääte-laitteiden tietojen suojaamista koskevassa sääntelyssä. Analyysiosuuden jälkeen keskeiset johtopäätökset ja lopputulokset esitetään viimeisessä luvussa.

## 1.2 Tutkimuskysymykset, menetelmät, aineisto ja aikaisempi tutkimus

Tässä artikkelissa lainsäädännön ja lainsäätämisen laatua tarkastellaan tapaustutkimuksen muodossa. Artikkelissa tarkastellaan keskeisten Euroopan unionin digitalisaatioon liittyviin lainsäädäntöhankkeisiin soveltuvien laatukriteerien toteutumista, ePrivacy-ehdotuksen käsittelyn keskeisiä haasteita ja keinoja kohentaa ePrivacy-asetuksen valmistelun lopputulok-sena syntyvän säädöksen laatua parantamalla lainsäädäntöprosessin laatua. Artikkelissa tarkastelu keskittyy lainsäätämisen prosessin tarkasteluun siitä näkökulmasta, miten olemassa olevia Paremmän sääntelyn laatukriteereitä voitaisiin hyödyntää lainsäädännön ja lainsäätämisen laadun parantamisessa ja miten havaittuja laadun puutteita voitaisiin tai olisi voitu korjata. Sen sijaan tämä artikkeli ei tarkastele sitä tai esitä vastauksia siihen, millaisiin lopputuloksiin lainsäätäjien tulisi päätyä sääntelyn aineellisten yksityis-kohtien osalta.

ePrivacy-asetusta koskevaa lainsäädäntöhanketta tarkastellaan unionin Paremmän sääntelyn kehysten<sup>9</sup> mukaisten laatukriteerien näkökulmasta. Parempi sääntely voidaan ymmärtää suppeassa tai laajassa merkityksessä. Suppeassa merkityksessä Paremmän sääntelyn voidaan ymmärtää käsittä-vän ainoastaan komission Paremmän sääntelyn materiaalit. Tässä artikke-lissa omaksuttu lähtökohta perustuu Paremmän sääntelyn laajaan merki-tykseen, mikä tarkoittaa sitä, että tässä artikkelissa Parempaa sääntelyä tarkastellaan laajasti kattaen kaikkien unionin kolmen toimielimen (komis-

<sup>9</sup> Paremmän sääntelyn kehys on tässä artikkelissa käytetty kokoava ilmaus. Paremmän sääntelyn kokonaisuudelle ei ole yksiselitteistä, vakiintunutta terminologiaa. Tämä kokonaisuus kuvataan tarkemmin jäljempänä luvussa 2.1.

sion, Euroopan parlamentin ja neuvoston) tekemiä keskeisiä sitoumuksia ja niiden asettamia instrumentteja lainsäädännön ja sääntelyn laadun parantamiseksi. Tämän lähestymistavan mukaan tärkeimmät lähteet Paremman sääntelyn määrittelyssä ovat komission Better Regulation Agenda (erityisesti siihen sisältyvät suuntaviivat ja työkalut) ja toimielinten väliset sopimukset lainsäädännön parantamisesta, joista keskeisin on vuoden 2016 sopimus paremmasta lainsäädännöstä.<sup>10</sup> Näiden lähteiden mukaan parempaan sääntelyyn sisältyy kolme pääasiallista instrumenttia, joiden avulla lainsäädännön laatua pyritään parantamaan: julkiset kuulemiset, *ex ante*-vaikutustenarvioinnit ja *ex post*-jälkiarviointi.<sup>11</sup>

Paremman sääntelyn kehykseen kuuluvat keskeiset laatukriteerit on jaoteltu tämän artikkelin menetelmien ja lähtökohtien mukaisesti sisällöllisiin (kuten toissijaisuus- ja suhteellisuusperiaatteiden toteutuminen, lainsäädännön selkeys, yhdenmukaisuus ja ymmärrettävyys) ja prosessuaalisiin (kuten lainsäätämisen avoimuus, tehokkuus ja eri toimijoiden osallistaminen) laatukriteereihin. Kriteerit ja niiden jaottelu on kuvattu tarkemmin luvussa 2.3. Artikkelissa tarkastellaan kriteeristöä, sen historiaa ja kehittymistä sekä kriteerien välistä dynamiikkaa. Tarkastelu on toteutettu ePrivacy-hanketta koskevana tapaustutkimuksena siten, että tarkastelun kohteena olevan ePrivacy-hankkeen kannalta relevantteja laatukriteerejä ja niiden soveltamista arvioidaan ja systematisoidaan. Artikkelissa tarkastellaan niitä Paremman sääntelyn kriteereihin liittyviä aihekokonaisuuksia, jotka unionin toimielimet ovat nostaneet erityisen tarkastelun kohteeksi ePrivacy-hankkeen lainvalmisteluaineiston perusteella.

ePrivacy-hankkeen lainvalmistelumateriaalien perusteella hankkeen kannalta keskeisiksi laatukriteereiksi nousevat sääntelyn suhteellisuus eli suhteellisuusperiaatteen toteutuminen, lainsäädännön sisällöllinen selkeys ja ymmärrettävyys sekä yhdenmukaisuus olemassa olevaan lainsäädäntöön ja muihin politiikkoihin nähden. Artikkelissa tarkastellaan erityisesti sitä, miten näitä laatukriteereitä on sovellettu ja toteutettu lainsäätämisprosessissa ja miten näiden laatukriteereiden toteutumista voitaisiin edistää. Lisäksi artikkelissa esitetään huomioita prosessuaalisten laatukriteereiden toteutumisesta, erityisesti tehokkuudesta ja läpinäkyvyydestä. Nämä kriteerit eivät ole tarkastelun keskiössä, sillä niiden syvälinen tarkastelu edellyttäisi muiden kuin tässä artikkelissa hyödynnettyjen menetelmien ja ai-

<sup>10</sup> Tässä viitataan erityisesti seuraaviin asiakirjoihin: Better Regulation Agenda 2015 ja Toimielinten välinen sopimus paremmasta lainsäädännöstä 2016 ja Toimielinten välinen sopimus lainsäädännön valmistelun laatua koskevista yhteisistä suuntaviivoista 1999.

<sup>11</sup> Ks. Alemanno 2015, s. 348 ja OECD, Better Regulation Practices across the European Union, 19.3.2019, OECD Publishing 2019, s. 20–21.

neistojen käyttämistä.<sup>12</sup> Tätä artikkelia varten keskeiset laatukriteerit on jaoteltu kahteen kokonaisuuteen siten, että suhteellisuusperiaatteen toteuttamista tarkastellaan omassa jaksossaan. Selkeyden, ymmärrettävyyden ja yhdenmukaisuuden edistämistä tarkastellaan samassa jaksossa, sillä nämä kolme kriteeriä ovat läheisesti toisiinsa sidonnaisia jäljempänä kuvatulla tavalla.

Suhteellisuusperiaatteen merkitys korostuu ePrivacy-asetusta koskevassa lainsäädäntöhankkeessa erityisesti siksi, että siinä pyritään ratkomaan yksityisyyden suojaan, tietosuojaan ja viestinnän luottamuksellisuuteen liittyviä ongelmia sääntelemällä viestintäteknologioiden hyödyntämistä ja sähköiseen viestintään liittyvien tietojen käsittelyä. Tällainen sääntely vaikuttaa käyttäjien yksityisyyden toteutumiseen ja toisaalta myös yritysten mahdollisuuksiin hyödyntää olemassa olevaa teknologiaa ja innovoida uudenlaisia palveluja. Lainvalmistelumateriaalien perusteella on tullut esille, että vaikka sääntelyn suhteellisuuden toteutumiseen on kiinnitetty huomiota prosessin jokaisessa vaiheessa, sen toteutumisessa on havaittu useita ongelmia sääntelyn soveltamisalan määrittelyssä ja soveltamisalan sisällä sähköisen viestinnän tietojen sallitun käsittelemisen määrittelemisessä. Lisäksi todettakoon, että suhteellisuusperiaatteen toteutumiseen on syytä kiinnittää erityistä huomiota myös siitä syystä, että sen toteutumisessa on havaittu ongelmia unionissa yleisellä tasolla.<sup>13</sup>

Suhteellisuuden lisäksi tässä artikkelissa tarkastellaan erityisesti lainsäädännön selkeyden, ymmärrettävyyden ja yhdenmukaisuuden laatukriteerien toteutumista ePrivacy-asetuksen valmistelussa. Yksi ePrivacy-lainsäädännön uudistamisen lähtökohdista on alun perin ollut se, että erityisesti päätelaitteiden suojaamista ja evästeiden käyttöä koskeva sääntely on vaikeasti ymmärrettävää ja siten luonut tarpeettomia rasitteita yrityksille ja kuluttajille.<sup>14</sup>

Edellä kuvattujen kokonaisuuksien lisäksi artikkelissa tunnistetaan ja tarkastellaan digitalisaatioon liittyvän lainsäädännön laadun erityispiirteitä ja tavoitteita. Paremman sääntelyn kriteeristöön sisältyy erityisiä ohjeita ja periaatteita, jotka soveltuvat digitalisaatioon ja teknologioihin liittyvään sääntelyyn ja sen valmisteluun. Nämä periaatteet vaikuttavat osaltaan esi-

<sup>12</sup> Esimerkiksi läpinäkyvyyden ja lobbaamisen tutkimus on vaikea toteuttaa ilman empiiristä, haastatteluihin pohjautuvaa tutkimusaineistoa.

<sup>13</sup> Ks. Garben 2018, s. 226–227; Komission lehdistötiedote, Sääntelyn parantaminen: Komissio haluaa vahvistaa toisijaisuus- ja suhteellisuusperiaatetta EU:n päätöksenteossa, 23.10.2018.

<sup>14</sup> Ks. ePrivacy-ehdotus, s. 6.

merkiksi sääntelyn suhteellisuuteen ja ymmärrettävyyteen, joten on mielekästä tarkastella laatukriteerien toteutumista tällaisten seikkojen valossa.

Näiden seikkojen ulkopuolella on tunnistettavissa useita muita lainsäädännön laatuun vaikuttavia kokonaisuuksia, jotka eivät ole tarkastelun keskiössä tässä artikkelissa. ePrivacy-hankkeeseen liittyy mielenkiintoisia kysymyksiä toissijaisuusperiaatteen soveltamisesta sähköisen viestinnän tietojen säilyttämistä viranomaisia varten koskevassa sääntelyssä (data retention) ja sitä koskevan oikeuskäytännön kehityksen vaikutusta ePrivacy-hankkeeseen. Tämä kokonaisuus on rajattu pois tästä artikkelista, sillä se edellyttää lainsäätäjän ja EU-tuomioistuimen välisten suhteiden tarkastelua sekä jäsenvaltioiden poliittisen päätöksenteon ja sääntelyn aineellisten kysymysten perusteellista arviointia, ja se jää siten tämän artikkelin rajauksen ulkopuolelle.

Artikkelissa omaksuttu lähestymistapa on sääntelyteoreettinen sen normatiivisessa ja positiivisessa merkityksessä. Normatiivisessa sääntelyteoriassa on pidetty lähtökohtana sääntelystandardien eli -kriteereiden esittämistä, sillä ne tarjoavat ”mittatikkuja” ohjauskeinojen tarkoituksenmukaisuuden analysointiin. Positiiviseksi sääntelyteoriaksi kutsutaan ulottuvuutta, jossa analysoidaan lainsäätäjän valintaan tosiasiallisesti vaikuttavia tekijöitä.<sup>15</sup> Tässä artikkelissa arviointi on rajattu Paremmman sääntelyn laatu-kriteereihin ja tarkastelussa on otettu huomioon se lähtöoletama, että lainsäätäjä ei toimi aina neutraalina yleisen edun edistäjänä. Artikkelissa pyritään tarkastelemaan, millaiset normatiiviset seikat ohjaavat lainsäätämistä unionissa ja millaiset seikat tulisi ottaa huomioon, jotta lainsäädäntöprosessien tuloksena syntyvä lainsäädäntö olisi laadukasta unionin Paremmman sääntelyn kriteerien perusteella. ePrivacy-lainsäädäntöhanketta ja Paremmman sääntelyn kehystä tarkastellaan kriittisestä näkökulmasta sen arvioimiseksi, ovatko olemassa olevat laatukriteerit ja niitä koskevat instrumentit tehokkaita ja vaikuttavia lainsäädännön laadun edistämiseksi digitalisaatioon liittyvässä sääntelyhankkeessa.

Aineistona hankkeen arvioinnissa on käytetty pääasiassa unionin toimielinten julkisia valmisteluasiakirjoja eli komission ePrivacy-ehdotusta liitteineen, Euroopan parlamentin valiokuntien mietintöjä ja mietintöluonnoksia sekä neuvoston puheenjohtajan raportteja ja muita asiakirjoja. Tarkastellut valmisteluasiakirjat ovat avoimesti saatavilla verkossa toimielinten ylläpitämien tietokantojen kautta. Lisäksi tausta-aineistona on käytetty muita unionin virallislähteitä, kuten toimielinten tarkasteluraportteja ja tiedonantaja sekä erilaisten toimijoiden julkaisemia hankkeen käsittelyyn

---

<sup>15</sup> Ks. Määttä 2002, s. 133–135.

liittyviä tutkimuksia, tiedotteita ja uutisia. Aineisto koostuu pääasiassa poliittiseen päätöksentekoon ja lainvalmisteluun liittyvistä unionin asiakirjoista, ja artikkelissa käsitellään unionin toimielinten päätöksentekoon liittyviä seikkoja siten, että lähestymistapa on oikeustieteellinen. Tämä on toteutettu analysoimalla ja systematisoimalla lainsäädännön ja lainsäätämisen laadun määrittelyä ja laatukriteereitä Euroopan unionin oikeusjärjestelmän lähtökohdista. Toimielinten menettelyä ja päätöksentekoa arvioidaan unionin oikeuslähteiden (erityisesti soft law -lähteiden) ja niiden tulkinnan valossa.

ePrivacy-direktiivin ja valmisteltavan ePrivacy-asetuksen sääntelyyn liittyvää aineellista oikeutta on tutkittu viime vuosina jonkin verran. Aikaisemmissa sähköisen viestinnän tietosuojaan liittyvissä tutkimuksissa käsitellään pääasiassa yksittäisiä aineellisia kysymyksiä, kuten evästeiden käyttöön liittyvää sääntelyä tai data retention -toimenpiteitä.<sup>16</sup> Myös yleistä unionin lainsäädännön laatuun liittyvää tutkimusta on saatavilla. Unionin Paremmän sääntelyn kehystä ovat tutkineet esimerkiksi *Alemanno*, *Radaelli* ja *Garben*, joiden tutkimusten tuloksia tarkastellaan myös tässä artikkelissa.<sup>17</sup> Lisäksi lainsäädännön laatua on tutkittu teoreettisista lähtökohdista ja lainsäädännön rationaalisuutta esimerkiksi *Wintgensin* Legispudence-teorian näkökulmista sekä lainsäädäntöteoreettisesta näkökulmasta.<sup>18</sup> Tämän artikkelin kannalta relevantti tutkimus on pääasiassa kansainvälistä, sillä artikkeli ja käytetty aineisto keskittyvät lainsäätämiseen ja lainvalmisteluun unionin tasolla. Näin ollen esimerkiksi unionin lainsäädäntöhankkeisiin liittyviin kansallisiin lainsäätämisprosesseihin keskittyvät aineistot jäävät tarkastelun ulkopuolelle. ePrivacy-hankkeella on kuitenkin merkittäviä vaikutuksia useille suomalaisille yrityksille, joista erityisesti sähköisen viestinnän toimijoille, ja kaikille sähköisten viestintäpalvelujen käyttäjille eli käytännössä lähes kaikille ihmisille. Lisäksi unionin lainsäädännön laatuun liittyvien seikkojen tarkastelu on merkityksellistä kaikille tahoille, jotka osallistuvat lainsäädäntöprosesseihin Suomessa. Näiden seikkojen vuoksi tämän artikkelin aihekokonaisuus on arvioitu kiinnostavaksi myös kotimaiselle yleisölle.

Tässä artikkelissa käytetty tapaustutkimusmenetelmä poikkeaa olemassa olevasta tutkimuksesta ja tuo siten uusia näkökulmia. Artikkelin nostaa

<sup>16</sup> Evästesääntelystä on kirjoittanut esimerkiksi Cormack (2017) ja data retentionista esimerkiksi Docksey (2019) ja Rojszczak (2021).

<sup>17</sup> Parempaan sääntelyyn liittyvästä tutkimuksesta ks. esim. Alemanno 2015; Garben 2018 ja Radaelli 2018.

<sup>18</sup> Ks. esim. Wintgens 2013; Wintgens 2016; Määttä 2002 ja lainsäädäntöteorian keskeisiä kirjoituksia kokoava teos Ogus 2001.

esille huomioita lainsäädännön laadun parantamisesta ja määrittelystä erityisesti sähköisen viestinnän ja muiden teknologiaintensiivisten ja digitalisaatioon liittyvien alojen näkökulmasta. Näillä huomioilla pyritään osallistumaan keskusteluun lainsäädännön laadun edistämisestä myös laajemmassa kontekstissa. Koska kyseessä on tapaustutkimus, on artikkelin lopputuloksia ja löydöksiä kuitenkin tarkasteltava tästä lähtökohdasta välttäen liiallista yleistämistä.

### 1.3 Lähtökohdat – ePrivacy-asetuksen käsittely ja lainsäätämismenetti

ePrivacy-ehdotuksen käsittely tapahtuu tavallisessa lainsäätämismenettelyssä<sup>19</sup> ja on tätä artikkelia kirjoitettaessa (helmikuu 2022) kesken. Helmikuun 2022 lopussa ehdotuksen käsittely on kestänyt yli viisi vuotta. Euroopan parlamentin tilastojen mukaan tavallisessa lainsäätämismenettelyssä hyväksytyjen sääntelyhankkeiden kesto vuosina 2014–2019 on ollut noin 18 kuukautta ensimmäisessä käsittelyssä hyväksytyjen ehdotusten osalta ja 40 kuukautta toisessa käsittelyssä hyväksytyjen ehdotusten osalta.<sup>20</sup> Tämän perusteella voidaan todeta, että ePrivacy-ehdotuksen käsittely on kestänyt poikkeuksellisen pitkään.

Tavallisen lainsäätämismenettelyn mukaisesti komissio antoi ehdotuksensa ePrivacy-asetukseksi Euroopan parlamentille ja Euroopan unionin neuvostolle tammikuussa 2017. Komissio toteutti julkisen kuulemisen 12.4.–5.7.2016 eli noin puoli vuotta ennen ePrivacy-ehdotuksen antamista. Ennen ehdotuksen antamista komission sääntelytarkastelulautakunta (Regulatory Scrutiny Board) antoi ePrivacy-ehdotuksen vaikutusarvioinnista lausunnon, joka oli positiivinen mutta joka sisälsi huomioita ehdotuksen laadun parantamiseksi.<sup>21</sup> Lisäksi ePrivacy-sääntelystä on tehty *ex post* REFIT -arviointi eli ePrivacy-direktiivin sääntelyn jälkiarviointi, jonka lopputuloksena esitettiin, että ePrivacy-sääntelylle on edelleen tarvetta, mutta muun muassa soveltamisalaa, evätesääntelyä ja kansallista liikkuvaraa tulisi tarkastella ja päivittää.<sup>22</sup>

<sup>19</sup> Tavallisesta lainsäätämismenettelystä säädetään SEUT 294 artiklassa.

<sup>20</sup> Ks. parlamentin infisivu: [https://www.europarl.europa.eu/infographic/legislative-procedure/index\\_en.html](https://www.europarl.europa.eu/infographic/legislative-procedure/index_en.html), haettu syyskuussa 2021.

<sup>21</sup> Ks. komission sääntelytarkastelulautakunnan lausunto asiassa SEC(2017) 42, 28.9.2016.

<sup>22</sup> Ks. Commission Staff Working Document, Ex-post REFIT evaluation of the ePrivacy Directive 2002/58/EC, SWD/2017/05 final, kappale 7. Conclusions – Key Findings.

Euroopan parlamentissa ePrivacy-ehdotus osoitettiin kansalaisvapauksien sekä oikeus- ja sisäasioiden valiokunnalle eli LIBE-valiokunnalle, jonka mietintöluonnos julkaistiin kesäkuussa 2017. LIBE-valiokunnan lisäksi teollisuus-, tutkimus- ja energiavaliokunta (ITRE), sisämarkkina- ja kuluttajansuojavaliokunta (IMCO) sekä oikeudellisten asioiden valiokunta (JURI) antoivat lausuntonsa ehdotukseen. Näiden pohjalta parlamentti teki lokakuussa 2017 tarkistusehdotuksia muun muassa sääntelyn soveltamisalaan, määritelmiin, viestintätietojen käsittelyn edellytyksiin, päätelaitteiden tietojen suojaamisen sääntelyyn, käyttäjän suostumuksen määritelmän yhdenmukaisuuteen GDPR:n kanssa, työntekijöiden päätelaitteiden tietosuojaan sekä käyttäjän seurantaan ja suostumukseen suoramarkkinoinnin edellytyksenä. Lisäksi parlamentti otti kantaa siihen, että viestinnän luottamuksellisuuden rajoittaminen tulisi olla mahdollista vain lailla, perusoikeuksien ydintä kunnioittaen ja oikeassa suhteessa kansallisen turvallisuuden, puolustuksen ja yleisen turvallisuuden turvaamiseksi.<sup>23</sup>

Parlamenttiin verrattuna käsittely neuvostossa on ollut huomattavan hidasta. Neuvoston kantojen muodostamisessa ehdotuksen ensimmäisessä käsittelyssä kesti noin neljä vuotta, kunnes lopulta helmikuussa 2021 neuvosto saavutti mandaatin edetä neuvotteluihin parlamentin kanssa (eli trilogeihin). Neuvoston päätöksentekoprosessit ja niihin osallistuvat toimijat ovat monitasoisia. Asioiden käsittelyyn, valmisteluun ja päätöksentekoon osallistuvat jäsenmaiden kansalliset hallinnot, ministerit ja edustustot hierarkkisten elinten kautta. Neuvoston päätösten valmistelu tapahtuu työryhmissä, joihin työryhmän jäsenet tuovat kansallisella tasolla muodostetut jäsenmaiden näkemykset keskusteltavaksi. Jäsenvaltioiden hallitusten pysyvien edustajien komitea Coreper koordinoi jäsenmaiden kantoja ja valmistelee asioita neuvoston päätöksentekoa varten.

ePrivacy-ehdotusta on käsitelty neuvoston televiestintä- ja tietoyhteiskuntatyöryhmässä, joka käsittelee muun muassa Euroopan sähköisen viestinnän sisämarkkinoiden sääntelykehystä ja verkko- ja tietoturvan takaamiseen liittyviä toimenpiteitä.<sup>24</sup> ePrivacy-ehdotuksen käsittelyyn osallistuviin valmisteluelimiin kuuluu liikenne-, televiestintä- ja energianeuvoston lisäksi Coreper I.

Neuvostossa ePrivacy-ehdotusta ehti käsitellä 9 eri puheenjohtajamaata Suomi mukaan lukien ennen neuvoston yhteisymmärryksen saavuttamista

<sup>23</sup> Ks. Euroopan parlamentin mietintöluonnos 20.10.2017 ja mietintöluonnoksen yhteen-veto, 2017/0003(COD), 23/10/2017.

<sup>24</sup> Ks. neuvoston tietosivu ”Televiestintä- ja tietoyhteiskuntatyöryhmä”, <https://www.consilium.europa.eu/fi/council-eu/preparatory-bodies/working-party-telecommunications-information-society/>, haettu syyskuussa 2021.

Portugalin puheenjohtajuuskaudella, jonka jälkeen neuvosto pystyi aloittamaan trilogineuvottelut parlamentin kanssa. Neuvostossa keskustelut kohdistuivat erityisesti sähköisen viestinnän tietojen ja viestinnän metadatan käsittelyperusteisiin, sääntelyn linjaamiseen GDPR:n kanssa, tietojen säilyttämiseen kansallisen turvallisuuden tarkoituksiin (data retention), päätelaitteiden tietojen suojaamiseen ja lasten suojelemiseen hyväksikäytöltä online-ympäristössä.<sup>25</sup>

ePrivacy-ehdotuksen käsittelyyn on vaikuttanut sen aikana kehittynyt oikeuskäytäntö ja muut lainsäädäntöhankkeet. Yksi käsittelyyn vaikuttaneista merkittävistä kokonaisuuksista on data retention -sääntelyyn liittyvä oikeuskäytäntö ja sitä koskeva keskustelu viestinnän luottamuksellisuuden rajoittamisen suhteellisuudesta ja EU:n toimivallasta. Data retention -sääntelyssä on kyse sähköisen viestinnän tietojen säilyttämisestä ja muusta käsittelemisestä rikosten selvittämistä, tutkimista ja syytteenpanoa varten sekä kansallisen turvallisuuden varmistamiseksi. Keskusteluun ovat nousseet erityisesti tuoreen oikeuskäytännön aiheuttamat seuraukset ja se, tulisiko kansallisen data retention -sääntelyn hyväksymisen mahdollisuus sisällyttää ePrivacy-asetukseen.<sup>26</sup> Lisäksi neuvosto on käynyt keskustelua siitä, tulisiko asetukseen ottaa mukaan säännöksiä lasten hyväksikäytön estämisestä online-ympäristössä. Jälkimmäiseksi mainittu sääntely jätettiin pois neuvoston muokausehdotuksista, sillä komissio teki erillisen ehdotuksen lasten suojelua koskevasta sääntelystä.<sup>27</sup>

ePrivacy-ehdotuksen käsittelyn aikana on nähty myös muita käsittelyyn vaikuttaneita tapahtumia ja seikkoja. Julkisesti saatavissa olevien lähteiden mukaan sisämarkkinakomissaari *Thierry Breton* piti joulukuussa 2019 neuvoston työryhmässä puheenvuoron, jossa hän totesi jäsenmaiden näkemysten olevan niin kaukana toisistaan, että seuraava puheenjohtajakausi tulisi aloittaa kokonaan uuden esityksen pohjalta. Bretonin on todettu myöhemmin muuttaneen viestiään siten, että kaikki vaihtoehdot olivat sitenkin avoinna.<sup>28</sup> COVID-19-pandemian seurauksena ePrivacy-ehdotuksen

<sup>25</sup> Ks. Neuvoston puheenjohtajan edistymisraportti 13106/20, s. 3.

<sup>26</sup> Ks. Neuvoston puheenjohtajan raportti 13106/20, kohdat 6, 9 ja 10 ja Neuvoston asiakirja 6087/21, perustelukappale 26 ja 7 artikla.

<sup>27</sup> Ks. Komission ehdotus Euroopan parlamentin ja neuvoston asetukseksi tilapäisestä poikkeuksesta Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2002/58/EY tietyistä säännöksistä siltä osin kuin on kyse teknologioista, joita numeroista riippumattomien henkilöiden välisten viestintäpalvelujen tarjoajat käyttävät henkilötietojen ja muiden tietojen käsittelyyn verkossa tapahtuvan lasten seksuaalisen hyväksikäytön torjumiseksi COM(2020) 568 final, 2020/0259 (COD).

<sup>28</sup> Ks. Euractivin uutinen: Commission to present revamped ePrivacy proposal, 3.12.2019 (päivitetty 9.12.2019) ja E-Commerce European uutinen: Telecommunications Council: Will there be a new ePrivacy Proposal?



käsittely keskeytyi Kroatian puheenjohtajuuskaudella televiestintä- ja tietoyhteiskuntatyöryhmässä.<sup>29</sup> Lisäksi ePrivacy-asetuksen käsittelyyn on kuvattu kohdistuneen merkittävää lobbaamista toimialan taholta. Tällaisen lobbaamisen on kuvattu kohdistuneen erityisesti neuvostoon, jäsenmaihiin ja parlamenttiin.<sup>30</sup>

ePrivacy-lainsäädäntöhankkeen neuvottelut ovat (helmikuussa 2022) trilogivaiheessa, jossa Euroopan parlamentti ja neuvosto yrittävät päästä molempien tahojen puolesta hyväksyttävään neuvottelutulokseen epävirallisten kolmikantaneuvottelujen avulla. Kolmikantaneuvotteluihin osallistuu parlamentin ja neuvoston lisäksi myös komissio. Trilogien tarkoituksena on, että lainsäätäjät pääsevät yhteisymmärrykseen yhteisestä lainsäädäntötekstistä, ja niitä käydään useissa eri lainsäätämisen prosessin vaiheissa. Parlamentin ja neuvoston kannat ePrivacy-ehdotuksesta ovat olleet melko kaukana toisistaan, ja ensimmäinen käsittely on edelleen kesken. Tältä osin on siis vielä avoinna, pääsevätkö lainsäätäjät yhteisymmärrykseen ehdotuksen ensimmäisessä käsittelyssä. Myös muunlaiset lopputulokset eli käsittelyn eteneminen toiseen käsittelyyn tai ehdotuksen raukeaminen ovat vielä mahdollisia tätä artikkelia kirjoitettaessa.

## 2 LAINSÄÄDÄNNÖN LAATUKRITEERIEN MÄÄRITTELY

### 2.1 Parempi sääntely

Tässä artikkelissa lainsäädännön laatua ja laatukriteereitä tarkastellaan Euroopan unionin lähteiden valossa. Lainsäädännön laatukriteereillä tarkoitetaan tässä artikkelissa lainsäädäntöprosessiin ja sen lopputulokseen liittyviä laadullisia kriteerejä. ePrivacy-asetuksen käsittelyssä sovelletaan unionin Paremmän sääntelyn kehyksen (Better Regulation) mukaisia laatukriteerejä. Koska Paremmän sääntelyn politiikkaan sisältyy useita erilaisia instrumentteja ja niihin liittyvä terminologia ei ole selkeästi vakiintunutta, kutsutaan niiden kokonaisuutta tässä artikkelissa ”Paremmaksi sääntelyksi” tai ”Paremmän sääntelyn kehykseksi”.

Paremmän sääntelyn kehyksessä sääntelyn laatukriteerit asetetaan pääasiassa pehmeän oikeuden instrumenteilla. Paremmän sääntelyn kehykses-

<sup>29</sup> Neuvoston puheenjohtajan raportti 13106/20, kohta 5.

<sup>30</sup> Ks. Corporate Europe Observatoryn artikkeli: Shutting down ePrivacy: lobby bandwagon targets Council; EDRin artikkeli: Captured states – e-Privacy Regulation victim of a “lobby onslaught”; IAPP Inside the ePrivacy Regulation’s furious lobbying war.

sä on kyse valikoimasta erilaisia toimenpiteitä lainsäädännön laadun parantamiseksi. Parempi sääntely voidaan ymmärtää joko kokonaisuutena erilaisia komission asettamia tavoitteita, työkaluja ja muita toimenpiteitä, jotka asettuvat Better Regulation Agendaksi nimetyn toimintaohjelman alle, tai laajempaan kokonaisuutena, joka kattaa useita komission, Euroopan parlamentin ja neuvoston toimenpiteitä lainsäädännön laadun edistämiseksi.<sup>31</sup> Parempaan sääntelyyn voidaan katsoa sijoittuvan myös ”Parempaan lainsäädännön” kehyksen (Better Legislation) alle, jonne kuuluu Parempaan sääntelyyn lisäksi hyvä hallinto (Good Governance) ja Parempi lainsäätämisen (Better Law-making).<sup>32</sup>

Tässä artikkelissa Paremmalla sääntelyllä tarkoitetaan lainsäädännön laadun edistämistä sen laajassa merkityksessä, ja se kattaa tässä luvussa kuvatut komission, Euroopan parlamentin ja neuvoston toimenpiteet ja instrumentit lainsäädännön laadun edistämiseksi. Tämän lähestymistavan mukaan tärkeimmät instrumentit Parempaan sääntelyyn määrittelyssä ovat komission Better Regulation Agenda (erityisesti siihen sisältyvät suuntaaviivat ja työkalut) ja toimielinten väliset sopimukset lainsäädännön parantamisesta, joista merkittävin on vuoden 2016 sopimus paremmasta lainsäädännöstä.<sup>33</sup> Parempaan sääntelyyn kehyksen keskeisiä laatuksiteerejä tarkastellaan ja arvioidaan unionin primäärilainsäädännön ja oikeuskäytännön valossa. Tämä perustuu siihen lähtökohtaan, että unionin primäärilainsäädännöllä on staattinen luonne, joka asettaa lähtökohtia ja reunaehtoja lainsäätämisen prosesseille ja lainsäädännön laadun määrittelylle. Unionin primäärilainsäädäntö asettaa muun muassa prosessuaalisia reunaehtoja, joiden päälle Parempaan sääntelyyn kehys asettuu. Parempaa sääntelyä ei siis ole mielekästä arvioida tyhjiössä.

Parempaa sääntelyä on kuvattu luonteeltaan osittain pysyväksi unionin oikeudellisessa ja poliittisessa kentässä sen dynaamisen luonteen vuoksi. Parempaan sääntelyyn kehys ei ole täysin staattinen, vaan sen sisältö on muuttunut ajan myötä.<sup>34</sup> Parempaan sääntelyyn kehystä voidaan arvostella siitä, että käytännössä toimet keskittyvät pitkälti komission asettamiin toi-

<sup>31</sup> Radaellin kuvauksen mukaan komissio on aloitteentekijä parempaan sääntelyyn määrittelyssä, mutta myös Euroopan parlamentti, neuvosto, jäsenmaat, liike-elämän toimijat ja kansainväliset järjestöt ovat muita merkittäviä toimijoita määrittelyssä. Ks. Radaelli 2018, s. 85–88.

<sup>32</sup> Ks. Martínez Inglesias 2018, s. 105.

<sup>33</sup> Tässä viitataan erityisesti seuraaviin asiakirjoihin: Better Regulation Agenda 2015 ja Toimielinten välinen sopimus paremmasta lainsäädännöstä 2016 ja Toimielinten välinen sopimus yhteisön lainsäädännön valmistelun laatua koskevasta yhteisistä suuntaviivoista 1999.

<sup>34</sup> Ks. Garben – Govaere 2018, s. 3–4.

menpiteisiin sen oman toiminnan ohjaamiseksi samalla, kun muiden toimielinten tahoilta Paremmen sääntelyn toimien implementointi on vielä alkutaipaleella.<sup>35</sup> Lisäksi Paremmen sääntelyn kehystä on arvosteltu yhdenmukaisuuden puutteesta muun muassa erilaisten toimien velvoittavuuden osalta ja siitä, että kokonaisuutena se ei todennäköisesti paranna unionin päätöksenteon (policymaking) ennakoitavuutta.<sup>36</sup> Nämä seikat tekevät Paremmasta sääntelystä osittain haastavan perustan lainsäädännön laadun arvioimiselle. Parempi sääntely on kuitenkin relevantti kehys keskustelussa lainsäädännön laadusta, sillä se sisältää määritelmiä ja instrumentteja, jotka vaikuttavat käsitykseen siitä, mitä laadukkaalla lainsäätämällä ja lainsäädännöllä tarkoitetaan unionissa niin tutkimuksen kuin poliittisen päätöksenteon näkökulmasta.

## 2.2 Paremmen sääntelyn historia ja kehitys

Paremmen sääntelyn kokonaisuuden hahmottamiseksi on syytä tarkastella sen historiaa ja kehitystä unionissa. Paremmen sääntelyn ensiesiintymisestä on erilaisia näkemyksiä, mutta on selvää, että sen historia yltää ainakin 1990-luvulle.<sup>37</sup> Euroopan unionin toimielimet eli komissio, Euroopan parlamentti ja neuvosto ovat sitoutuneet useisiin toimielinten välisiin sopimuksiin, joiden avulla toimielimet sopivat yhteistyön järjestämisestä ja yhteisistä periaatteista lainsäädännön laadun edistämiseksi. Näistä sopimuksista vanhin on annettu 1994, ja se koskee säädöstekstien kodifioimista. Vuonna 1998 toimielimet sopivat lainsäädännön valmistelun laatua koskevista yhteisistä suuntaviivoista.<sup>38</sup> Näihin suuntaviivoihin sisältyy muun

<sup>35</sup> Komissio ohjaa omaa toimintaansa paremmen sääntelyn toimintaohjelman ja erityisesti siihen sisältyvien suuntaviivojen avulla. Esimerkkinä toimenpiteiden painottumisesta komission toimintaan voidaan mainita läpinäkyvyys. Paremmen sääntelyn suuntaviivat ohjaavat komissiota toimimaan läpinäkyvästi esimerkiksi ehdotustensa vaikutusarviointien toteuttamisen ja dokumentoinnin kautta. Ks. Paremmen sääntelyn suuntaviivat 2021, s. 34. Toimielinten välinen sopimus ja unionin primäärilainsäädäntö velvoittavat kaikkia toimielimiä läpinäkyvyyteen, mutta esimerkiksi neuvostolla käytännössä olevaa liikkumavaraa läpinäkyvyyden toteuttamisessa on arvioitu liian laajaksi unionin primäärilainsäädännössä asetettuihin tavoitteisiin nähden. Ks. Curtin – Leino 2017, s. 1709.

<sup>36</sup> Alemanno arvostelee homogeneisyyden puutetta paremmen sääntelyn paketin kielen, kohteiden, luonteen (yhdistelmä ei-velvoittavia ja velvoittavia osia) ja taustalla olevien filosofioiden osalta. Ks. Alemanno 2015, s. 355–356.

<sup>37</sup> Vrt. OECD:n mukaan Parempi sääntely sai alkunsa 2000-luvun alussa. Tässä artikkelissa tarkastelussa otetaan huomioon lainsäädännön laadun parantamiseen tähtäviä instrumentteja OECD:n tutkimusta laajemmin.

<sup>38</sup> Toimielinten välisiä sopimuksia ovat Toimielinten välinen sopimus nopeutetusta menetelmästä säädöstekstien viralliseksi kodifioimiseksi, 20.12.1994, C 102, 04/04/1996, s.

muassa kirjaus siitä, että ”yhteisön säädökset on laadittava selkeiksi, yksinkertaisiksi ja täsmällisiksi”.<sup>39</sup> Toimielimet julkaisivat vuonna 2000 ensimmäisen version yhteisestä lainlaatumisen käytännön oppaasta, jossa muun muassa säännösten selkeyteen, täsmällisyyteen ja yksityiskohtaisuuteen liittyviä ohjeita on viety yksityiskohtaisesti käytännön tasolle.<sup>40</sup>

Yksi merkittävä askel lainsäädännön laadun määrittelyssä oli komission valkoinen kirja eurooppalaisesta hallintotavasta vuodelta 2001. Valkoiseen kirjaan kirjattiin tavoitteita muun muassa päätöksenteon, sääntelyn ja toimeenpanon kehittämistä ja lainsäädännön yksinkertaistamisesta. Lisäksi valkoisessa kirjassa komissio käsitteli taustoja, joita vasten eurooppalaisen hallintotavan kehittämiseksi oli tarvetta. Yksi komission esiin nostamista haasteista oli kansalaisten etäännyminen ja vieraantumisen unionista. Vastaukseksi tähän komissio nosti esille tavoitteen lisätä EU:n päätöksentekoprosessin avoimuutta, kehittää sitä osallistavammaksi ja selkeyttää vastuuta. Komission mukaan ”käyttämällä valtaansa paremmin EU tulee lähemmäksi kansalaisiaan ja harjoittaa tehokkaampaa politiikkaa”.<sup>41</sup>

2000-luvun alussa komissio otti käyttöönsä vaikutustenarvioinnit toimenpiteidensä laadun ja yhdenmukaisuuden kehittämiseksi. Jo tuolloin yksi vaikutustenarviointien tavoitteista oli edistää primäärilainsäädännössä (tuolloin Amsterdamin sopimus) vahvistettuja toissijaisuus- ja suhteellisuusperiaatteita. Näistä ajoista lähtien komissio on korostanut vaikutustenarviointien luonnetta työkaluna, joka ei korvaa poliittista harkintaa.<sup>42</sup> Vuonna 2006 komissio totesi vaikutustenarviointien laadussa olevan vaihtelua ja perusti sen vuoksi vaikutustenarviointilautakunnan (Impact Assessment Board) tarjoamaan tukea vaikutustenarvioinneille ja huolehtimaan niiden riittävästä laadusta.<sup>43</sup>

---

2–3; Toimielinten välinen sopimus lainsäädännön valmistelun laatua koskevista yhteisistä suuntaviivoista 1999, s. 1–4; Toimielinten välinen sopimus säädösten uudelleenlaatumistekniikan järjestelmällisestä käytöstä, 28.11.2001, C 077, 28/03/2002, s. 1–3 ja Toimielinten välinen sopimus paremmasta lainsäädännöstä, 13.4.2016, OJ L 123, 12.5.2016, s. 1–14.

<sup>39</sup> Toimielinten välinen sopimus lainsäädännön valmistelun laatua koskevista yhteisistä suuntaviivoista 1999, 1 kohta.

<sup>40</sup> Ks. Joint Practical Guide of the European Parliament, the Council and the Commission for persons involved in the drafting of European Union legislation, Publications Office of the European Union 2015, s. 5.

<sup>41</sup> Ks. Komission valkoinen kirja: Eurooppalainen hallintotapa, COM(2001) 428 final, s. 1–5.

<sup>42</sup> Ks. Communication from the Commission on Impact Assessment, COM(2002) 276 final, s. 1, 9–10 ja vertaa Commission Staff Working Document: Better Regulation Guidelines, SWD(2021) 305 final, s. 30.

<sup>43</sup> Ks. Information note from the President to the Commission Enhancing quality support and control for Commission Impact Assessments, The Impact Assessment Board, SEC(2006) 1457.

Paremmen sääntelyn kehys otti merkittävän askeleen eteenpäin 2010-luvun puolessavälissä, kun komissio antoi vuonna 2015 Paremmen sääntelyn toimintaohjelman, johon sisältyy muun muassa Paremmen sääntelyn suuntaviivat.<sup>44</sup> Sen jälkeen vuonna 2016 toimielimet solmivat toimielinten välisen sopimuksen paremmasta lainsäädännöstä.<sup>45</sup> Myöhemmin komissio on päivittänyt ja kehittänyt Paremmen sääntelyn toimintaohjelmaa. Vuonna 2019 julkaistussa raportissa komissio esitteli Paremmen sääntelyn kehitystarpeita, kuten toimielinten välisen sopimuksen täytäntöönpanon edistämistä.<sup>46</sup> Komissio on päivittänyt Paremmen sääntelyn järjestelmäänsä vuonna 2021, ja suuntaviivojen viimeisin versio on päivätty marraskuulle 2021.<sup>47</sup>

Parempaan sääntelyyn sisältyy kolme pääasiallista instrumenttia, joiden avulla lainsäädännön laatua pyritään parantamaan: julkiset kuulemiset, *ex ante* -vaikutustenarvioinnit ja *ex post* -jälkiarviointi.<sup>48</sup> Nämä kaikki ovat relevantteja myös ePrivacy-hankkeessa, joten niitä tarkastellaan tässä artikkelissa. Tuoreimmissa Paremmen sääntelyn suuntaviivoissa komissio lukee keskeiseen välineistöön myös sääntelyn noudattamisen monitoroinnin työkalut, mutta ne jäävät tämän artikkelin rajauksen ulkopuolelle.

Lainsäädännön laatua tarkastelemaan ja arvioimaan on perustettu komission sääntelyntarkastelulautakunta (Regulatory Scrutiny Board) ja Fit for Future -foorumi. Sääntelyntarkastelulautakunta korvasi edellä mainitun vaikutustenarviointilautakunnan vuonna 2015.<sup>49</sup> Sääntelyntarkastelulautakunta on komission asettama elin, jonka tehtäviin kuuluu muun muassa vaikutustenarviointien ja muiden arviointien laadun tarkastelu. Lisäksi sääntelyntarkastelulautakunta antaa neuvoja komission Paremmen sääntelyn suuntaviivojen soveltamisesta ja tulkinnasta. Sääntelyntarkastelulautakunta

<sup>44</sup> Komission tiedonanto Euroopan parlamentille, neuvostolle, Euroopan talous- ja sosiaalikomitealle ja alueiden komitealle: EU-agenda: Paremmalla sääntelyllä parempiin tuloksiin, COM(2015) 215 final; Commission Staff Working Document, Better Regulation Guidelines, SWD(2015) 111 final.

<sup>45</sup> Toimielinten välinen sopimus paremmasta lainsäädännöstä 2016.

<sup>46</sup> Komission tiedonanto Euroopan parlamentille, neuvostolle, Euroopan talous- ja sosiaalikomitealle ja alueiden komitealle: Parempaa sääntelyä: tilannearvio ja sitoumuksessa pysyminen, COM(2019) 178 final.

<sup>47</sup> Komission tiedonanto Euroopan parlamentille, neuvostolle, Euroopan talous- ja sosiaalikomitealle ja alueiden komitealle: Parempaa sääntelyä: yhteistyöllä parempaa lainsäädäntöä, COM(2021) 219 final; Commission Staff Working Document: Better Regulation Guidelines, SWD(2021) 305 final.

<sup>48</sup> Ks. Alemanno 2015, s. 348; OECD, Better Regulation Practices across the European Union, OECD Publishing 2019, s. 20–21.

<sup>49</sup> Ks. Komission tiedonanto Euroopan parlamentille, neuvostolle, Euroopan talous- ja sosiaalikomitealle ja alueiden komitealle: EU-agenda: Paremmalla sääntelyllä parempiin tuloksiin, COM(2015) 215 final, s. 6.

kuntaan kuuluu seitsemän komission nimittämää jäsentä, joista kolme on komission ulkopuolisia. Kaikki jäsenet ovat sääntelyntarkastelulautakunnan työjärjestyksen mukaan itsenäisiä.<sup>50</sup>

REFIT-foorumi työskenteli komission tukena paremman lainsäädännön tavoittelussa vuosina 2015–2019. REFIT-foorumin kokemusten pohjalta komissio perusti vuonna 2020 uuden Fit for Future -foorumin, jonka tehtäviin kuuluu työskentely komission tukena sääntelyn yksinkertaistamiseksi, sääntelytaakan keventämiseksi ja sen varmistamiseksi, että ”unionin politiikat suuntautuvat tulevaisuuteen ja ovat merkityksellisiä uusien haasteiden kannalta”.<sup>51</sup> Fit for Future -foorumin tehtäviin kuuluu muun muassa pohtia, miten digitalisaation avulla voidaan keventää yrityksille ja kansalaisille aiheutuvia rasitteita, sekä tarkastella nykyistä lainsäädäntöä maailmanlaajuisten kehityssuuntausten ja haasteiden valossa. Foorumin tehtävänä on myös auttaa komissiota varmistamaan, että EU:n toimintapolitiikat ovat tarkoituksenmukaisia myös tulevaisuudessa ja että ne edistävät innovointia.<sup>52</sup>

## 2.3 Keskeiset laatukriteerit

Paremman sääntelyn laatukriteerit eivät näyttäyty yksiselitteisenä ja tyhjentävänä listana lainsäädännön laatua kuvaavia kriteerejä, mutta Paremman sääntelyn kehiksestä voidaan tunnistaa ja systematisoida ne keskeiset laatukriteerit, jotka toimielimet ovat asettaneet ohjaamaan omaa päätöksentekoaan ja lainvalmisteluaan. Tässä artikkelissa tarkastelu on toteutettu vuoden 2022 alussa sovellettavien kriteerien mukaisesti, mutta koska komissio antoi ehdotuksen ePrivacy-asetukseksi jo vuonna 2017, tarkastelemme myös niitä kriteeristöjä, joita sovellettiin ehdotuksen antamisen hetkellä vuonna 2017 ja sen jälkeen valmistelun kuluessa.

Komission Paremman sääntelyn suuntaviivojen mukaan Parempi sääntely on tapa työskennellä, joka mahdollistaa sen, että poliittiset päätökset valmistellaan avoimesti ja läpinäkyvästi, parhaaseen saatavilla olevaan

<sup>50</sup> Rules of Procedure of the Regulatory Scrutiny Board, 15.4.2020, 1 ja 3 artikla; Komission tiedonanto Euroopan parlamentille, neuvostolle, Euroopan talous- ja sosiaalikomitealle ja alueiden komitealle: Parempaa sääntelyä: yhteistyöllä parempaa lainsäädäntöä, COM(2021) 219 final, kohta 6.4 Sääntelyntarkastelulautakunnan vahva asema.

<sup>51</sup> Ks. Komission päätös Fit for Future -foorumin perustamisesta, C(2020) 2977 final, perustelukappaleet 4 ja 8.

<sup>52</sup> Ks. Komission tiedonanto Euroopan parlamentille, neuvostolle, Euroopan talous- ja sosiaalikomitealle ja alueiden komitealle: Parempaa sääntelyä: yhteistyöllä parempaa lainsäädäntöä, COM(2021) 219 final, kohta 5.2 Fit for Future -foorumi.

näyttöön perustuen.<sup>53</sup> Vuoden 2015 suuntaviivojen mukaan unionin toimenpiteiden tulee johtaa yksinkertaiseen, selkeään, vakaaseen ja ennakoitavaan lainsäädännölliseen kehukseen.<sup>54</sup> Komission asettamista lähtökohdista osa perustuu unionin perussopimusten mukaisten lähtökohtien, kuten suhteellisuusperiaatteen, soveltamiseen, ja osa perustuu puhtaasti komission omiin linjauksiin. Vuonna 2021 päivitettyjen suuntaviivojen mukaan keskeisiä periaatteita ja lähestymistapoja ovat kokonaisvaltaisuus (a comprehensive approach), yhdenmukaisuus (a coherent approach), suhteellisuus (a proportionate approach), osallistaminen (a participative approach), näyttöön perustuminen (an evidence-based approach), läpinäkyvyys (transparency) ja kokemuksista oppiminen (learning from experience).

- i. Kokonaisvaltaisuudella komissio tarkoittaa sitä, että Paremmän sääntelyn toimissa tulisi ottaa huomioon kaikki relevantit taloudelliset, sosiaaliset ja ympäristövaikutukset sekä kaikki intressitahot kaikissa päätöksenteon vaiheissa.
- ii. Yhdenmukaisuudella komissio viittaa yhdenmukaisuuteen erilaisien poliittisten tavoitteiden välillä.
- iii. Suhteellisuudella komissio tarkoittaa sitä, että vaikka pyritään kokonaisvaltaisuuteen, lähestymisen tulisi olla oikeassa suhteessa oletettuihin vaikutuksiin ja analyysin tulisi keskittyä sinne, missä sillä on suurin merkitys.
- iv. Osallistamisella komissio tarkoittaa sitä, että kaikkien, joihin unionin lainsäädäntö vaikuttaa, tulisi voida osallistua päätöksentekoon esittämällä näkemyksensä ja relevantit tiedot.
- v. Näyttöön perustumisella komissio tarkoittaa sitä, että päätöksenteon tulee perustua parhaaseen saatavilla olevaan näyttöön, myös tieteelliseen näyttöön.
- vi. Läpinäkyvyyden avulla komissio pyrkii parantamaan lainvalmistelun legitiimiyttä ja vastuullisuutta.

<sup>53</sup> Tämä kuvaus on pysynyt samana vuoden 2015 suuntaviivoista lähtien. Paremmän sääntelyn suuntaviivat 2021, s. 5 ja Paremmän sääntelyn suuntaviivat 2015, s. 5.

<sup>54</sup> Paremmän sääntelyn suuntaviivat 2015, s. 4. Vuoden 2021 suuntaviivoissa viitataan toimielinten välisiin sitoumuksiin siitä, että korkealaatuisen lainsäädännön tulisi olla tehokasta, vaikuttavaa, yksinkertaista ja selkeää. Lisäksi samassa yhteydessä todetaan, että on vältettävä ylisääntelyä ja kohtuutonta haittaa yksilöille, julkisille toimijoille ja yrityksille, erityisesti pienille ja keskisuurille yrityksille. Paremmän sääntelyn suuntaviivat 2021, s. 12.

- vii. Kokemuksesta oppiminen liittyy siihen, että lainsäädäntöä pyritään parantamaan arvioimalla olemassa olevaa lainsäädäntöä.<sup>55</sup>

Toimielinten välisessä sopimuksessa paremmasta lainsäädännöstä (2016) toimielimet ovat sopineet noudattavansa ”unionin oikeuden yleisiä periaatteita, kuten demokraattista legitimitettä, toissijaisuus- ja suhteellisuusperiaatetta sekä oikeusvarmuutta” sekä ”edistävänä yksinkertaisuutta, selkeyttä ja yhdenmukaisuutta unionin lainsäädännön laadinnassa ja pyrkimystä lainsäädäntöprosessin mahdollisimman laajaan avoimuuteen”.<sup>56</sup> Sopimuksen perustelujen mukaan toimielimet tunnustavat vastuunsa korkealaatuisen unionin lainsäädännön tuottamisesta ja sen varmistamisesta, että lainsäädännössä keskitytään aloihin, joilla siitä saadaan eniten lisäarvoa Euroopan kansalaisille, ja että unionin yhteiset poliittiset tavoitteet saavutetaan siinä mahdollisimman tehokkaasti ja tuloksellisesti.<sup>57</sup>

Toimielinten väliset sopimukset (1998 ja 2016) asettavat lainsäädännön ymmärrettävyyden ja selkeyden paremman lainsäädännön keskeisiksi tavoitteiksi. Vuoden 2016 sopimuksen mukaan ”unionin lainsäädännön olisi oltava ymmärrettävää ja selkeää” ja ”kansalaisten, viranomaisten ja yritysten olisi kyettävä vaivattomasti ymmärtämään oikeutensa ja velvollisuutensa sen perusteella”.<sup>58</sup> Toimielinten vuoden 1998 lainsäädännön valmistelun laatua koskevien yhteisten suuntaviivojen mukaan ”säädökset on laadittava selkeiksi, yksinkertaisiksi ja täsmällisiksi” ja ”säädöksiä laadittaessa on erityisesti kiinnitettävä huomiota siihen, keihin säädöstä on tarkoitus soveltaa, niin että heillä olisi mahdollisuus saada yksiselitteinen tieto heidän oikeuksistaan ja velvollisuuksistaan”.<sup>59</sup>

Prosessuaalisten laatukriteerien osalta toimielinten välinen sopimus paremmasta lainsäädännöstä vahvistaa, että toimielimet ovat ”sitoutuneita jatkamaan tavallista lainsäätämisyjärjestystä noudattaen tapahtuvan käsitteilyn parantamista vilpittömän yhteistyön, avoimuuden, vastuuvastuun mukaisesti ja tehokkuuden periaatteiden mukaisesti”.<sup>60</sup>

Yhteenvetona voidaan todeta, että Paremmän sääntelyn kehyksen mukaan keskeisiä kriteerejä ovat tämän artikkelin menetelmien ja lähtökoh-  
tien mukaisesti jaoteltuna seuraavat:

<sup>55</sup> Paremmän sääntelyn suuntaviivat 2021, s. 5–6.

<sup>56</sup> Toimielinten välinen sopimus paremmasta lainsäädännöstä 2016, 2 kohta.

<sup>57</sup> Toimielinten välinen sopimus paremmasta lainsäädännöstä 2016, 2 perustelukappale.

<sup>58</sup> Toimielinten välinen sopimus paremmasta lainsäädännöstä 2016, 3 kohta.

<sup>59</sup> Toimielinten välinen sopimus lainsäädännön valmistelun laatua koskevista yhteisistä suuntaviivoista 1999, 1 ja 3 kohdat.

<sup>60</sup> Toimielinten välinen sopimus paremmasta lainsäädännöstä 2016, 32 kohta.



i. Sisällölliset laatukriteerit:

- a. unionin oikeuden keskeisten periaatteiden toteutuminen: toissijaisuus- ja suhteellisuusperiaatteiden sekä oikeusvarmuuden ja legitiimiyden toteutuminen
- b. selkeys, ymmärrettävyys, yksinkertaisuus, vaikuttavuus ja yhdenmukaisuus<sup>61</sup>.

ii. Prosessuaaliset laadun kriteerit:

- a. valmistelun ja päätöksenteon avoimuus, läpinäkyvyys, vastuuvollisuus ja tehokkuus
- b. yksilöiden, ryhmien, yritysten ja julkisten toimijoiden osallistaminen
- c. päätöksenteon perustuminen näyttöön ja aikaisempaan kokemukseen.

## 2.4 Suhteellisuus laatukriteerinä ja sen edistämisen työkalut

Suhteellisuusperiaatteen mukaisesti unionin toiminnan sisältö ja muoto eivät saa ylittää sitä, mikä on tarpeen perussopimusten tavoitteiden saavuttamiseksi.<sup>62</sup> Suhteellisuusperiaatteen toteutumisen osalta on olemassa työkaluja, joita komissio ja lainsäätäjät *voivat käyttää* lainsäädännön suhteellisuuden arvioinnissa, ja niitä, joita toimielinten *on käytettävä* lainvalmistelussa.

Euroopan unionista annetun sopimuksen pöytäkirjassa (N:o 2) on vahvistettu, että lainsäädäntöehdotukseen on aina liitettävä yksityiskohtainen selvitys toissijaisuus- ja suhteellisuusperiaatteen noudattamisesta, jonka avulla näiden periaatteiden toteutumista voidaan arvioida. Lisäksi edellytetään, että esityksessä lainsäätämisyjärjestyksessä hyväksyttäväksi säädökseksi otetaan huomioon, että ”unionille, jäsenvaltioiden hallituksille, alueellisille tai paikallisille viranomaisille, taloudellisille toimijoille ja kansalaisille aiheutuvan taloudellisen tai hallinnollisen rasituksen olisi pysyttävä mahdollisimman pienenä ja sen olisi oltava suhteutettu saavutettavaan tavoitteeseen”.<sup>63</sup> Paremmän sääntelyn kehykseen sisältyy useita ohjeita

<sup>61</sup> Paremmän sääntelyn kehyksen englanninkielisissä lähteissä käytetään ilmaisua ”coherence”, joka asiayhteydestä riippuen on ollut suomenkielisissä lähteissä ja käännöksissä joko ”yhdenmukaisuus” tai ”johdonmukaisuus”. Tässä artikkelissa käytetään termiä ”yhdenmukaisuus”.

<sup>62</sup> SEU 5(4) artikla.

<sup>63</sup> Ks. Lissabonin sopimuksen pöytäkirja (N:o 2), 5 artikla.

suhteellisuusperiaatteen noudattamisesta, ja komission Paremmän sääntelyn suuntaviivojen mukaan suhteellisuus (a proportionate approach) on yksi Paremmän sääntelyn periaatteista.<sup>64</sup> Oikeuskirjallisuudessa on jopa esitetty, että Paremmän sääntelyn toimintaohjelman voisi kokonaisuudessaan käsittää unionin lainsäädännön suhteellisuuden arvioinniksi.<sup>65</sup>

Paremmän sääntelyn kehys sisältää ohjeita ja instrumentteja sääntelyn suhteellisuuden arviointiin. Silloin, kun on kyse olemassa olevan sääntelyn uudistamisesta tai tarkastelusta, olemassa olevan sääntelyn suhteellisuutta voidaan arvioida Paremmän sääntelyn suuntaviivojen mukaisin *ex post*-jälkiarviointien (evaluations) ja laajempien fitness check -arviointien avulla.<sup>66</sup> ePrivacy-ehdotuksesta on toteutettu REFIT-arviointi, joka oli edellä mainitun fitness check -arvioinnin edeltäjä.<sup>67</sup> Paremmän sääntelyn järjestelmässä komission tekemällä vaikutustenarvioinnilla on merkitys suhteellisuusperiaatteen toteutumisessa. Alkuperäisten vuonna 2015 annettujen Paremmän sääntelyn suuntaviivojen mukaan vaikutusarviointi toimii työkaluna suhteellisuusperiaatteen noudattamisen verifioimisessa.<sup>68</sup> Vaikutustenarvioinnissa komission tulee vertailla erilaisia sääntelyvaihtoehtoja suhteellisuuden näkökulmasta ottaen huomioon vaihtoehtojen vaikuttavuuden, tehokkuuden ja yhdenmukaisuuden.<sup>69</sup>

Suuntaviivoja täydentäviin työkaluihin (Better Regulation Toolbox) sisältyy tarkentavia ohjeita siitä, miten komission tulisi arvioida sääntelyn vaikutuksia tutkimukseen ja innovointiin. Tässä yhteydessä on syytä huomioda, että ePrivacy-ehdotus on annettu alkuperäisten vuoden 2015 työkalujen voimassa ollessa, eli komission ohjaus on tuolloin poikennut jonkin verran päivitetystä Paremmän sääntelyn ohjeista. Kuitenkin jo vuoden 2015 Paremmän sääntelyn työkaluista löytyy ohjeita innovaatioihin ja tutkimukseen kohdistuvien vaikutusten arvioimisesta. Tutkimusta ja innovointia koskevan työkalun avulla komissio pyrkii selvittämään, miten arviointiva ehdotus vaikuttaa innovointiin ja tutkimukseen sekä miten sääntelyn negatiivisia vaikutuksia voidaan vähentää.<sup>70</sup> Vuoden 2021 Paremmän sään-

<sup>64</sup> Paremmän sääntelyn suuntaviivat 2021, s. 5–6.

<sup>65</sup> Ks. Garben – Govaere 2018, s. 5.

<sup>66</sup> Ks. Paremmän sääntelyn suuntaviivat 2021, s. 9–10.

<sup>67</sup> Ks. Commission Staff Working Document, Ex-post REFIT evaluation of the ePrivacy Directive 2002/58/EC, SWD(2017) 5 final.

<sup>68</sup> Paremmän sääntelyn suuntaviivat 2015, s. 19.

<sup>69</sup> Ks. Paremmän sääntelyn suuntaviivat 2021, s. 31–32.

<sup>70</sup> Vuonna 2015 annettuihin työkaluihin verrattuna vuoden 2021 työkalut antavat huomattavasti yksityiskohtaisempia ohjeita tutkimukseen ja innovointiin kohdistuvien vaikutusten arviointiin. Ks. Better Regulation Toolbox, November 2021 edition, s. 170–176 (Tool #22: Research and Innovation) ja Better Regulation Toolbox 2015, s. 122–127 (Tool #18: Impacts on research & innovation).

telyn työkaluihin sisältyy muun muassa ohjeita sen arviointiin, miten sääntely vaikuttaa innovaatioiden käyttöönottoon tai niiden tuomiseen markkinoille.<sup>71</sup>

Unionin tuomioistuimen ratkaisukäytännön mukaan komission tekemä vaikutustenarviointi ei sido Euroopan parlamenttia ja neuvostoa.<sup>72</sup> Toimielinten välisen parempaa lainsäädäntöä koskevan sopimuksen (2016) mukaan vaikutustenarviointeja voivat tehdä myös Euroopan parlamentti ja neuvosto komission ehdotukseen esittämistään olennaisista muutoksista, jos ne katsovat sen lainsäädäntöprosessin kannalta asianmukaiseksi ja tarpeelliseksi. Tällöin komission tekemä vaikutustenarviointi tulisi, pääsääntön mukaan, ottaa vaikutustenarviointien lähtökohdaksi. Toimielinten välinen sopimus jättää kuitenkin paljon liikkumavaraa, sillä parlamentti ja neuvosto määrittelevät itse, mitä olennaisella muutoksella tarkoitetaan.<sup>73</sup> Käytännössä on kuitenkin harvinaista, että parlamentti tai neuvosto hyödyntäisi vaikutustenarviointeja päätöksenteossaan.<sup>74</sup>

## **2.5 Sääntelyn selkeys, ymmärrettävyys, yksinkertaisuus, täsmällisyys ja yhdenmukaisuus laatukriteereinä**

Paremman sääntelyn kehyksessä sääntelyn selkeyden elementtejä ovat sääntelyn ymmärrettävyys, yksinkertaisuus, täsmällisyys ja yhdenmukaisuus. Sääntelyn selkeyden toteuttaminen näyttäytyy eräänlaisena tasapainotteluna yksityiskohtaisuuden ja täsmällisyyden välillä. Komission mukaan sääntelyn yksityiskohtaisuus liittyy siihen, riittääkö periaatteiden ja tavoitteiden asettaminen vai tarvitaanko yksityiskohtaisia teknisiä säännöksiä siitä, miten kyseiset tavoitteet olisi pyrittävä saavuttamaan. Komission mukaan tämä voi puolestaan vaikuttaa kansallisten, alueellisten ja paikallisten viranomaisten harkintavaltaan niiden pannaessa lainsäädäntöä täytäntöön.<sup>75</sup> Komission, parlamentin ja neuvoston yhteinen käytännön opas EU-säännösten luonnostelusta nostaa esille, että yksinkertaisuuden ja täsmällisyyden tavoitteiden saavuttaminen voi aiheuttaa konfliktin. Oppaan mukaan tasapaino näiden tavoitteiden välillä tulisi saavuttaa siten,

<sup>71</sup> Ks. Better Regulation Toolbox 2021, s. 173.

<sup>72</sup> Ks. asia C-343/09, Afton Chemical, 30 ja 57 kohdat. Ks. myös Hyvärinen 2015, s. 75.

<sup>73</sup> Toimielinten välinen sopimus paremmasta lainsäädännöstä 2016, kohta 15. Ks. myös José Martínez Iglesias 2018, s. 109.

<sup>74</sup> Ks. Martínez Iglesias 2018, s. 109.

<sup>75</sup> Komission tiedonanto Euroopan parlamentille, neuvostolle, Euroopan talous- ja sosiaalikomitealle ja alueiden komitealle: Parempaa sääntelyä: yhteistyöllä parempaa lainsäädäntöä, COM(2021) 219 final, alaviite 52.

että säännös on täsmällinen mutta säilyy riittävän helposti ymmärrettävänä. Yksinkertaisuuden osalta opas neuvoo kirjoittamaan artiklat siten, että ne ovat niin yksinkertaisia kuin mahdollista.<sup>76</sup> Paremmen sääntelyn kehyksessä on kuitenkin kiinnitetty huomioita siihen, että yksityiskohtainen sääntely voi aiheuttaa riskejä tulevaisuuden teknologisen innovoinnin kannalta. Paremmen sääntelyn työkalujen mukaan pääsääntö on, että mitä vähemmän ohjaileva ja yksityiskohtainen sääntely on, sitä enemmän se jättää tilaa mahdollisille innovaatioille.<sup>77</sup> Lainsäädännön selkeyden tavoitteet sisältyvät myös teoriaan lainsäädännön rationaalisuudesta. *Atienzan* teorian mukaisesti yksi lainsäädännön rationaalisuuden tasoista on lingvistinen taso eli se, onko säännös kirjoitettu lingvistisesti asianmukaisessa muodossa ja välittykö normatiivinen viesti onnistuneesti sen vastaanottajille.

Selkeyden lisäksi unionin toimielimet ovat sitoutuneet yhdenmukaisuuden edistämiseen unionin lainsäädännön laadinnassa.<sup>78</sup> Paremmen sääntelyn suuntaviivojen yksi pääperiaatteista on ”coherent approach” eli yhdenmukainen lähestymistapa. Paremmen sääntelyn työkaluissa vahvistetaan, että sillä tarkoitetaan yhdenmukaisuutta eri politiikkojen ja instrumenttien välillä.<sup>79</sup> Tässä merkityksessä yhdenmukaisuus liittyy lainsäädännön systemaattisuuteen. *Atienzan* teoriaan lainsäädännön rationaalisuuden tasoista sisältyy systemaattisuuden taso eli se, että säädettävän lainsäädännön tulisi sopia olemassa olevaan oikeusjärjestykseen.<sup>80</sup> *Wintgensin* *Legisprudence*-teorian mukaan yksi neljästä *Legisprudence*-teorian muodostavista periaatteista on ”the principle of coherence” eli yhdenmukaisuuden periaate, jonka mukaan lainsäädännön rationaalisuuteen sisältyy se, että oikeusjärjestelmä on yhdenmukainen kokonaisuus (”to make sense as a whole”).<sup>81</sup>

## 2.6 Lainsäädännön laatukriteerien systematiikka

Lainsäädännön laatukriteereitä voidaan analysoida, kategorisoida ja systematisoida eri tavoin. Paremmen sääntelyn kehyksen dynaamisuuden ja hajanaisuuden vuoksi systematisoinnille on tarvetta erityisesti silloin, kun arvioidaan lainsäädännön laatua oikeustieteellisestä näkökulmasta. Yksi

<sup>76</sup> Joint Practical Guide of the European Parliament, the Council and the Commission for persons involved in the drafting of European Union legislation, Publications Office of the European Union 2015, kohdat 1.4 ja 4.5.

<sup>77</sup> Better Regulation Toolbox 2021, s. 174.

<sup>78</sup> Ks. Toimielinten välinen sopimus 2016, kohta 2.

<sup>79</sup> Better Regulation Toolbox 2021, s. 9.

<sup>80</sup> Ks. *Atienza* 2005, s. 310 ja *Oliver-Lalana* 2013, s. 140.

<sup>81</sup> Ks. *Wintgens* 2016, s. 11, 15–16.

tapa lähestyä kriteereitä on tarkastella niiden sitovuutta ja sijoittumista unionin normihierarkiaan. Esimerkiksi Paremmen sääntelyn suuntaviivat (guidelines) ja työkalut (toolbox) ovat sellaisenaan soft law -lähteitä, jotka eivät ole sitovia<sup>82</sup> ja joita ei säädetä perussopimusten mukaisten lainsäätämismenettelyjen mukaisesti<sup>83</sup>. Paremmen sääntelyn instrumenteilla toteutetaan kuitenkin useita unionin primäärilainsäädännön tavoitteita, kuten suhteellisuusperiaatteen toteutumista ja hallinnon avoimuutta.<sup>84</sup> On olemassa myös soft law -lähteisiin perustuvia kriteerejä, joilla ei ole suoraa yhteyttä primäärilainsäädäntöön. Tällaisia kriteerejä ovat esimerkiksi lainsäädännön selkeyden, yksinkertaisuuden ja täsmällisyyden kriteerit.

Kriteerit voidaan jaotella myös sen mukaan, mitä toimijaa ne velvoittavat tai mille toimijalle ne on suunnattu. Esimerkiksi komission Paremmen sääntelyn suuntaviivat ohjaavat komission omaa toimintaa ja toimielinten väliset sopimukset kohdistuvat kaikkiin kolmeen toimielimeen (komissioon, Euroopan parlamenttiin ja neuvostoon).

Lisäksi lainsäädännön laatukriteereitä voidaan jaotella sisällöllisiin kriteereihin, jotka ilmaisevat, millaista laadukkaan lainsäädännön tulisi olla, sekä prosessikriteereihin, jotka ilmaisevat, miten laadukasta lainsäädäntöä tulisi valmistella ja säätää, kuten edellä luvussa 2.3 on kuvattu. Oikeuskirjallisuudessa paremmalla sääntelyllä on kuvattu olevan kaksi näkökulmaa – päätöksenteon lopputuloksiin liittyvä ideologinen puoli ja prosessuaalinen puoli siitä, millainen lainsäätämisen prosessi tulisi olla.<sup>85</sup> Tähän jaotteluun liittyy myös kategorisointi tavoitteiden perusteella siten, onko pyrkimyksenä parantaa lainsäädäntöprosessin syötteiden (input), prosessin (throughput) vai lopputulosten (output) legitimiyyttä.<sup>86</sup>

Nämä kriteerit ja kategoriat ovat keskenään yhteydessä monella eri tavalla. Esimerkiksi riittävä sidosryhmien osallistaminen, prosessin läpinä-

<sup>82</sup> Soft law -instrumentteihin kuuluu muun muassa unionin toimielinten suositukset ja lausunnot, jotka SEUT 288 artiklan mukaan eivät ole sitovia. Unionin tuomioistuimen ratkaisukäytännön mukaan suosituksilla ei ole sitovia oikeusvaikutuksia ja niillä ei luoda oikeuksia, joihin yksityiset oikeussubjektit voisivat vedota kansallisissa tuomioistuimissa. Ks. C-322/88 Grimaldi v Fonds des Maladies Professionnelles, kohta 16. Ks. myös Senden 2004, s. 45.

<sup>83</sup> Soft law -instrumenttien kirjo unionin oikeudessa on laaja, ja se sisältää myös lainsäädäntöön kuulumattomia ja lainsäädäntöä täydentäviä instrumentteja, jotka eivät ole sitovia mutta joilla on tai voi olla oikeusvaikutuksia. Vaikka soft law’lla ei ole sitovia oikeusvaikutuksia, sillä on kuvattu olevan epäsuoria oikeusvaikutuksia, jotka saavat vaikutuksensa laintulkinnan kautta. Ks. Baldwin 1995, s. 227 ja Senden 2013, s. 62.

<sup>84</sup> Suhteellisuusperiaatteesta säädetään SEU 5(4) artiklassa ja hallinnon avoimuudesta SEUT 298(1) artiklassa.

<sup>85</sup> Ks. Martínez Iglesias 2018, s. 106.

<sup>86</sup> Tästä kolmijaosta ks. Schmidt 2013 ja Alemanno 2015, s. 347–348.

kyvyys ja tehokkuus sekä sääntelyn suhteellisuus ja yhdenmukaisuus ovat sidoksissa toisiinsa. Tätä voidaan havainnollistaa esimerkiksi seuraavien seikkojen avulla: Lainsäätäjät tarvitsee sidosryhmiltä laadukkaita ja kattavia tietoja ja syötteitä, jotta sääntelyn suhteellisuutta on ylipäättään mahdollista arvioida. Toisaalta prosessin tehokkuudella on vaikutusta suhteellisuuden toteutumiseen, sillä tehon prosessi voi johtaa siihen, että tehdyt arvioinnit vanhentuvat ennen aikojaan. Lainsäädäntöä kehitetään jatkuvasti, joten tehon prosessi voi johtaa myös siihen, että sääntelyn yhdenmukaisuutta on vaikea toteuttaa eri poliitikkojen ja säädösten välillä. Tämän vuoksi eri kategorioihin kuuluvia kriteerejä on perusteltua tarkastella yhdessä ja rinnakkain, kuten tässä artikkelissa on tehty.

## 2.7 Digitaalisten palvelujen ja liiketoiminnan sääntelyn erityispiirteet

Tässä artikkelissa tarkastellaan sähköisiin viestintäpalveluihin ja digitalisaatioon liittyvää lainsäädäntöhanketta, joten erityistä huomiota kiinnitetään siihen, miten digitalisaatio ja innovointi tulisi huomioida teknologian hyödyntämistä koskevassa lainsäädännössä ja miten sääntelyn vaikutukset tulisi näissä tapauksissa arvioida.

Unionin toimielinten päätöksissä ja muissa toimenpiteissä on alettu tunnistaa toimintapolitiikojen ja lainsäädännön merkitys innovoinnin ja digitalisaation edistämiseksi erityisesti Junckerin komission kaudesta lähtien.<sup>87</sup> Unionissa on alettu puhua innovaatio-suuntautuneisuudesta (an innovation oriented EU) ja innovaatioperiaatteesta (an innovation principle). Jälkimmäinen on saanut alkunsa toimialan aloitteesta, ja komissio on ottanut sen käyttöön EU:n päätöksentekoa ohjaavaksi lähestymistavaksi vuonna 2016, ja myös neuvosto on tukenut sitä.<sup>88</sup> Innovaatioperiaatteella tarkoitetaan sitä, että aina kun politiikkaa ja lainsäädäntöä tarkistetaan, kehitetään tai

<sup>87</sup> Komissio otti kaudella 2014–2019 käyttöön digitaalisten sisämarkkinoiden strategian. Ks. komission tiedonanto Euroopan parlamentille, neuvostolle, Euroopan talous- ja sosiaaliskomitealle ja alueiden komitealle: Digitaalisten sisämarkkinoiden strategia Euroopalle, COM(2015) 192 final, 6.5.2015. Yksi komission kauden 2019–2024 painopisteistä on ”Eurooppa valmiina digiaikaan”, ks. Komission poliittiset suuntaviivat vuosille 2019–2024: Kunnianhimoisempi unioni, Ohjelma Euroopalle, 16.7.2019.

<sup>88</sup> Ks. Komission selvitys Study supporting the interim evaluation of the innovation principle, 2019, Directorate-General for Research and Innovation, s. 4, 8–9; komission tietosivu ”The Innovation Principle”; Commission Staff Working Document, Better regulations for innovation-driven investment at EU level, Publications Office of the European Union 2016, s. 7–12.

pannaan täytäntöön, vaikutukset innovointiin arvioidaan perusteellisesti.<sup>89</sup> Komissio on valjastanut myös Parempaan sääntelyyn suuntaavat tukemaan innovaatioperiaatteen toteutumista. Parempaan sääntelyyn vuonna 2021 päivitettyissä ohjeissa todetaan, että ”strateginen ennakointi auttaa arvioimaan, miten tarkoituksenmukaista EU:n lainsäädäntö on tulevaisuudessa ja mahdollistaako se EU:n politiikkatavoitteiden mukaiset innovaatiot”.<sup>90</sup> Lisäksi suuntaviivoissa todetaan Parempaan sääntelyyn tarkoittavan muun muassa sitä, että sen avulla varmistetaan kansalaisten laaja tuki unionin lainsäädännölle, sen sopivuus tarkoitukseensa, tarkoituksenmukaisuus tulevaisuuden kannalta ja avoimuus innovatiivisille ratkaisuille kontekstissa, joka on nopeiden teknologisten, sosiaalisten ja ympäristöllisten muutosten alainen.<sup>91</sup>

Parempaan sääntelyyn toimintaohjelmaan sisältyy ”research and innovation” -työkalu, jonka avulla voidaan arvioida valmisteltavan lainsäädännön vaikutuksia innovoinnille.<sup>92</sup> Edellä mainittu Parempaan sääntelyyn työkalu ohjaa sääntelyyn joustavuuteen innovoinnin edistämiseksi. Tämä työkalu ohjaa komissiota kiinnittämään huomiota tutkimukseen ja innovointiin julkisissa kuulemisissa, arvioimaan ehdotuksen vaikutuksia tutkimukselle ja innovoinnille, kiinnittämään huomiota säännösten ulkoasuun ja hyödyntämään erilaisia instrumentteja sääntelyyn innovaatioystävällisyyden lisäämiseksi. Työkalun mukaan pääsääntönä on, että mitä vähemmän ohjaava ja yksityiskohtainen sääntely on, sitä enemmän se antaa tilaa innovoinnille. Lisäksi se ohjaa tarkkailemaan muun muassa sääntelyyn noudattamisen kustannusvaikutuksia, oikeusvarmuutta ja selkeyttä.<sup>93</sup>

On siis syytä tunnistaa lähtökohdaksi, että lainsäädäntöprosesseissa unionin toimielimet eivät arvioi digitalisaatioon liittyviä lainsäädäntöhankkeita puhtaasti unionin oikeuden lähtökohdista. Asetettujen poliittisten tavoit-

<sup>89</sup> Ks. Komission tiedonanto Euroopan parlamentille, Eurooppa-neuvostolle, neuvostolle, Euroopan talous- ja sosiaalikomitealle ja alueiden komitealle: Uudistettu tutkimuksen ja innovoinnin ohjelma: Euroopan mahdollisuus muokata tulevaisuutta, COM(2018) 306 final, s. 10–11.

<sup>90</sup> Komission tiedonanto Euroopan parlamentille, neuvostolle, Euroopan talous- ja sosiaalikomitealle ja alueiden komitealle: Parempaa sääntelyä: yhteistyöllä parempaa lainsäädäntöä, COM(2021) 219 final, kohta 6.1. Strategisen ennakoinnin sisällyttäminen päätöksentekoon.

<sup>91</sup> Ks. Better Regulation Guidelines 2021, s. 5.

<sup>92</sup> Ks. Better Regulation Toolbox, November 2021 edition, complements document SWD(2017) 350, Tool #22 Research and Innovation, s. 170–176. Tältä osin on syytä huomata, että työkaluja on päivitetty ePrivacy-ehdotuksen antamisen jälkeen, eli viimeisimpiä työkaluja ei ole voitu hyödyntää ehdotuksen valmistelussa.

<sup>93</sup> Ks. Better Regulation Toolbox, complements document SWD(2017) 350, s. 146–150 (Tool #21 Research and Innovation).

teiden toteuttamisessa, teknologian sääntelyssä ja digitalisaation edistämiseksi on kuitenkin tarve kiinnittää erityistä huomiota sääntelyn suhteellisuuden toteutumiseen ja tasapainon löytämiseen käyttäjien oikeuksien ja turvallisuuden varmistamisen (mukaan lukien yksityisyyden suojan toteutuminen) sekä innovoinnin ja teknologian kehityksen ja hyödyntämisen mahdollistamisen välillä.

### 3 SÄÄNTELYN SOVELTAMISALAN JA VIESTINNÄN TIETOJEN KÄSITTELYPERUSTEIDEN SUHTEELLISUUDEN ARVIOINTI JA EDISTÄMINEN

#### 3.1 Suhteellisuusperiaate sähköisen viestinnän tietosuojan sääntelyssä

Unionin tuomioistuimen ratkaisukäytännön mukaisesti suhteellisuusperiaatteen noudattamisessa lainsäätäjällä on lähtökohtaisesti laaja liikkumavara alueilla, joilla siltä edellytetään poliittisten, taloudellisten ja sosiaalisten valintojen tekemistä ja joilla sen on suoritettava monitahoisia arviointoja.<sup>94</sup> Sähköisen viestinnän tietosuoja koskevissa kysymyksissä lainsäätäjän on tehtävä valintoja ja päätöksiä siitä, kuinka sähköisten viestintäpalvelujen luottamuksellisuutta ja tietosuoja tulisi säännellä käyttäjien perusoikeuksien toteutumisen turvaamiseksi mutta samalla suhteellisuusperiaatteen mukaisesti siten, että sääntely on oikeassa suhteessa sen tavoitteisiin. Tällainen arviointi ei ole yksinkertainen mekaaninen harjoitus, sillä sähköisen viestinnän tietosujasääntely vaikuttaa siihen, millaisia palveluja unionissa voidaan tarjota käyttäjille ja millaisia edellytyksiä asetetaan palvelujen tarjoamiselle sekä lisäksi siihen, millaisia innovaatioita ja millaista digitaalista liiketoimintaa on mahdollista harjoittaa ja hyödyntää. ePrivacyssä kyse on siis lainsäädäntöhankkeesta, jolla on todennäköisesti merkittäviä vaikutuksia palveluntarjoajien liiketoimintaan, käyttäjien yksityisyydensuojaan, sähköisen viestinnän luottamuksellisuuteen ja tietosuojaan sekä jäsenmaiden ja unionin viranomaisten mahdollisuuksiin käsitellä viestinnän tietoja rikosten torjuntaan ja kansallisen turvallisuuden varmistamiseen liittyviin tarkoituksiin.

Sähköisen viestinnän tietosujalainsäädännöllä turvataan Euroopan perusoikeuskirjan 7 artiklan mukaista oikeutta yksityiselämän ja viestien

<sup>94</sup> Asia C-348/12 P neuvosto v. Manufacturing Support & Procurement Kala Naft Co., Tehran, 120 kohta; Asia C-72/15 Rosneft, 146 kohta.



kunnioittamiseen ja 8 artiklan mukaista oikeutta henkilötietojen suojaan.<sup>95</sup> Unionin tuomioistuin on vahvistanut, että oikeus henkilötietojen suojaan ei ole absoluuttinen oikeus, vaan että sitä on tarkasteltava suhteessa sen tehtävään yhteiskunnassa ja että sen on suhteellisuusperiaatteen mukaisesti oltava oikeassa suhteessa muihin perusoikeuksiin.<sup>96</sup> Sama pätee myös yksityiselämän ja viestinnän suojaan.

Kun arvioidaan sähköisen viestinnän palveluihin kohdistuvaa lainsäädäntöä ja sen suhteellisuutta sääntelyn tavoitteisiin nähden, on ensinnäkin välttämätöntä tunnistaa viestintäpalveluiden monimuotoisuus. Esimerkkinä viestinnän palvelujen ja teknologioiden monimuotoisuudesta voidaan todeta, että yleisellä tasolla sähköisen viestinnän palveluihin liittyy muun muassa seuraavanlaisia piirteitä: a) sähköisen viestinnän tietoihin sisältyy tai voi sisältyä henkilötietoja, tietoja viestinnän sisällöstä ja tietoja viestinnän välittämisestä; b) viestintä voi tapahtua ihmisten välillä, koneiden välillä tai ihmisen ja koneen välillä ja c) viestintää voidaan välittää yleisesti saatavilla olevassa viestintäverkossa tai suljetussa verkossa. Lisäksi sähköisen viestinnän teknologioiden kirjo on laaja ja se kattaa erilaisia viestintäpalveluja ja -verkkoja, joista osa perustuu perinteisiin viestintäverkkoihin (kuten matkapuhelinverkkoon) ja osa internetin päällä tarjottaviin sovelluksiin (niin sanottuun OTT:hen). Kokonaisuudessaan sähköinen viestintä on tätäkin jaoteltua laajempi kokonaisuus, johon sisältyy erilaisia viestintäverkkoja, tiedonsiirto- ja säilytysteknologioita, sovelluksia ja laitteita. ePrivacy-ehdotuksen mukaan sen soveltamisalaan kuuluvien palvelujen ja verkkojen määrittelyssä noudatetaan pääasiassa eurooppalaisen sähköisen viestinnän direktiivin (European Electronic Communications Code) mukaisia määrittelmiä.<sup>97</sup>

### **3.2 Suhteellisuus ePrivacy-asetuksen soveltamisalan ja viestinnän tietojen käsittelyperusteiden määrittelyssä**

Kun vertaamme komission alkuperäistä ehdotusta taustamateriaaleineen Euroopan parlamentin ja neuvoston muodostamiin kantoihin, käy selväksi, että ePrivacy-ehdotuksessa on useita sääntelyn suhteellisuuden edistämi-

<sup>95</sup> Henkilötietojen suojaamisessa ePrivacy-asetus täydentäisi ja täsmentäisi GDPR:n sääntelyä. Ks. ePrivacy-ehdotus, s. 2.

<sup>96</sup> Asia C-507/17 Google, kohta 60; Yhdistetyt asiat C 92/09 ja C-93/09 Volker und Markus Schecke ja Eifert, 48 kohta ja lausunto 1/15 (EU:n ja Kanadan välinen PNR-sopimus), 136 kohta.

<sup>97</sup> Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi (EU) 2018/1972 eurooppalaisesta sähköisen viestinnän säännöstöstä, 2 artikla; ePrivacy-ehdotus, s. 3.

seen liittyviä seikkoja, jotka kaipaavat tarkastelua. Soveltamisalan määrittämisen lisäksi lainsäätäjien tulee arvioida, millainen sähköisen viestinnän tietojen käsittely soveltamisalan sisällä tulisi säätää sallituksi ja millaisilla perusteilla ja edellytyksillä käsittely olisi sallittua suhteellisuuden näkökulmasta. Yksityisyyden ja viestinnän luottamuksellisuuden toteutumisen lisäksi lainsäätäjien tulee arvioida, millaisia palveluja palveluntarjoajilla on mahdollisuus tarjota loppukäyttäjille.

Sääntelyn soveltamisalan määrittely on ollut merkittävä kysymys jo ePrivacy-hankkeen alkuvaiheessa. REFIT-arvioinnin (eli ePrivacy-direktiiviä koskevan *ex post* -jälkiarvioinnin) tulosten mukaan vanhan ePrivacy-direktiivin tehokkuus on heikentynyt osittain direktiivin epäselvän soveltamisalan ja epäselvien määritelmien vuoksi.<sup>98</sup> ePrivacy-ehdotuksen valmistelussa komissiolla on ollut käytettävissään vuoden 2015 Paremman sääntelyn suuntaviivat, jotka ohjasivat komission arvioimaan ehdotuksensa suhteellisuuden osana vaikutustenarviointia.<sup>99</sup> Komissio on toteuttanut vaikutustenarvioinnin, josta sääntelyntarkastelulautakunta on antanut puoltavan lausunnon, joka sisälsi huomioita ehdotuksen laadun parantamiseksi.<sup>100</sup> Vaikutustenarvioinnin tulosten perusteella komissio katsoi sopivimmaksi vaihtoehdoksi yksityisyyden ja luottamuksellisuuden *rajallisen lisäämisen* sekä *sääntelyn yksinkertaistamisen*. Komissio on esittänyt, että sääntelyn soveltamisalaa laajennetaan lisäämällä sääntelyyn uudet toiminnallisesti vastaavat sähköiset viestintäpalvelut, mikä tarkoitti OTT- (over-the-top), machine-to-machine- ja internet-of-things-palveluntarjoajien sisällyttämistä sääntelyn soveltamisalaan.<sup>101</sup>

Kysymys sääntelyn soveltamisalasta ja suhteellisuudesta ei kuitenkaan ole yksiselitteinen. Komission sääntelyntarkastelulautakunnan antamasta lausunnosta käy ilmi, että lautakunta on kehottanut komissiota selvittämään ehdotuksen soveltamisalaa ja kuvaamaan vaihtoehtoja yksityiskohdaisemmin.<sup>102</sup> ePrivacy-ehdotuksen perustelujen mukaan komissio on ottanut lautakunnan suositukset huomioon, mutta tästä huolimatta komission perusteluihin sisältyvä kirjallinen kuvaus suhteellisuusperiaatteen soveltamisesta on jäänyt hyvin yleiselle tasolle ja pintapuoliseksi. ePrivacy-ehdotuksen soveltamisalaa koskevissa perusteluissaan komissio keskittyy suh-

<sup>98</sup> Commission Staff Working Document, Ex-post REFIT evaluation of the ePrivacy Directive 2002/58/EC, SWD(2017) 5 final, s. 22.

<sup>99</sup> Paremman sääntelyn suuntaviivat 2015, s. 16–17.

<sup>100</sup> Ks. ePrivacy-ehdotus, s. 7 ja komission sääntelyntarkastelulautakunnan lausunto asiassa SEC(2017) 42.

<sup>101</sup> ePrivacy-ehdotus, s. 7–8 ja 14–15.

<sup>102</sup> Sääntelyntarkastelulautakunnan lausunto asiassa SEC(2017) 42.

teellisuuden toteutumisen osalta perustelevaan OTT-palveluntarjoajien sisällyttämisen sääntelyn soveltamisalaan.<sup>103</sup> Komission ehdotuksen mukaan sääntelyn kohteena oleviin palveluihin kohdistettavat velvoitteet on tarkoitus pitää mahdollisimman vähäisinä rajoittamatta kuitenkaan asianomaisia perusoikeuksia, ja tavoitteena on taata tehokas oikeudellinen suoja yksityisyyden ja viestinnän kunnioittamiselle.<sup>104</sup> Komissio on arvioinut ePrivacy-ehdotukseen sisältyvien sääntelyratkaisujen vaikutuksia varsin laajasti ehdotuksen liitteenä olevassa vaikutustenarvioinnissaan, jossa arvioidaan myös vaikutukset innovointiin, mutta sen tuloksia on hyödynnetty vain niukasti ehdotuksen varsinaisissa perusteluissa.<sup>105</sup> Sääntelyntarkastelulautakunnan lausunnon mukaan komission olisi tullut kuvata, edellyttävätkö uusiin teknologioihin liittyvät ongelmat sääntelyn merkittävää laajentamista.<sup>106</sup>

Käsittelyn edettyä soveltamisalan määrittely on noussut merkittäväksi kysymykseksi molempien lainsäätäjien tahoilla. Euroopan parlamentti ja neuvosto ovat molemmat ehdottaneet tarkennuksia ePrivacy-ehdotuksen soveltamisalan määrittelyyn.<sup>107</sup> Lisäksi parlamentti ja neuvosto ovat ehdottaneet tarkennuksia esimerkiksi verkkojen ja palvelujen turvallisuuden ylläpitoa ja palauttamista koskeviin tietojen käsittelyperusteisiin.<sup>108</sup> Komission ja neuvoston kantoihin verrattuna parlamentin mietintöluonnoksen mukaiset kannat soveltamisalasta ja sallitusta viestinnän tietojen käsittelystä korostavat yksityisyyden suojan toteutumista. Parlamentin mietintöluonnoksen mukaiset tarkistukset rajaisivat sähköisen viestinnän tietojen käsittelyn vain niihin tilanteisiin, joissa se on ”teknisesti välttämätöntä viestinnän välittämiseksi ja kyseiseen tarkoitukseen tarvittavaan keston rajoittuen”.<sup>109</sup> Lisäksi se rajaisi esimerkiksi viestinnän metadatan käsittelemisen erikseen määriteltyihin tilanteisiin, joissa se on ”ehdottoman välttämätöntä”.<sup>110</sup>

Neuvoston painotukset jakautuvat valmistelumateriaalien perusteella kahteen periaatteeseen, jotka vaikuttavat sähköisen viestinnän tietojen käsittelyperusteiden määrittelyyn ja evästeiden käytön sääntelyyn: i) tehokas

<sup>103</sup> Ks. ePrivacy-ehdotus, s. 7–8.

<sup>104</sup> Ks. ePrivacy-ehdotus, s. 5.

<sup>105</sup> Ks. Commission Staff Working Document, Impact Assessment, SWD(2017) 3 final, erityisesti s. 27–50.

<sup>106</sup> Sääntelyntarkastuslautakunnan lausunto asiassa 2016/CNECT/007.

<sup>107</sup> Ks. Euroopan parlamentin mietintöluonnos 20.10.2017 ja Neuvoston asiakirja 6087/21.

<sup>108</sup> Ks. Tarkistusehdotukset ePrivacy-asetuksen 2 ja 6 artiklaan Euroopan parlamentin mietintöluonnoksessa 20.10.2017 ja neuvoston asiakirjassa 6087/21.

<sup>109</sup> Ks. Euroopan parlamentin mietintöluonnos 20.10.2017, kohta Tarkistus 71.

<sup>110</sup> Ks. Euroopan parlamentin mietintöluonnos 20.10.2017, kohdat Tarkistus 73–75.

yksityisyyden suojaaminen sähköisessä viestinnässä sekä ii) digitaalisessa maailmassa innovatiivisten liiketoimintamallien säilyttäminen ja edistäminen, erityisesti unionissa perustettujen pienten ja keskisuurten yritysten ja start-upien osalta.<sup>111</sup>

Toimielinten näkemyksissä esiintyy huomattavaa hajontaa, minkä pohjalta voidaan tehdä kaksi johtopäätöstä. Ensimmäinen niistä on se, että lainsäätäjät eivät ole pitäneet komission ehdotusta perusteluineen riittäväenä. Toinen johtopäätös liittyy siihen, että tasapainottelu sähköisten palvelujen käyttäjien perusoikeuksien suojaamisen sekä digitaalisen liiketoiminnan mahdollistamisen ja muiden intressien välillä on haastava tehtävä. Tämä herättää kysymyksen siitä, onko komission pyrkimys sääntelyn yksinkertaistamiseen johtanut siihen, että lainsäätäjät eivät ole pitäneet ehdotettua sääntelyä oikeasuhtaisena verrattuna sen tavoitteisiin. Komissio vaikuttaa keskittyneen arvioinnissaan vaikutuksiin erilaisille palveluntarjoajaryhmille sekä sen arvioimiseen, kuinka pitkälle menevä yksityisyyden suojaaminen on tarpeellista. Sen sijaan komission ehdotuksen ongelmaiseksi vaikuttaa muodostuneen se, että suhteellisuuteen liittyvien seikkojen vuoksi lainsäätäjät ovat katsoneet täsmällisemmän ja hienojakoisemman sääntelyn tarpeelliseksi. Huomattakoon, että myös esimerkiksi Euroopan tietosuojaneuvosto (EDPB) on peräänkuuluttanut tarvetta arvioida tapauskohtaisia poikkeuksia ”todella tarkasti”.<sup>112</sup>

### 3.3 Huomioita suhteellisuuden laatukriteerin toteutumisesta ja havaituista ongelmakohtista

Kun sähköisen viestinnän tietosuojan soveltamisalaa laajennetaan kattamaan laajasti ja yleisesti käytössä olevat viestintäteknologiat, nousee sen myötä uusia kysymyksiä sääntelyn suhteellisuudesta. Jotta sähköiseen viestintään liittyviä palveluja on mahdollista tarjota, on palveluntarjoajien käsiteltävä sähköisen viestinnän tietoja. Siksi on syytä määritellä, miltä osin viestinnän tietojen käsittelemisen rajaaminen lainsäädännöllä on toisaalta tarpeen yksityisyyden ja viestinnän luottamuksellisuuden sekä henkilötietojen suojaamiseksi. Lisäksi on arvioitava, miltä osin viestinnän tietojen käsittelyn rajaaminen on oikeassa suhteessa näihin tavoitteisiin

<sup>111</sup> Nämä periaatteet on kirjattu valmisteluaineistoon Saksan puheenjohtajuuskaudella (7–12/2020). Ks. Neuvoston puheenjohtajan raportti 9243/20, s. 2.

<sup>112</sup> Ks. Euroopan tietosuojaneuvoston lausunto sähköisen viestinnän tietosuojajäsenasetuksen tarkistuksesta ja sen vaikutuksesta henkilöiden yksityisyyden suojaan ja heidän viestintänsä luottamuksellisuuteen, 25.5.2018, s. 4.

nähdessä. Suhteellisuuden arvioiminen muuttuu haastavammaksi, kun edetään suurista linjoista yksityiskohtiin. Esimerkkinä tästä voidaan tarkastella koneiden välistä viestintää. Koneiden välisen viestinnän sisällyttäminen sääntelyn soveltamisalaan on selkeä ja suoraviivainen ratkaisu, sillä myös koneiden välillä voidaan välittää ja välitetään yksityisyyden suojan piiriin kuuluvia tietoja. Toisaalta koneiden välillä voidaan välittää tietoja, jotka eivät liity yksityishenkilöiden viestintään tai henkilötietoihin millään tavalla. Toisaalta on syytä tunnistaa myös se, milloin sähköisen viestinnän tietojen käsittelyn voidaan katsoa olevan perusteltua esimerkiksi palvelujen ja verkkojen turvallisuuden varmistamiseksi.

On siis arvioitava, miten huolehditaan siitä, että sääntely ei rajoita teknologioiden hyödyntämistä silloin, kun yksityisyyden suojan toteutuminen ei vaaranna tai tietojen käsittelylle on olemassa hyväksyttävä peruste. Tältä osin on syytä tunnistaa, että erilaisten viestintäratkaisujen ja viestinnän tietojen kirjo on niin laaja, että liian yleisellä tasolla asetut velvoitteet ja rajoitteet voivat rajoittaa sellaista tietojen käsittelyä, joka ei vaaranna yksityisyyden suojan toteutumista. Tilanteessa, jossa riittävää hienojakoista arviointia ei ole tehty tai sellaista ei ole hyödynnetty, suhteellisuusperiaatteen toteutuminen jää epäselväksi.

ePrivacy-asetuksen valmistelu ja käsittely havainnollistaa sen, että laajasti ja ylimalkaisesti määritelty soveltamisala ja kohdentaminen (kuten komission ePrivacy-ehdotuksessa) voivat aiheuttaa haasteita sääntelyn laadun ja erityisesti suhteellisuusperiaatteen toteutumisen kannalta. Se voi johtaa sääntelyn ylimitoittamiseen sääntelyn kattaessa sellaisia teknologioita, jotka eivät aiheuta riskejä perussopimuksen mukaisten tavoitteiden toteutumiselle. Toisaalta arvioinnin tulee tapahtua myös toiseen suuntaan, jotta vältetään sääntelyn alimitoittaminen.

ePrivacy-hankkeessa suhteellisuuden toteutumiseen liittyvää arviointi- ja valmistelutyötä on siirtynyt komissiolta lainsäätäjille näiden oltua tyytyväisiä komission ehdotukseen, mikä on osaltaan johtanut ePrivacy-hankkeen käsittelyn ja päätöksenteon pitkittymiseen eli lainsäädäntöprosessin tehokkuuden puutteeseen. Tämän myötä voidaan todeta, että vaikutustenarvioinnilla on suuri merkitys sääntelyn suhteellisuuden arvioinnissa, mutta kattava vaikutustenarviointikaan ei sellaisenaan vielä riitä takaamaan laadukasta ehdotusta. Ammattitaitoa ja osaamista vaaditaan myös siihen, miten vaikutustenarviointia hyödynnetään varsinaisen lainsäädäntöehdotuksen tekemisessä. ePrivacy-ehdotuksen tapauksessa suurimmat ongelmat näyttävät liittyvän vaikutustenarvioinnissa saatujen materiaalien ja tulosten hyödyntämiseen, sillä ePrivacy-ehdotuksen liitteiden perusteella vaikutustenarviointi on ollut varsin kattavaa. Ehdotuksen perusteluissa

komissio on sanallistanut suhteellisuusperiaatteen toteutumista hyvin ylimalkaisesti, ja lainsäätäjät eivät ole pitäneet komission ehdotusta riittävänä.

Komission Paremmän sääntelyn suuntaviivojen mukaan vaikutustenarviointi kuuluu komission tehtäväksi, mutta toimielinten välinen sopimus vahvistaa, että myös Euroopan parlamentti ja neuvosto voivat tehdä vaikutustenarviointeja komission ehdotukseen esittämistään olennaisista muutoksista, jos ne katsovat sen lainsäädäntöprosessin kannalta asianmukaiseksi ja tarpeelliseksi.<sup>113</sup> ePrivacy-hankkeessa Euroopan parlamentti ja neuvosto eivät ole toteuttaneet omia vaikutustenarviointejaan tutkimusaineiston perusteella, vaikka ne ovat tehneet komission ehdotukseen huomattavia muutosehdotuksia. Lisäksi neuvoston hidas käsittelyvauhti on johtanut siihen, että komission vaikutustenarviointi ja REFIT-foorumin vuonna 2016 tekemä *ex post* -jälkiarviointi eivät ole täysin ajan tasalla nopeasti kehittyvällä sähköisen viestinnän ja digitaalisten palvelujen toimialalla.<sup>114</sup> Näiden seikkojen vuoksi vaikutusten arvioiminen parlamentin tai neuvoston toimesta olisi perusteltua sääntelyn suhteellisuuden arvioimiseksi ja varmistamiseksi käsittelyn edetessä. Neuvoston valmistelumateriaalien perusteella voidaan kuitenkin todeta, että erityisesti neuvostossa on mitä ilmeisemmin tehty hienojakoista arviointia sääntelyratkaisuihin edellä kuvatun mukaisesti.

ePrivacy-ehdotuksen tapauksessa sääntelyn yleisyyden ja yksityiskoh-taisuuden kysymys edellyttää tapauskohtaista tasapainottelua sekä kattavaa etukäteistä arviota sääntelyn vaikutuksista ja sääntelyn riittävydestä perusoikeuksien toteutumisen suojaamiseksi asetettujen tavoitteiden mukaisesti. Myös komission teettämät tutkimukset innovoinnin ja sääntelyn suhteesta peräänkuuluttavat tapauskohtaista arviointia.<sup>115</sup> Tältä osin herää kysymys siitä, ovatko komission määrittelemät pääsäännöt, kuten toimijoiden tasapuolisen kohtelun tavoite, ohjanneet komissiota pintapuolisiin ratkaisuihin, vaikka kyse on toimialasta, jolla tapauskohtaisen tasapainottelun tarve on korostunut. Kuten edellä on todettu, viestintäteknologiat kehitty-

<sup>113</sup> Toimielinten välinen sopimus paremmasta lainsäädännöstä 2016, kohta 15.

<sup>114</sup> ePrivacy-ehdotuksessa perusteluineen ja REFIT-arvioinnissa ei ole otettu huomioon lainsäädännön vaikutuksia esimerkiksi tekoälyn hyödyntämiseen eikä ePrivacy-ehdotuksen yhteensopivuutta tekoälyä koskeviin hankkeisiin. Tämä johtuu siitä, että ePrivacy-ehdotus ja sitä tukevat materiaalit on tuotettu valtaosin vuonna 2016 ja EU:n ensimmäinen tekoälystrategia on vuodelta 2018. Ks. Komission tiedonanto Euroopan parlamentille, neuvostolle, Euroopan talous- ja sosiaalikomitealle ja alueiden komitealle: Tekoäly Euroopassa, COM(2018) 237 final.

<sup>115</sup> Ks. Study supporting the interim evaluation of the innovation principle 2019, s. 12 ja Commission Staff Working Document, Better regulations for innovation-driven investment at EU level, Publications Office of the European Union 2016, s. 9.

vät nopeasti ja jatkuvasti, mikä tekee niihin kohdistuvan sääntelyn suhteellisuuden arvioinnista haastavaa mutta samalla myös korostuneen merkityksellistä sääntelyn laadun kannalta. Tällaisen arviointityön merkityksellisyyttä ei ole syytä suoraviivaistaa liiallisesti pääsääntöihin vedoten, sillä suhteellisuusperiaatteen toteutuminen ei ole ainoastaan laatuksiteeri, vaan se on myös edellytys kaikelle unionin toiminnalle unionin primäärilainsäädännön mukaisesti.<sup>116</sup> Tältä osin komission ePrivacy-ehdotuksen valmistelua ja sen dokumentoimista voidaan arvostella sääntelyn suhteellisuuden toteutumisen arvioinnin pintapuolisuudesta.<sup>117</sup>

Paremmen sääntelyn kehys ja myös primäärilainsäädäntö ohjaavat vaikutustenarvioinnit toteutettaviksi ennen lainsäädäntöehdotuksen tekemistä. ePrivacy-hankkeen myötä vaikuttaa kuitenkin perustellulta, että vaikutustenarviointeja tehtäisiin myös myöhemmissä vaiheissa – silloin, kun lainsäätäjät tekevät merkittäviä muutoksia komission ehdotukseen, ja erityisesti silloin, kun ehdotuksen käsittely venyy ajallisesti niin, että alkupe räiset arvioinnit vanhentuvat. Komissiolla ja lainsäätäjillä on kuitenkin laaja harkintavalta toimielinten välisten sopimusten sekä Paremmen sääntelyn suuntaviivojen ja työkalujen hyödyntämisessä ja noudattamisessa, joten tältä osin Paremmen sääntelyn kehys ei velvoita toimielimiä toimenpiteisiin tilanteen korjaamiseksi. Kun tavoitellaan päätöksenteon legitimiyyttä, tulisi päätöksentekijöiden pohjata ratkaisunsa tietoon.<sup>118</sup> Paremmen sääntelyn suuntaviivoissa komissio korostaa, että vaikutustenarviointi on vain apuväline päätöksenteossa. Tähän näkemykseen on helppo yhtyä, sillä toimielimillä on lähtökohtaisesti laaja harkintavalta suhteellisuusperiaatteen toteuttamisessa, kuten tämän luvun alussa on todettu. On kuitenkin syytä huomata, että kattavaan vaikutusarviointi ei auta sääntelyn laadun parantamisessa, jos tarkasteltavien kysymysten asettelussa ja tulosten hyödyntämisessä on merkittäviä puutteita.

<sup>116</sup> SEU 5(4) artikla.

<sup>117</sup> Euroopan unionista annetun sopimuksen pöytäkirjan (N:o 2) 5 artiklan mukaan ”esityksessä lainsäätämisyjärjestyksessä hyväksyttäväksi säädökseksi otetaan huomioon, että unionille, jäsenvaltioiden hallituksille, alueellisille tai paikallisille viranomaisille, taloudellisille toimijoille ja kansalaisille aiheutuvan taloudellisen tai hallinnollisen rasituksen olisi pysyttävä mahdollisimman pienenä ja sen olisi oltava suhteutettu saavutettavaan tavoitteeseen”.

<sup>118</sup> Komissio on asettanut tavoitteeksi tehostaa näyttöön perustuvaa politiikkaa. Ks. Komission tiedonanto Euroopan parlamentille, neuvostolle, Euroopan talous- ja sosiaalikomitealle ja alueiden komitealle: Parempaa sääntelyä: yhteistyöllä parempaa lainsäädäntöä, COM(2021) 219 final, s. 2.

## 4 SÄÄNTELYN SELKEYS JA YHDENMUKAISUUS YLEISEN TIETOSUOJASÄÄNTELYN KANSSA

### 4.1 Päätelaitteiden tietojen suojaamista koskevan sääntelyn tavoitteet ja ratkaistavat ongelmat

Käyttäjien päätelaitteiden tietojen suojaamista koskeva sääntely eli niin sanottu evästesääntely on yksi keskustelluimmista ja monimutkaisimmista aihekokonaisuuksista ePrivacy-ehdotuksessa. Yksi tavanomaisimmista päätelaitteiden tietojen käsittelyyn käytetyistä teknologioista on evästeet eli pienet tekstitiedostot, joita tallennetaan päätelaitteisiin esimerkiksi verkkosivustoja käytettäessä. Evästeillä mahdollistetaan verkkosivuille tyypillisiä toiminnallisuuksia, kuten sisäänkirjautuminen palveluun ja kirjautumisen ylläpito sivustolla liikkumisen ajan.<sup>119</sup> Sääntely ei kuitenkaan kohdistu ainoastaan evästeiden käyttöön vaan kaikkeen päätelaitteen käsittely- ja tallennustoimintojen käyttöön ja tiedonkeruuseen loppukäyttäjien päätelaitteilta.<sup>120</sup> Tämän ja kielellisten seikkojen vuoksi tästä aihekokonaisuudesta käytetään tässä artikkelissa ilmaisua ”pätelaitteiden tietojen suojaaminen”.

ePrivacy-ehdotuksessa ja sitä tukevassa aineistossa on todettu, että vanhan ePrivacy-direktiivin sääntely päätelaitteiden tietojen suojaamiseksi ei ole saavuttanut tavoitteitaan. Komission valmisteluaineiston mukaan päätelaitteiden tietojen suojaamista koskevan sääntelyn ongelmat liittyvät siihen, että ePrivacy-direktiivin sääntely on i) ylimitoitettu, sillä sen piiriin kuuluu myös yksityisyyttä loukkaamattomia käytäntöjä, ii) liian poissulkeva, eli se ei kata kaikkia loppukäyttäjän seurannan tekniikoita, ja iii) mahdollisesti liian kallista yrityksille, sillä täytäntöönpano on kallista. Lisäksi valmistelumateriaalien perusteella olemassa oleva sääntely on johtanut vaikeasti ymmärrettävään lopputuloksiin. ePrivacy-ehdotuksen valmistelumateriaalien mukaan loppukäyttäjät saavat pyyntöjä hyväksyä seurantaevästeitä ymmärtämättä niiden merkitystä ja voivat siksi altistua evästeille ilman suostumuksen antamista.<sup>121</sup> Lisäksi valmisteluaineiston mukaan vanhan ePrivacy-direktiivin sääntely on tulkittu eri tavoilla eri jäsenmaissa, mikä on aiheuttanut sääntelykehityksen fragmentoitumista. Jälkiarvioinnin toteuttanut REFIT-foorumi onkin neuvonut komissiota ehdottamaan evästesääntelyn harmonisointia.<sup>122</sup>

<sup>119</sup> Ks. Traficom in opas Evästeet ja muut käyttäjien päätelaitteille tallennettavat tiedot sekä näiden tietojen käyttö - Opas palveluntarjoajille, s. 2.

<sup>120</sup> Ks. ePrivacy-ehdotuksen 8 artikla.

<sup>121</sup> Ks. ePrivacy-ehdotus, s. 6.

<sup>122</sup> Ks. REFIT-foorumin raportti REFIT Platform Opinion on the submission by the Danish Business Forum on the E Privacy Directive and the current rules related to “cookies”, kohta 3.1.



Komission ehdotuksen mukaan kansalaisten suojaa ei-toivotulta markkinoinnilta olisi parannettava *lisäämällä poikkeuksia* sääntöön, joka koskee suostumuksen antamista evästeiden käyttöön. Samalla komission mukaan yksi sääntelyn tavoitteista on suostumuksen antamista ja evästeiden käyttöä koskevan sääntelyn *selkeyttäminen ja yksinkertaistaminen*.<sup>123</sup>

Komission asettamien tavoitteiden ristiriitaisuuden ymmärtämiseksi on syytä tutustua päätelaitteiden tietojen suojaamiseen liittyvän sääntelyn taustaan ja relevantteihin käsitteisiin. Tältä osin merkityksellisiä ovat *loppukäyttäjän suostumuksen* määrittely ja tausta. Loppukäyttäjän suostumuksen käsite on keskeinen, sillä komission ehdotuksen mukaan se olisi myös jatkossa yksi päätelaitteiden tietojenkäsittely- ja tallennustoimintojen käsittelemisen perusteista. Siksi on merkityksellistä tarkastella, sovelletaanko ePrivacy-asetuksen kontekstissa GDPR:n mukaista suostumuksen käsitettä vai määritelläänkö suostumus eri tavalla ePrivacy-asetuksessa (joka olisi *lex specialis* GDPR:ään nähden). Tältä osin komissio on ehdottanut päätelaitteiden tiedonkäsittely- ja tallennusominaisuuksien hyödyntämisen käsittelyperusteista säättämistä ePrivacy-asetuksella yhdistettynä siihen, että sovelletaan GDPR:n mukaista käyttäjän suostumuksen määritelmää.

Päätelaitteiden tietojen suojaamiseen liittyvään sääntelyyn kohdistuu kaksi merkittävää haastetta: i) tasapainottelu ja rajanveto siltä osin, millaiset poikkeukset päätelaitteiden kautta kerättyjen tietojen käsittelyn kieltäminen ovat sallittavia ja suhteellisuusperiaatteen mukaisia, sekä ii) sääntelyn riittävän selkeyden saavuttaminen. Se kuinka laajalti yksityiskohtainen *lex specialis* -sääntely on perusteltua, on rajanvetokysymys, johon liittyy suhteellisuuden toteutumisen arviointia ja poliittista harkintavaltaa. Tässä osassa keskitytään sääntelyn selkeyteen ja yhdenmukaisuuteen liittyvien seikkojen arviointiin.

## 4.2 Sääntelyn selkeys ja yhdenmukaisuus päätelaitteiden tietojen suojaamisessa

Päätelaitteiden tietojen suojaamiseen liittyy kaksi kokonaisuutta, jotka vaikuttavat sääntelyn selkeyteen ja yhdenmukaisuuteen: i) päätelaitteiden tietojen käsittelyn perusteiden selkeys ja ii) ePrivacy-asetuksen ja GDPR:n sääntelyn yhdenmukaisuus ja yhteensopivuus.

Kuten edellä on todettu, haasteena on laatia selkeää lainsäädäntöä, joka on kohdistettu oikein ja jonka soveltaminen johtaa ymmärrettävään ja käyt-

<sup>123</sup> ePrivacy-ehdotus, s. 9.

täjäystävälliseen lopputulokseen. ePrivacy-ehdotuksen käsittelyn kuluessa sääntelyyn on esitetty lisäävän uusia käsittelyperusteita päätelaitteiden tietojen käsittelemiselle. Se tarkoittaisi sitä, että palveluntarjoajat voisivat käsitellä päätelaitteiden tietoja nykyistä laajemmin asetuksen mukaisesti sallittuihin tarkoituksiin suoraan lain nojalla ilman käyttäjän suostumuksen pyytämistä. Tämä osaltaan vähentäisi tarvetta kysyä käyttäjän suostumusta sellaisiin vaikeasti ymmärrettäviin teknisiin käsittelytoimiin, jotka eivät aiheuta kohtuuttomia riskejä käyttäjille. Tämä taas puolestaan ratkaisisi osaltaan evästeiden käyttöön liittyvää ymmärrettävyyden ja monitulkintaisuuden ongelmaa niin käyttäjien kuin palveluntarjoajien näkökulmasta.

Lainsäätäjät ovat tukeneet käsittelyperusteiden lisäämistä, mikä lisäisi sääntelyn yksityiskohtaisuutta. Neuvoston tarkistusehdotuksiin päätelaitteiden tietojen suojaamisesta on lisätty uusia käsittelyperusteita (joita tulkitetaan olevan yhteensä kahdeksan) verrattuna komission alkuperäiseen ehdotukseen (jossa käsittelyperusteita oli neljä).<sup>124</sup> Myös Euroopan parlamentti on ehdottanut käyttäjän päätelaitteiden tietojen ja käyttäjän seurannan osalta uusia poikkeuskategorioita. Toisaalta parlamentti on esittänyt hyvin yksityiskohtaista sääntelyä ja tiukkoja edellytyksiä käsittelylle käyttäen pitkälle meneviä rajauksia, kuten vaatimusta siitä, että käsittely on ”ehdottoman välttämätöntä” tai ”teknisesti ehdottoman välttämätöntä” säädettyyn tarkoitukseen.<sup>125</sup> Myös Euroopan tietosuojaneuvosto on tukenut useiden uusien käsittelyperusteiden sisällyttämistä sääntelyyn. Tietosuojaneuvoston kantojen mukaan käsittelyperusteita voisi lisätä siltä osin, kun käsittely aiheuttaa vain vähän riskejä käyttäjille.<sup>126</sup>

Valmistelumateriaalien perusteella ainakin komissio ja neuvosto vaikuttavat pyrkineen sääntelyn selkeyteen. Sen sijaan parlamentin tekemät ehdotukset vaikuttavat keskittyvän rajoitusten tarkkarajaisuuteen ja täsmällisyyteen. Neuvoston valmistelumateriaalin mukaan tarkistusehdotuksessa perustelukappaleiden ja artiklojen muotoilemisessa on noudatettu GDPR:n luonnostelun tekniikkaa ja Paremmän sääntelyn periaatteita. Neuvoston puheenjohtajan raportin perusteella tällä tarkoitetaan artiklojen ja perustelukappaleiden sisällön uudelleenjärjestelyä ja numeroinnin muutoksia.<sup>127</sup> Avomeksi kuitenkin jää, minkä lähteen mukaisesti Paremmän sääntelyn periaatteisiin neuvoston puheenjohtaja on edellä mainitussa raportissa viitannut.

<sup>124</sup> Ks. Neuvoston asiakirja 6087/21, ehdotukset 8 artiklaan.

<sup>125</sup> Ks. Euroopan parlamentin mietintöluonnoksen, 20.10.2017, tarkistukset 24, 84–105.

<sup>126</sup> Ks. Euroopan tietosuojaneuvoston lausunto sähköisen viestinnän tietosuojasetuksen tarkistuksesta ja sen vaikutuksesta henkilöiden yksityisyyden suojaan ja heidän viestintänsä luottamuksellisuuteen, 25.5.2018, s. 3.

<sup>127</sup> Neuvoston puheenjohtajan raportti 5008/21, s. 2.

Kuten edellä on osoitettu, selkeyden tavoittelu yksityiskohtaisilla säännöksillä aiheuttaa ristiriitoja, mikä havainnollistaa Parempaan sääntelyyn liittyvää monimutkaisuutta. Komissio on asettanut tavoitteeksi yksinkertaistaa ePrivacy-sääntelyä, mutta tosiasiaassa kaikki toimieliimet ovat luonnostelleet sääntelyä yksityiskohtaisemmaksi, mikä näkyy monimutkaisina säädösluonnoksina. Niissä ePrivacy-asetusluonnokseen lisättäisiin poikkeussäännöksiä, vaikka asetettujen tavoitteiden mukaisesti samalla tavoitellaan sääntelyn yksinkertaistamista ja selkeyttä. Tällaiset monimutkaisen pääsääntöjen ja lukuisten poikkeusten muodostamat haasteet lainsäädännön laadulle ovat kuitenkin tyypillisiä EU:ssa.<sup>128</sup> Tämä valaisee edellä mainittua tasapainottamisen haastetta eli sitä, että laadukkaan sääntelyn nimissä tulisi pyrkiä löytämään tasapaino sääntelyn selkeyden, yksinkertaisuuden ja täsmällisyyden välillä. Lisäksi teknologian hyödyntämiseen kohdistuvan sääntelyn suhteellisuuden arviointi ja unionin linjaukset innovoinnin edistämisestä ja teknologianeutraaliudesta kasvattavat tasapainoilun haasteellisuutta, mikä kuvastaa myös eri laatuksien välistä dynamiikkaa ja vaikutuksia toisiinsa.

Edellä kuvattujen seikkojen valossa vaikuttaa perustellulta hyväksyä monimutkaisiakin säännöksiä ePrivacy-asetukseen siltä osin kuin laatuksiteerejä on tasapainotettu keskenään ja lopputulos edistää sääntelyn tavoitteiden saavuttamista eli parantaa sääntelyn ennakoitavuutta ja selkeyttä sääntelyn kohteena olevien palveluntarjoajien ja viranomaisten näkökulmasta sekä lopputuloksen ymmärrettävyyttä loppukäyttäjien näkökulmasta. Päätelaitteiden käsittely- ja tallennusominaisuuksiin liittyy hyvin paljon teknisiä seikkoja, jotka ovat vaikeasti ymmärrettäviä suurelle osalle palvelujen ja laitteiden loppukäyttäjistä. Sen vuoksi on tärkeä tarkastella ePrivacy-asetuksen mukaisen päätelaitteiden käsittely- ja tallennusominaisuuksien käytön sääntelyn selkeyttä siitä näkökulmasta, ovatko sääntelyn soveltamisen lopputulokset selkeitä ja kohtuullisia loppukäyttäjien kannalta. Tämä perustelee yksityiskohtaisiakin sääntelyratkaisuja silloin, kun niiden avulla voidaan toteuttaa sääntelyn tavoitteita. Tämä tarkoittaisi sitä, että päätelaitteiden tietojen suojaamista koskevassa sääntelyssä saavutettaisiin selkeä lopputulos täsmällisyyden avulla, jolloin yksinkertaisuuden tavoitteesta jouduttaisiin joustamaan.

Selkeyden lisäksi on kuitenkin syytä tarkastella myös sääntelyn yhdenmukaisuutta ja yhteensopivuutta GDPR:n kanssa. Lainsäätäjien tehtävänä on määritellä käyttäjän suostumus päätelaitteiden tietojenkäsittelyominaisuuksien käyttöön ja ratkaista, miten suostumus voidaan antaa ja pyytää.

<sup>128</sup> Ks. Garben 2018, s. 220.

Tämä edellyttää sääntelyn yhteensovittamista GDPR:n sääntelyyn. Komission ePrivacy-ehdotuksen mukaan suostumus määritellään viittaamalla GDPR:n mukaiseen suostumukseen, mutta lisäksi sääntelyyn sisällytettiin tarkennuksia siitä, miten suostumus voidaan antaa sähköisen viestinnän kontekstissa. Komission mukaan suostumus voitaisiin antaa myös ”käyttämällä internetiin pääsyn mahdollistavan ohjelmistosovelluksen asianmukaisia teknisiä asetuksia”.<sup>129</sup> Sen sijaan parlamentin kannoista käy ilmi, että se haluaisi kieltää ”cookie walls”- ja ”cookie banner” -käytännöt eli esimerkiksi verkkosivujen evästebannerit, joita palvelujentarjoajat käyttävät evästeasetusten hallinnointiin, suostumuksen pyytämiseen ja käyttäjän informoimiseen tietojen käsittelystä. Ratkaisuksi parlamentti ehdottaa suostumuksen hallinnointia internetselaimen tai sovelluksen teknisten asetusten kautta.<sup>130</sup> Neuvoston kantojen mukaan suostumuksen voisi antaa laitteen asetusten kautta ja käyttäjän muutoin ilmaiseman suostumuksen olisi mentävä ohjelmiston asetusten edelle.<sup>131</sup> Kaikkien kolmen toimielimen kantojen mukaan GDPR:n säännöksiä suostumuksesta sovelletaan myös ePrivacy-asetuksen kontekstissa.

### **4.3 Huomioita päätelaitteiden tietojen suojaamisesta koskevan sääntelyn selkeyden ja yhdenmukaisuuden toteutumisesta ja edistämisestä**

Selkeyden ja yhdenmukaisuuden tavoitteiden kannalta lainsäätäjien näkemykset eivät ole ongelmattomia. ePrivacy-asetuksen erityissääntelyn ja GDPR:n yleisten tietosuojasäännösten yhdistelmää on arvosteltu siitä, että se johtaa käyttäjien kannalta vaikeasti ymmärrettävään lopputulokseen, ja vaihtoehdoksi on esitetty jopa evästeiden erityissääntelystä luopumista kokonaan, mikä tarkoittaisi nojautumista yleisen tietosuoja-asetuksen sääntelyyn.<sup>132</sup>

Selkeyden ja yhdenmukaisuuden toteutumisen kannalta on huomattava, että käyttäjän suostumuksen hallinta selainten, sovellusten ja laitteiden asetusten kautta sisältää ristiriidan GDPR:n mukaiseen suostumukseen nähden. GDPR 4 artiklan 1 kohdan 11 alakohdan mukaan rekisteröidyn suostumuksella tarkoitetaan vapaaehtoista, yksilöityä, tietoista ja yksiselitteistä tahdonilmaisua, jolla rekisteröity hyväksyy henkilötietojensa käsitte-

<sup>129</sup> Ks. ePrivacy-ehdotuksen 8 ja 9 artikla.

<sup>130</sup> Ks. Euroopan parlamentin mietintöluonnoksen, 20.10.2017, tarkistukset 24, 84–105.

<sup>131</sup> Ks. Neuvoston asiakirja 6087/21, ehdotukset artiklaan 4a ja 8.

<sup>132</sup> Ks. Cormack 2017.

lyn antamalla suostumusta ilmaisevan lausuman tai toteuttamalla selkeästi suostumusta ilmaisevan toimen. GDPR:n 7 artiklan ja perustelukappaleiden perusteella suostumukselta edellytetään muun muassa, että i) rekisterinpitäjän tulisi pystyä osoittamaan, että rekisteröity on antanut suostumuksensa käsittelytoimiin, ii) rekisteröidyn pitäisi tietää, kuinka pitkälle menevästä suostumuksesta on kyse ja mikä taho henkilötietoja käsittelee ja mihin tarkoitukseen, ja iii) suostumus tulisi voida peruuttaa. Jos suostumus annetaan etukäteen selaimen, sovelluksen tai laitteen asetusten kautta (esimerkiksi verkkosivuston bannerin sijasta), tulee ottaa huomioon etukäteen suostumuksen aiheuttamat rajoitteet. Antaessaan etukäteen suostumuksen käyttäjä ei kaikissa tilanteissa pystyisi tekemään informoituja päätöksiä siitä, mihin yksilöityyn käsittelytarkoitukseen suostumuksensa antaa ja kuinka pitkälle menevä annettu suostumus on. Jos etukäteen suostumus on kategorinen, käyttäjä ei saa tietoa siitä, mille palveluntarjoajille käyttäjä suostumuksensa antaa. Esimerkiksi evästeitä käytettäessä rekisterinpitäjät voivat olla verkkosivujen tarjoajien lisäksi myös niiden käyttämät muut tahot, jotka tarjoavat niin sanottuja kolmannen osapuolen evästeitä. Tietyn verkkopalvelun tekninen ja kaupallinen toteutus ei ole usein läpinäkyvä loppukäyttäjälle palveluja käytettäessä ilman erillistä käyttäjän informointia. Huomattakoon, että sen sijaan evästeiden käytön kieltäminen asetusten kautta ei aiheuta samanlaisia yhteensovittamisen haasteita kuin etukäteen suostumuksen antaminen edellä kuvatussa tilanteessa.

Komission ehdotuksen mukaan suostumus voidaan antaa ohjelmistosovellusten asetusten kautta rajoittamatta GDPR:n mukaisen suostumuksen määritelmän soveltamista. Tällainen sääntelyratkaisu sisältää ristiriidan ja jättää paljon tulkinnanvaraa, sillä on kyseenalaista, voidaanko asetusten kautta antaa GDPR:n mukaista suostumusta, joka olisi riittävän yksilöity ja jonka perusteella rekisterinpitäjä voisi osoittaa noudattavansa GDPR:n sääntelyä. Tältä osin on syytä huomata, että rekisterinpitäjä on useimmissa tapauksissa eri kuin ohjelmistosovelluksen tarjoaja (vertaa esimerkiksi internetselaimen ja verkkosivun tarjoajia).

Se minkälaiseen suostumuksen määrittelyyn päädytään, on viime kädessä poliittinen päätös. Sen sijaan lainsäädännön laadun kannalta sääntelyn selkeyden ja yhdenmukaisuuden tavoitteiden toteutumiseksi ristiriitaisuudet ePrivacy-asetuksen ja GDPR:n väliltä tulisi kitkeä joko siten, että käytetään yhdenmukaista loppukäyttäjän suostumuksen määritelmää, tai selvennetään, että ePrivacy-asetuksen mukainen loppukäyttäjän suostumus poikkeaa GDPR:n mukaisesta suostumuksen käsitteestä. Sääntelyn yhdenmukaisuus tarkoittaisi siis tässä sitä, että suostumus määriteltäisiin ePrivacy-asetuksessa tavalla, joka ei aiheuta epäselvyyttä siitä, onko suostumuk-

sen määritelmä sama vai poikkeava GDPR:ään nähden. Sen lisäksi, että kyse on lainsäätäjien asettamien tavoitteiden toteutumisesta, yhdenmukaisuuden toteutuminen on tärkeää siksi, että kollisiot säädösten välillä heikentävät oikeusjärjestelmän systemaattisuutta ja sen myötä lainsäädännön rationaalisuutta.<sup>133</sup> Vaikuttaa selvältä, että ristiriidat GDPR:n mukaisen suostumuksen ja ePrivacy-sääntelyssä tarkoitetun suostumuksen välillä voitaisiin korjata joko siten, että suostumuksen osalta sovellettaisiin GDPR:n määrittelyä sellaisenaan, tai siten, että ePrivacy-asetukseen tehtäisiin selkeästi muotoiltuja poikkeuksia GDPR:n mukaiseen suostumuksen määritelmään *lex specialiksen* perusteella.

Tarkasteltaessa ePrivacy-ehdotuksen käsittelyä päätelaitteiden tietojen suojaamisen osalta nousee ilmeiseksi, että Paremman sääntelyn kehikko ei anna yksiselitteisiä vastauksia tai ohjeita siihen, miten selkeyden, ymmärrettävyyden, yksityiskohtaisuuden ja täsmällisyyden kanssa tulisi luovia. Paremman sääntelyn kehukseen liittyviä selkeyttä koskevia ohjeita ja sääntöjä tulee siis soveltaa tapauskohtaisen harkinnan ja tasapainottelun perusteella. Myös oikeustieteellisessä tutkimuksessa on tunnistettu, että kysymys sääntelyn yksityiskohtaisuudesta ja yleispiirteisyydestä tulee ratkaista jokaisen säädöksen kohdalla erikseen.<sup>134</sup> Lisäksi tapauskohtaisen arvioinnin merkitys on korostunut silloin, kun pyritään suhteellisuusperiaatteen mukaiseen ja innovoinnin mahdollistavaan sääntelyyn, kuten edellä on todettu. Päätelaitteiden tietojen suojaamista koskevan sääntelyn selkeyden toteutumiseen vaikuttaa se, että teknologinen ympäristö, johon sääntely kohdistuu, on vaikeasti ymmärrettävä keskimääräiselle viestintäpalvelujen loppukäyttäjälle.<sup>135</sup> Käyttäjän seurantaan koskeva sääntely onkin hyvä esimerkki siitä, kuinka haastava tehtävä sääntelyn yksinkertaisuuden, täsmällisyyden ja selkeyden tavoitteiden välinen tasapainoilu on silloin, kun on kyse teknologian ja digitaalisen liiketoiminnan sääntelystä. Siten ePrivacy-hanke havainnollistaa toisaalta myös sitä, että tiukka lukittautuminen ennalta määriteltyihin pääsääntöihin selkeyden toteuttamisessa ei ole suositeltavaa monimutkaisessa teknologisessä ympäristössä.

Sen sijaan yhdenmukaisuuden toteutuminen on edellä kuvatussa tarkastelussa osoittautunut suoraviivaisemmaksi kysymykseksi. Lainsäädännön laadun edistämiseksi sääntely tulisi pyrkiä luonnostelevaan siten, että

---

<sup>133</sup> Ks. Wintgens 2013, s. 4; Wintgens 2016, s. 15; Atienza 2005, s. 310 ja Oliver-Lalana 2013, s. 140–141.

<sup>134</sup> Ks. Hyvärinen 2015, s. 76.

<sup>135</sup> ePrivacy-ehdotuksen valmistelussa on ilmennyt, että loppukäyttäjät saavat pyyntöjä hyväksyä seurantaevästeitä ymmärtämättä niiden merkitystä ja joissakin tapauksissa he voivat altistua evästeille jopa ilman suostumustaan, ks. ePrivacy-ehdotus, s. 6.

yleissääntely ja erityissääntely muodostavat yhdenmukaisen ja systemaattisen kokonaisuuden, jonka perusteella kansalaisten, viranomaisten ja yritysten olisi kyettävä vaivattomasti ymmärtämään oikeutensa ja velvollisuutensa toimielinten välisen sopimuksen (2016) tavoitteiden mukaisesti.<sup>136</sup> Tällä tavalla edistettäisiin osaltaan myös laajemmin EU-lainsäädännön muodostaman kokonaisuuden systemaattisuuden ja yhdenmukaisuuden toteutumista.

## 5 LOPPUTULOKSET

ePrivacy-asetuksen valmistelu on monella tapaa mielenkiintoinen tapaus-esimerkki, sillä sen valmistelussa on ilmennyt useita lainsäätämiseen liittyviä haasteita. Lisäksi valmisteltavalla sääntelyllä tulee tai tulisi olemaan merkittäviä vaikutuksia viestintäpalvelujen käyttäjille, sähköisiä palveluja tarjoaville yrityksille ja muille organisaatioille. ePrivacy-asetusta koskeva lainsäädäntöprosessi on ollut pitkäkestoinen ja vaiheikas, joten siitä on kertynyt paljon lainsäädännön laadun arvioinnin kannalta mielenkiintoista aineistoa. Yhteenvetona voidaan todeta, että ePrivacy-ehdotuksen käsittelyssä on noudatettu useita Paremmän sääntelyn periaatteita, mutta myös ilmeisiä kehityskohteita ja puutteita on havaittavissa. Toisaalta tarkastelu on havainnollistanut haasteita myös unionin Paremmän sääntelyn kehkeyksessä ja sen soveltamisessa.

ePrivacy-asetusta koskeva lainsäädäntöhanke on tuonut esille Paremmän sääntelyn dynaamisuuden aiheuttamat haasteet. Garben ja Govaere ovat osuvasti kuvanneet parempaa sääntelyä liikkuvaksi maaliksi (a ”moving target”).<sup>137</sup> Tämä näkyy konkreettisesti siinä, että ePrivacy-ehdotuksen käsittelyn aikana komission Paremmän sääntelyn suuntaviivoja on päivitetty kaksi kertaa, millä on ollut jonkin verran sisällöllistä vaikutusta Paremmän sääntelyn määrittelyyn. Sen lisäksi, että lainsäädännön laadun määrittely on dynaamista, myös ePrivacy-asetuksen sääntelyn kohteena oleva toimiala on dynaaminen, sillä sitä ohjaa teknologian, viestinnän ja digitaalisen liiketoiminnan nopea kehittyminen. Liikkuvia maaleja voidaan siis katsoa olevan useita, mikä luo paineita sisällöllisten ja prosessuaalisten laatukriteerien välille – tavoitteena on säätää suhteellisuusperiaatteen mukaista, selkeää ja muun sääntelyn kanssa yhdenmukaista lainsäädäntöä siten, että prosessi on samalla riittävän tehokas.

<sup>136</sup> Ks. Toimielinten välinen sopimus paremmasta lainsäädännöstä 2016, 3 kohta.

<sup>137</sup> Garben – Govaere 2018, s. 3.

ePrivacy-hankkeessa komissiota voidaan arvostella puutteista vaikutustenarvioinnin tulosten hyödyntämisessä ja suhteellisuusperiaatteen toteutumisen varmistamisessa. Myös Euroopan parlamentin kantoja voidaan arvostella suhteellisuuden toteutumisen näkökulmasta, sillä sen kannoissa korostuu hyvin rajoittava suhtautuminen viestinnän tietojen käsittelyyn. Lisäksi neuvostoa voidaan arvostella erityisesti tehokkuuden puutteesta sen kannanmuodostuksen venyessä vuosien pituiseksi. Tähän liittyy kuitenkin useita huomionarvioisia seikkoja. Neuvosto vaikuttaa tehneen työtä sääntelyn suhteellisuuteen liittyvien seikkojen parissa. Tämä olisi mahdollisesti voitu välttää osittain sillä, että komissio olisi arvioinut suhteellisuusperiaatteen toteutumista perusteellisemmin ehdotuksen valmisteluvaiheessa.

Suhteellisuusarviointi ja tasapainottelu on ePrivacy-asetuksen käsitteilyssä välttämätöntä ja korostunutta, kun pyritään laadukkaaseen lainsäädäntöön, turvataan perusoikeuksien toteutuminen ja otetaan huomioon innovaatioystävällinen lähestymistapa (innovaatioperiaate). ePrivacy-hankkeessa kaikkien toimielinten työskentelystä ilmenee ainakin jonkinlainen pyrkimys sääntelyn suhteellisuuteen ja tasapainon hakemiseen yksityisyyden suojaamisen, turvallisuuden varmistamisen sekä digitaalisen liiketoiminnan ja innovointien mahdollistamisen välillä. Kuten edellä on todettu, tällainen arviointi ei kuitenkaan selvästi ole yksinkertaista.

Yksi merkittävimmistä tämän tapaustutkimuksen huomioista on, että ePrivacy-hankkeen vaikutustenarvioinnissa on havaittavissa selviä kehityskohteita. Ensinnäkin on syytä tunnistaa, että riittävä vaikutustenarviointi ja tehdyn vaikutustenarvioinnin riittävä ja asiantunteva hyödyntäminen on korostuneen merkityksellistä sääntelyn suhteellisuuden ja laadukkaan lainsäädännön saavuttamiseksi. Toiseksi on tärkeää, että ehdotuksen valmisteluvaiheessa komissio tunnistaa ne kysymykset, joiden osalta vaikutuksia on syytä arvioida perusteellisesti. Komission suorittamalla vaikutustenarvioinnilla on lisäksi vaikutusta lainsäätämisen prosessin tehokkuuteen siten, että riittävän ja laadukkaan vaikutustenarvioinnin tulisi tarjota niin riittävä pohja lainsäätäjien päätöksenteolle, että työtä ei siirry tarpeettomasti lainsäätäjille.

Viimeinen vaikutustenarvioinneista tehty huomio liittyy toimielinten välisiin vastuisiin vaikutustenarvioinnissa. Parlamentti ja neuvosto ovat tehneet merkittäviä muutosehdotuksia komission ePrivacy-ehdotukseen, mutta aineiston perusteella jää epäselväksi, millä tavalla lainsäätäjät ovat arvioineet tekemiensä ehdotusten vaikutuksia kansalaisille, toimialalle, jäsenvaltioille ja muille tahoille. Paremman sääntelyn kehikossa vaikutusarviointeja tekee komissio, mutta tarvittaessa niitä voivat toteuttaa myös lainsäätäjät toimielinten välisen sopimuksen (2016) perusteella. Vaikutus-



arviointien toteuttamisessa parlamentilla ja neuvostolla on kuitenkin paljon liikkumavaraa, joten merkittävienkin lopputulosten vaikutusten arviointi voi käytännössä jäädä kokonaan tekemättä. Tämä herättää kysymyksen siitä, keillä toimijoilla tulisi olla vastuu sen varmistamisesta, että valmisteltava sääntely on suhteellisuusperiaatteen mukaista. Unionin primäärilainsäädännön mukaisesti vastuu kuuluu kaikille kolmelle taholle: komissiolle, Euroopan parlamentille ja neuvostolle. Tällöin korostuu myös näiden toimijoiden juridisesta laadusta vastaavien elinten rooli, jota ei ole pystytty analysoimaan tässä artikkelissa, sillä näiden elinten rooli ei ilme- ne käytetystä aineistosta.

Sääntelyn selkeys on yksi Paremmän sääntelyn tavoitteista ja keskeisistä laatuksiteereistä, mutta ePrivacy-hanke osoittaa, että sääntelyn selkeyden toteutuminen ei ole kaavamaisista vaan siihen liittyy paljon tasapainottelua ja tulkinnanvaraisuutta. Selkeydessä kyse ei ole ainoastaan yksinkertaisesta kielellisestä selkeydestä, vaan sääntelyn soveltamisen tulisi johtaa selkeään lopputulokseen ja sitä kautta oikeusvarmuuden ja sääntelyn legitimiymyden parantumiseen. Päätelaitteiden tietojen sääntelyssä tämä tarkoittaa esimerkiksi sitä, että täsmälliset ja yksityiskohtaiset säännökset, jotka asettavat selkeät velvoitteet palveluntarjoajille, voivat johtaa loppukäyttäjien kannalta selkeisiin lopputuloksiin ja ehkäistä sääntelyn soveltamisen fragmentoitumista.

Sen sijaan sääntelyn yhdenmukaisuuden toteutuminen ja tulkinta on suoraviivaisempi kysymys, kuten tässä artikkelissa esitetty esimerkki päätelaitteiden tietojen sääntelystä havainnollistaa. Jotta lainsäädäntö on kokonaisuutena rationaalista, tulisi sen muodostaa mahdollisimman ehyt ja systemaattinen kokonaisuus. Tämä voidaan toteuttaa havaitsemalla ja korjaamalla ristiriitaisuudet eri säädösten ja politiikkojen välillä.

ePrivacy-ehdotuksen käsittely on osoittanut erilaisten laatuksiteerien sidonnaisuuksia toisiinsa. Kun säännellään teknologiaa, voi suhteellisuusperiaatteen toteutuminen edellyttää siirtymistä yleisluontoisesta sääntelystä kohti yksityiskohtaista sääntelyä, toisin kuin komission Paremmän sääntelyn työkaluissa esittämä pääsääntö ohjaa. Lisäksi lainsäädäntöhankkeisiin vaikuttavat kulloinkin vallalla olevat päätöksentekoa ohjaavat osittain poliittiset linjaukset, kuten teknologianeutraalius tai innovaatioperiaate. ePrivacy-asetuksen käsittelystä tehdyn havainnon mukaisesti digitalisointiin ja teknologiaintensiivisiin aloihin liittyvissä lainsäädäntöhankkeissa ei tulisi soveltaa orjallisesti pintapuolisia pääsääntöjä silloin, kun on kyse sääntelyn yleisyydestä tai yksityiskohtaisuudesta taikka sääntelystä tai sääntelemättä jättämisestä. Ehdotukset tulisi varustaa riittävällä arvioinnilla toimenpiteen tarpeellisuudesta, vaikuttavuudesta, rajauksesta ja erilais-

ten sääntelyratkaisujen vaikutuksista. Mitä yksityiskohtaisempiin lainsäädännön laatua koskeviin periaatteisiin tai sääntöihin mennään, sitä suurempi merkitys on perusteellisella arvioinnilla lainsäädännön laadun toteutumisesta. Poliittiset tavoitteet määrittävät suuret linjat, ja EU:n primäärilainsäädäntö asettaa raamit, joiden tulee täyttyä. Tämän kehikon päälle asettuu Paremmen sääntelyn kehys, joka sisältää pääasiassa määritelmiä ja ohjeita sääntelyn parantamiseksi. ePrivacy-hankkeessa tai muissakaan lainsäädäntöhankkeissa se ei kuitenkaan tarjoa yksiselitteistä mallia, jonka avulla sääntelyn laatu voitaisiin kaavamaisesti varmistaa. Vaikka erilaiset ylätaason periaatteet ja ohjeet esimerkiksi sääntelyn yleisyydestä tai yksityiskohtaisuudesta voivat olla hyödyllisiä sääntöjä, toimenpiteiden tulisi aina perustua riittäviin ja perusteellisiin tapauskohtaisiin arvioihin ja tasapainotteluun.

Tässä artikkelissa toteutetun tarkastelun myötä jää avoimeksi monia mielenkiintoisia kysymyksiä ePrivacy-asetuksen ja sen valmistelun laatuun liittyvistä seikoista. Olisi mielenkiintoista tarkastella, miten lobbautuminen on vaikuttanut hankkeeseen ja sen laatuun. Lisäksi olisi kiinnostavaa selvittää tarkemmin lainsäätäjien oikeudellisten palvelujen roolia lainsäädännön laadun edistämiseksi. Asiasisällöltään yksi ePrivacy-hankkeen mielenkiintoisimmista kokonaisuuksista liittyy data retention -sääntelyyn ja jäsenvaltioiden liikkumavaraan kansallisen turvallisuuden sekä rikosten tutkimisen ja torjumisen alueilla. Koska tällaisten seikkojen selvittäminen vaatisi erilaisia tutkimusmetodeja ja erilaista tutkimuskohteen rajausta kuin tässä artikkelissa, jääköön niiden tarkastelu muille käynnissä oleville ja tulevaisuuden tutkimuksille.

## LÄHTEET

### Kirjallisuus

- Alemanno, Alberto, How Much Better is Better Regulation: Assessing the Impact of the Better Regulation Package on the European Union – a Research Agenda. *European Journal of Risk Regulation (EJRR)* 6(3) 2015, s. 344–356.
- Atienza, Manuel, Reasoning and legislation, s. 297–317 teoksessa Luc J. Wintgens, *The theory and practice of legislation*. Routledge 2005.
- Baldwin, Robert, *Rules and Government*. Clarendon Press Oxford 1995.
- Cormack, Andrew, The Draft ePrivacy Regulation: No More Lex Specialis for Cookie Processing? *SCRIPTed* 14(2) 2017.
- Curtin, Deirdre – Leino, Päivi, In Search of Transparency for EU Law-making: Trilogues on the Cusp of Dawn. *Common Market Law Review* 54(6) 2017, s. 1673 – 1712.
- Docksey, Christopher, Ministerio Fiscal: Holding the line on ePrivacy: Case C-207/16 Ministerio Fiscal, EU:C:2018:788. *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 26(4) 2019, s. 585–594.
- Garben, Sacha, An ‘Impact Assessment’ of EU Better Regulation, s. 226–227 teoksessa Sacha Garben – Inge Govaere (eds), *The EU Better Regulation Agenda: A Critical Assessment*. Hart Publishing 2018.
- Garben, Sacha – Govaere, Inge, The Multi-faceted Nature of Better Regulation, s. 3–12 teoksessa Sacha Garben – Inge Govaere (eds), *The EU Better Regulation Agenda: A Critical Assessment*. Hart Publishing 2018.
- Hyvärinen, Anna, Suomen mahdollisuudet vaikuttaa Euroopan unionin lainsäädäntömenetelyyn. Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja, julkisoikeuden sarja A 40. Turun yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta 2015.
- Leino-Sandberg, Päivi, *The Politics of Legal Expertise in EU Policy-Making*. Cambridge University Press 2021.
- Martínez Iglesias, María José, The European Parliament and the Better Law-Making Agenda, s. 105–118 teoksessa Sacha Garben – Inge Govaere (eds), *The EU Better Regulation Agenda: A Critical Assessment*. Hart Publishing 2018.
- Määttä, Kalle, Oikeudellisen sääntelyn tutkimus – lastuja sääntelyteoriasta. *Oikeus* 2/2002, s. 132–142.
- Ogus, Anthony, *Regulation, Economics and the Law*. Edward Elgar Publishing 2001.
- Oliver-Lalana, A. Daniel, Rational Lawmaking and Legislative Reasoning in Parliamentary Debates, s. 135–184 teoksessa Luc J. Wintgens – Daniel Oliver-Lalana (eds), *The Rationality and Justification of Legislation: Essays in Legisprudence*. Springer International Publishing Switzerland 2013.
- Radaelli, Claudio M, Halfway through the Better Regulation Strategy of the Juncker Commission: What Does the Evidence Say. *Journal of Common Market Studies* 56(S1) 2018, s. 85–95.
- Rojszczak, Marcin, National Security and Retention of Telecommunications Data in Light of Recent Case Law of the European Courts. *European Constitutional Law Review* 17(4) 2021, s. 607–635.

- Schmidt, Vivien A., Democracy and Legitimacy in the European Union Revisited: Input, Output and ‘Throughput’. *Political Studies* 61(1) 2013, s. 2–22.
- Senden, Linda, *Soft Law in the European Community Law*. Hart Publishing 2004.
- Senden, Linda, Soft Post-Legislative Rulemaking: Time for more stringent control. *European Law Journal* 19(1) 2013, s. 57–75.
- Wintgens, Luc J., The Rational Legislator Revisited. Bounded Rationality and Legisprudence, s. 1–31 teoksessa Luc J. Wintgens – Daniel Oliver-Lalana (eds), *The Rationality and Justification of Legislation: Essays in Legisprudence*. Springer International Publishing Switzerland 2013.
- Wintgens, Luc J., Legisprudence as a New Theory of Legislation, s. 3–25 teoksessa Luc J. Wintgens (ed.), *The Theory and Practice of Legislation: Essays in Legisprudence*. Routledge 2016.

## **Virallislähteet**

### *Euroopan komissio*

- Better Regulation Toolbox 2015, täydentää asiakirjaa SWD(2015) 111 (Better Regulation Toolbox 2015).
- Better Regulation Toolbox 2017, täydentää asiakirjaa SWD(2017) 350 (Better Regulation Toolbox 2017).
- Better Regulation Toolbox, November 2021 edition, täydentää asiakirjaa SWD(2017) 350 (Better Regulation Toolbox 2021).
- Commission Staff Working Document: Better Regulation Guidelines, SWD(2015) 111 final, 19.5.2015 (Paremmen sääntelyn suuntaviivat 2015).
- Commission Staff Working Document: Better Regulation Guidelines, SWD(2017) 350, 7.7.2017 (Paremmen sääntelyn suuntaviivat 2017).
- Commission Staff Working Document: Better Regulation Guidelines, SWD(2021) 305 final, 3.11.2021 (Paremmen sääntelyn suuntaviivat 2021).
- Commission Staff Working Document: Better regulations for innovation-driven investment at EU level. Publications Office of the European Union 2016.
- Commission Staff Working Document: Ex-post REFIT evaluation of the ePrivacy Directive 2002/58/EC, SWD(2017) 5 final, 10.1.2017.
- Commission Staff Working Document: Executive Summary of the Ex-post REFIT evaluation of the ePrivacy Directive, SWD(2017) 6 final, 10.1.2017.
- Commission Staff Working Document: Impact Assessment, SWD(2017) 3 final, 10.1.2017.
- Communication from the Commission on Impact Assessment, COM(2002) 276 final, 5.6.2002.
- Ehdotus Euroopan parlamentin ja neuvoston asetukseksi tilapäisestä poikkeuksesta Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2002/58/EY tietyistä säännöksistä siltä osin kuin on kyse teknologioista, joita numeroista riippumattomien henkilöiden välisten viestintäpalvelujen tarjoajat käyttävät henkilötietojen ja muiden tietojen käsittelyyn verkossa tapahtuvan lasten seksuaalisen hyväksikäytön torjumiseksi, COM(2020) 568 final, 2020/0259 (COD), 10.9.2020.

- Ehdotus Euroopan parlamentin ja neuvoston asetukseksi yksityiselämän kunnioittamisesta ja henkilötietojen suojasta sähköisessä viestinnässä ja direktiivin 2002/58/EY kumoamisesta (sähköisen viestinnän tietosuojasetus), COM(2017) 10 final, 2017/0003 (COD), 10.1.2017 (ePrivacy-ehdotus).
- Information note from the President to the Commission Enhancing quality support and control for Commission Impact Assessments, The Impact Assessment Board, SEC(2006) 1457, 15.11.2006.
- Komission lehdistötiedote: Sääntelyn parantaminen: Komissio haluaa vahvistaa toissijaisuus- ja suhteellisuusperiaatetta EU:n päätöksenteossa, 23.10.2018.
- Komission tiedonanto Euroopan parlamentille, neuvostolle, Euroopan talous- ja sosiaalikomitealle ja alueiden komitealle: Tekoäly Euroopassa, COM(2018) 237 final, 25.4.2018.
- Komission tiedonanto Euroopan parlamentille, Eurooppa-neuvostolle, neuvostolle, Euroopan talous- ja sosiaalikomitealle ja alueiden komitealle: Uudistettu tutkimuksen ja innovoinnin ohjelma: Euroopan mahdollisuus muokata tulevaisuutta, COM(2018) 306 final, 15.5.2018.
- Komission tiedonanto Euroopan parlamentille, neuvostolle, Euroopan talous- ja sosiaalikomitealle ja alueiden komitealle: Digitaalisten sisämarkkinoiden strategia Euroopalle, COM(2015) 192 final, 6.5.2015.
- Komission tiedonanto Euroopan parlamentille, neuvostolle, Euroopan talous- ja sosiaalikomitealle ja alueiden komitealle: EU-agenda: Paremmalla sääntelyllä parempiin tuloksiin, COM(2015) 215 final, 19.5.2015 (Better Regulation Agenda 2015).
- Komission tiedonanto Euroopan parlamentille, neuvostolle, Euroopan talous- ja sosiaalikomitealle ja alueiden komitealle: Parempaa sääntelyä: tilannearvio ja sitoumuksessa pysyminen, COM(2019) 178 final, 15.4.2019.
- Komission tiedonanto Euroopan parlamentille, neuvostolle, Euroopan talous- ja sosiaalikomitealle ja alueiden komitealle: Parempaa sääntelyä: yhteistyöllä parempaa lainsäädäntöä, COM(2021) 219 final, 29.4.2021.
- Komission tietosivu “The Innovation Principle”, [https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/research\\_and\\_innovation/knowledge\\_publications\\_tools\\_and\\_data/documents/ec\\_rtd\\_factsheet-innovation-principle\\_2019.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/research_and_innovation/knowledge_publications_tools_and_data/documents/ec_rtd_factsheet-innovation-principle_2019.pdf) (haettu syyskuussa 2021).
- Komission poliittiset suuntaviivat vuosille 2019–2024: Kunnianhimoisempi uniioni, Ohjelma Euroopalle, 16.7.2019.
- Komission päätös Fit for Future -foorumin perustamisesta, C(2020) 2977 final, 11.5.2020.
- Komission valkoinen kirja: Eurooppalainen hallintotapa, COM(2001) 428 final, 12.10.2001.
- Sääntelyntarkastelulautakunnan lausunto asiassa 2016/CNECT/007, 30.9.2016.
- Sääntelyntarkastelulautakunnan lausunto asiassa SEC(2017) 42, 28.9.2016.

## *Euroopan parlamentti*

Euroopan parlamentin mietintöluonnos ehdotuksesta Euroopan parlamentin ja neuvoston asetukseksi yksityiselämän kunnioittamisesta ja henkilötietojen suojasta sähköisessä viestinnässä ja direktiivin 2002/58/EY kumoamisesta (sähköisen viestinnän tietosuojasetus), COM(2017) 0010 – C8–0009/2017 – 2017/0003(COD), A8-0324/2017, 20.10.2017 (Euroopan parlamentin mietintöluonnos 20.10.2017).

Euroopan parlamentin mietintöluonnoksen yhteenveto, 2017/0003(COD), 23.10.2017, <https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/summary.do?id=1508613&t=d&l=en> (haettu syyskuussa 2021).  
Parlamentin infisivu, [https://www.europarl.europa.eu/infographic/legislative-procedure/index\\_en.html](https://www.europarl.europa.eu/infographic/legislative-procedure/index_en.html) (haettu syyskuussa 2021).

### *Euroopan unionin neuvosto*

Neuvoston puheenjohtajan edistymisraportti 13106/20, 23.11.2020.  
Neuvoston puheenjohtajan raportti 9243/20, 6.7.2020.  
Neuvoston puheenjohtajan raportti 9931/20, 4.11.2020.  
Neuvoston puheenjohtajan raportti 5008/21, 5.1.2021.  
Neuvoston asiakirja 6087/21, 10.2.2021.  
Neuvoston päätös 2009/937/EU neuvoston työjärjestyksen käyttöönotosta, annettu 1.12.2009.  
Neuvoston tietosivu ”Televiestintä- ja tietoyhteiskuntatyöryhmä”, <https://www.consilium.europa.eu/fi/council-eu/preparatory-bodies/working-party-telecommunications-information-society/> (haettu syyskuussa 2021).

### *Toimielinten väliset sopimukset*

Toimielinten välinen sopimus nopeutetusta menetelmästä säädöstekstien viralliseksi kodifioimiseksi, 20.12.1994, C 102, 04/04/1996, s. 2–3.  
Toimielinten välinen sopimus paremmasta lainsäädännöstä, 13.4.2016, OJL 123, 12.5.2016, s. 1–14 (Toimielinten välinen sopimus paremmasta lainsäädännöstä 2016).  
Toimielinten välinen sopimus säädösten uudelleenlaatumistekniikan järjestelmällisestä käytöstä, 28.11.2001, C 077, 28/03/2002, s. 1–3.  
Toimielinten välinen sopimus yhteisön lainsäädännön valmistelun laatua koskevista yhteisistä suuntaviivoista, 22.12.1998, C 073, 17/03/1999, s. 1–4 (Toimielinten välinen sopimus lainsäädännön valmistelun laatua koskevista yhteisistä suuntaviivoista 1999).

### *Muut virallislähteet*

Euroopan tietosuojaneuvoston lausunto sähköisen viestinnän tietosuoja-asetuksen tarkistuksesta ja sen vaikutuksesta henkilöiden yksityisyyden suojaan ja heidän viestintänsä luottamuksellisuuteen, 25.5.2018.  
Joint Practical Guide of the European Parliament, the Council and the Commission for persons involved in the drafting of European Union legislation, Publications Office of the European Union 2015.  
Study supporting the interim evaluation of the innovation principle, Independent expert report, European Commission, Publications Office of the European Union 2019.

REFIT-foorumin raportti REFIT Platform Opinion on the submission by the Danish Business Forum on the E-Privacy Directive and the current rules related to “cookies”, 27/28.6.2016.

Traficom:n opas Evästeet ja muut käyttäjien päätelaitteille tallennettavat tiedot sekä näiden tietojen käyttö – Opas palveluntarjoajille, TRAFICOM/295680/04.04.05.03/2021, 1.9.2021.

### *Muut aineistot*

E-Commerce Europan uutinen: Telecommunications Council: Will there be a new ePrivacy Proposal?, <https://ecommerce-europe.eu/news-item/telecommunications-council-will-there-be-a-new-eprivacy-proposal/> (haettu syyskuussa 2021).

EDR:n artikkeli: Captured states – e-Privacy Regulation victim of a “lobby onslaught”, 23.5.2019, <https://edri.org/our-work/coe-eprivacy-regulation-victim-of-lobby-onslaught/> (haettu syyskuussa 2021).

Euractivin uutinen: Commission to present revamped ePrivacy proposal, 3.12.2019 (päivitetty 9.12.2019), <https://www.euractiv.com/section/data-protection/news/commission-to-present-revamped-eprivacy-proposal/> (haettu syyskuussa 2021).

Corporate Europe Observatory:n artikkeli: Shutting down ePrivacy: lobby bandwagon targets Council, 4.6.2018, <https://corporateeurope.org/en/power-lobbies/2018/06/shutting-down-eprivacy-lobby-bandwagon-targets-council> (haettu syyskuussa 2021).

IAPP:n artikkeli: Inside the ePrivacy Regulation’s furious lobbying war, 31.10.2017, <https://iapp.org/news/a/inside-the-eprivacy-regulations-furious-lobbying-war/> (haettu syyskuussa 2021).

OECD:n raportti Better Regulation Practices across the European Union, 19.3.2019, OECD Publishing 2019.

## OIKEUSTAPAUKSET

Asia C-322/88 Grimaldi v Fonds des Maladies Professionnelles 1989, 13.12.1989, ECLI:EU:C:1989:646.

Asia C-343/09 Afton Chemical, 8.7.2010, ECLI:EU:C:2010:419.

Yhdistetyt asiat C-92/09 ja C-93/09 Volker und Markus Schecke ja Eifert, 9.11.2010, ECLI:EU:C:2010:662.

Asia C-348/12 neuvosto v. Manufacturing Support & Procurement Kala Naft, 28.11.2013, ECLI:EU:C:2013:776.

Asia C-72/15 Rosneft, 28.3.2017, ECLI:EU:C:2017:236.

Unionin tuomioistuimen lausunto 1/15 (suuri jaosto), EU:n ja Kanadan välinen PNR-sopimus, 26.7.2017, ECLI:EU:C:2017:592.

Asia C-507/17 Google, 24.9.2019, ECLI:EU:C:2019:772.

## ABSTRACT

This article reviews quality of legislation and legislative process in processing of the Commission's proposal for the ePrivacy Regulation ("the ePrivacy Proposal"). The review is based on a case study focusing on processing of the ePrivacy Proposal as it has revealed several characteristics and challenges in reaching and improving quality of legislation and legislative processes in the European Union. The article has a special focus on reviewing quality of legislation and legislative processes related to digitalisation and technology intensive areas of business, such as privacy in electronic communications, which is the scope of the ePrivacy Regulation.

The most relevant quality criteria for the ePrivacy Proposal are included to so-called 'Better Regulation' framework. It is understood broadly in this article consisting of several instruments set out by the Commission, European Parliament and the Council for improving quality of the EU legislation. The most relevant quality criteria for this review include proportionality, clarity and coherence of legislation as well as innovation-friendliness. The article discusses how these and other related quality criteria have been applied and could be applied in the legislative process and drafting of the ePrivacy Regulation.

According to the findings and remarks regarding processing of the ePrivacy Proposal, it has become apparent that impact assessments are very relevant instruments in improving quality and especially proportionality, but the article identifies several challenges. It seems that the Commission has not utilised sufficiently the results of the comprehensive impact assessment in improving of proportionality of the ePrivacy Proposal. In addition, the impacts resulting from the significant changes proposed by the European Parliament and the Council have not been assessed, even though there is a possibility to do so in accordance with the Interinstitutional Agreement of 2016. Also, due to the lack of efficiency and length of the legislative process (over five years from 2017 to 2022), the conducted impact assessment is already outdated.

The processing of the ePrivacy Proposal has indicated that clarity of legislation has to be balanced with precision and understandability. However, reaching coherence of the legislation with other policies and legislation, namely the General Data Protection Regulation of the EU, seems more straightforward question to be solved.



Better Regulation Framework instructs to regulate innovations with general level provisions. The processing of the ePrivacy Proposal shows that this may not lead to proportional results in regulating privacy in electronic communications. Thus, balancing is necessary when regulating digitalisation, technology and innovations.



**Antti Vepsä**

**VAIHTUVAPÄÄOMAISEN  
SIJOITUSYHTIÖN  
PÄÄOMAJÄRJESTELMÄ**



---

# Sisällys

1	JOHDANTO .....	351
1.1	Taustaa ja artikkelin tutkimuskysymys.....	351
1.2	Yhteisen sijoitustoiminnan vaatimukset pääoma- järjestelmälle.....	357
2	OSAKEYHTIÖ RAHASTOTOIMINNASSA.....	359
2.1	Osakeyhtiön pääomajärjestelmän perusominaisuudet.....	359
2.2	Yhteisen sijoitustoiminnan harjoittaminen osakeyhtiö- muodossa .....	361
2.3	Arviointia.....	364
3	VAIHTUVAPÄÄOMAISEN SIOITUSYHTIÖN PÄÄOMAJÄRJESTELMÄ.....	367
3.1	Pääomalajit .....	367
3.2	Vaihtuva osakepääoma.....	372
3.3	Eriytyinen tase ja tilinpäätös.....	381
3.4	Varojenjako.....	383
3.5	Suosituksset.....	385
4	LOPUKSI .....	388
	LÄHTEET.....	393
	OIKEUSTAPAUKSET.....	400
	LYHENTEET.....	401
	ABSTRACT.....	403



---

# Vaihtuvapääomaisen sijoitusyhtiön pääomajärjestelmä

## 1 JOHDANTO

### 1.1 Taustaa ja artikkelin tutkimuskysymys

Yhteissijoitusyrityksiä<sup>1</sup> sääntelevä direktiivi 2009/65/EY (jäljempänä UCITS-direktiivi<sup>2</sup> tai sijoitusrahastodirektiivi) mahdollistaa yhteissijoitusyritysten perustamisen kolmessa eri oikeudellisessa muodossa. UCITS-direktiivin 1 artiklan 3 kohdan mukaan yhteissijoitusyritys voidaan perustaa sopimusperusteisena sijoitusrahastona, osuustrustina tai sijoitusyhtiönä. Puolestaan AIFM-direktiivin<sup>3</sup> 2 artiklan 2 kohdan mukaan vaihtoehtorahastojen<sup>4</sup> oikeudellista muotoa ei ole rajoitettu.<sup>5</sup> Suomen lainsäädäntö tunnistaa tällä hetkellä yhteistä sijoitustoimintaa<sup>6</sup> varten tarkoitetuiksi eri-

---

<sup>1</sup> UCITS-direktiivin 1 artiklan 1 kohdan mukaan yhteissijoitusyrityksellä tarkoitetaan siirtokelpoisiin arvopapereihin kohdistuvaa yhteistä sijoitustoimintaa harjoittavaa yritystä, joka on sijoittautunut jäsenvaltion alueelle.

<sup>2</sup> Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2009/65/EY, annettu 13 päivänä heinäkuuta 2009, siirtokelpoisiin arvopapereihin kohdistuvaa yhteistä sijoitustoimintaa harjoittavia yrityksiä (yhteissijoitusyritykset) koskevien lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta.

<sup>3</sup> AIFM-direktiivi (Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2011/61/EU vaihtoehtoisten sijoitusrahastojen hoitajista ja direktiivin 2003/41/EY ja 2009/65/EY sekä asetuksen (EY) N:o 1060/2009 ja (EU) N:o 1095/2010 muuttamisesta) eli vaihtoehtoisten sijoitusrahastojen hoitajista annettu direktiivi annettiin 8 päivänä kesäkuuta 2011. Direktiivillä vahvistettiin standardoidut säännöt, jotka koskevat sellaisten vaihtoehtorahastojen hoitajien toimilupia, toimintaa ja avoimuutta, jotka hoitavat ja/tai markkinoivat vaihtoehtorahastoja Euroopan talousalueen ETA-valtioissa.

<sup>4</sup> Vaihtoehtorahasto eli AIF-rahasto on yhteistä sijoitustoimintaa harjoittava yritys, joka hankkii pääomaa useammalta kuin yhdeltä sijoittajalta sijoittaakseen pääoman erikseen määritellyn sijoituspolitiikan mukaan sijoittajien eduksi ja jolta ei vaadita UCITS-direktiivin 5 artiklan mukaista toimilupaa.

<sup>5</sup> Vepsä 2021a, s. 3–4.

<sup>6</sup> Yhteisellä sijoitustoiminnalla tarkoitetaan tässä artikkelissa pääasiassa arvopapereihin

tyisiksi oikeudellisiksi rakenteiksi ainoastaan sopimusperusteiset rahastot, joita ovat sijoitusrahastolaissa (SRL, 213/2019) tarkoitetut sijoitusrahastot ja vaihtoehtorahastojen hoitajista annetussa laissa (162/2014) tarkoitetut erikoissijoitusrahastot. Vaikka vaihtoehtorahastoja voidaan nykyäänkin perustaa useissa yhtiömuodoissa, kuten osakeyhtiöinä ja kommandiittiyhtiöinä, ei olemassa olevia yhtiömuotoja ole lähtökohtaisesti suunniteltu yhteiseen sijoitustoimintaan.<sup>7</sup> UCITS-direktiivin mahdollistamia sijoitusyhtiötä tai osuustrusteja ei voida Suomessa perustaa. Osuustrustien puuttumiselle Suomesta löytyvät järkiperäiset syvälle oikeusjärjestelmään perustuvat syyt<sup>8</sup>, mutta sijoitusyhtiöistä ei voida todeta samoin.

Kansainvälisesti tavanomainen ja sijoittajien keskuudessa laajasti tunnettu oikeudellinen muoto yhteisen sijoitustoiminnan järjestämiseen on vaihtuvapääomainen sijoitusyhtiö<sup>9</sup>, jollaisia esiintyy laajasti Euroopassa ja myös muualla maailmassa, kuten Yhdysvalloissa ja monissa Aasian merkittävässä finanssivaltioissa. Eurooppalaisina esimerkkeinä vaihtuvapääomaisesta sijoitusyhtiöstä voidaan mainita Luxemburgin SICAV<sup>10</sup>, Irlannin ICAV<sup>11</sup> ja Ison-Britannian OEIC<sup>12</sup>. Vaihtuvapääomainen sijoitusyhtiö on Euroopassa niin yleinen, että toisinaan termi *UCITS* on ymmärretty virheellisesti *yhtiömuotoisen rahaston* synonyymiksi.<sup>13</sup> Vaihtuvapääomaisella sijoitusyhtiöllä tarkoitetaan yhtiömuotoista rahastoa, jossa on vaihtuva osakepääoma. Oikeudellisena ilmiönä vaihtuvapääomaista sijoitusyhtiötä ei voida kuitenkaan pitää tavanomaisena osakeyhtiönä, vaikka se sinänsä ylätasolla täyttää modernien yhtiöiden peruselementit.<sup>14</sup>

---

kohdistuvaa sijoittajayleisön lukuun harjoitettavaa yhteistä sijoitustoimintaa riippumatta rahaston tyypistä tai oikeudellisesta muodosta.

<sup>7</sup> Sijoitus- ja erikoissijoitusrahastot on nimenomaisesti suunniteltu yhteistä sijoitustoimintaa varten eikä niiden kautta voida harjoittaa muunlaista liiketoimintaa, kun taas osakeyhtiöt on suunniteltu siten, että ne soveltuisivat mahdollisimman laaja-alaisesti monenlaisen liiketoiminnan harjoittamiseen, jolloin osakeyhtiöisäntelyssä ei ole otettu huomioon rahastoliiketoiminnan erityisvaatimuksia.

<sup>8</sup> Vepsä 2021a, s. 17 ja vastaavasti osuustrustin huonosta soveltuvuudesta Luxemburgin oikeusjärjestelmään toteaa myös Hooghiemstra 2019, s. 144 (alaviite 108). Laajemmin kyse on trust-rakenteen vieraudesta mannereurooppalaisessa oikeudessa ylipäätään, ks. Howard 2006, s. 356 ja Warburton 2008, s. 766.

<sup>9</sup> Ks. esim. Warburton 2008, s. 766; Steck – Fischer 2010, s. 1; FSTB 2014, s. 1; Boire – Kiswanto – Wiklund – Liu 2016, s. 16–17 ja Barker – Chiu 2017, s. 261.

<sup>10</sup> Société d'Investissement à Capital Variable.

<sup>11</sup> Irish Collective Asset Management Vehicle.

<sup>12</sup> Open-Ended Investment Company.

<sup>13</sup> Ks. esim. Treasury (Australia) 2017, s. 11, jossa todetaan: ”Funds managed in Europe are subject to the Undertakings for Collective Investment in Transferable Securities (UCITS) Directive and operate with a corporate structure.”

<sup>14</sup> Armour – Hansmann – Kraakman – Pargendler 2017, s. 5. Sen mukaan yhtiön peruselementit ovat (1) oikeushenkilöllisyys, (2) rajoitettu vastuu, (3) siirtokelpoiset osakkeet, (4)



Yhtiömuotoisessa rahastossa rahaston hallinnoiman varallisuuden omistaa erityinen yhteiseen sijoitustoimintaan tarkoitettu osakeyhtiö, jonka osakkeet rahastosijoittajat omistavat.<sup>15</sup> Kun sijoittajat merkitsevät ja lunastavat sijoitusyhtiön osakkeita, sen osakepääoma muuttuu automaattisesti *ipso jure* ilman osakeyhtiöille tyypillisiä prosesseja ja viranomaisilmoituksia<sup>16</sup>, minkä takia puhutaan ”vaihtuvasta osakepääomasta”. Vaihtuvapääomaisen sijoitusyhtiön pääomajärjestelmä poikkeaa merkittävästi osakeyhtiöiden pääomajärjestelmästä. UCITS- tai AIFM-direktiivissä ei suoraan säännellä, millainen sijoitusyhtiöiden pääomajärjestelmän tulisi olla.<sup>17</sup>

Vaihtuvapääomaisista sijoitusyhtiöistä säätämisen haasteet on havaittu aiemmin niin Ruotsissa kuin Suomessa. Ruotsissa asiaa tutkittiin vuosina 1999–2002 (Värdepappersfondsutredningen) ja Suomessa vuosina 2016–2018 (SRL-työryhmä). Molemmissa tapauksissa arvioitavana oli muiden rahastosääntelyn uudistustarpeiden ohella kysymys yhtiömuotoisista vaihtuvapääomaisista sijoitusyhtiöistä. Ruotsin selvitys ja Suomen työryhmä eivät rajallisten toimikausiensa puitteissa pystyneet käsittelemään tätä laajaa erityiskysymystä.<sup>18</sup> Ruotsin uudempi rahastaselvitys (”2014 års fondutredning”) sai laadittua luonnoksen ehdotukseksi laiksi sijoitusyhtiöistä: ”Förslag till lag (0000:0000) om investeringsbolag”. Kyseessä olisi oma

---

keskitetty johto hallituksen muodossa ja (5) omistusoikeuden kuuluminen oman pääoman etoisille rahoittajille. Sijoitusyhtiöissä nämä kaikki ominaisuudet täyttyvät, kun taas esimerkiksi sopimusperusteisissa sijoitusrahastoissa näin ei ole. Kuitenkin mitä syvemältä sijoitusyhtiön käytännön toimintaa tarkastellaan, sitä enemmän erot tavanomaisiin yhtiöihin alkavat korostua.

<sup>15</sup> Ks. yhtiömuotoisista rahastoista yleisemmin Vepsä 2021a, s. 27–36. UCITS-direktiivistä ei toisaalta johdu, että vaihtuvapääomaisen sijoitusyhtiön tarvitsisi olla nimenomaan osakeyhtiön kaltainen. Se voisi olla esimerkiksi osuuskunta tai kommandiittiyhtiö, mikäli kansallinen lainsäädäntö tämän sallisi. Esimerkiksi Luxemburgin lainsäädäntö (Articles 38 et 39, Loi de 2010) mahdollistaa teoriassa sijoitusyhtiön perustamisen myös muussa oikeudellisessa muodossa kuin SICAV-sijoitusyhtiönä, mutta mahdollisuus ei ole oikeudellisesti tai käytännön näkökulmasta relevantti, koska yhtään muunlaista UCITS-sijoitusyhtiötä ei ole Luxemburgissa perustettu. Ks. tältä osin Dietrich – Müller 2016, s. 50 ja CSSF, Basic statistical data on UCIs – March 2022.

<sup>16</sup> Ks. osakepääoman joustavuudesta esim. Dietrich – Müller 2016, s. 47.

<sup>17</sup> Yhteissijoitusryitysten ja vaihtoehtorahastojen oikeudellisten muotojen yksityiskohdista säätäminen on jätetty jäsenvaltioiden lainsäätäjän tehtäväksi, minkä takia niitä koskeva sääntely poikkeaa eri jäsenvaltioissa. Tämän takia myös sijoitusyhtiöiden pääomajärjestelmää koskevat yksityiskohdat poikkeavat jäsenvaltioiden välillä, vaikka erityisesti UCITS-direktiivin avoimia rahastoja koskevat reunaehdot asettavat pääomajärjestelmälle tiettyjä vähimmäisvaatimuksia. UCITS-direktiivin implementoimisessa (ja finanssimarkkinoiden sääntelyssä ylipäätään) on perinteisesti esiintynyt paljon sääntelykilpailua, mistä ks. esim. Zetzsche 2015, s. 8–9 ja Barker – Chiu 2017, s. 263. Kilpailu voi olla myös positiivinen asia: näin toteavat esim. Horváthová 2015, s. 82 ja Zetzsche 2018, s. 359, joiden mukaan liika harmonisoinnin aste vähentää sääntelyinnovaatioita.

<sup>18</sup> Ks. SOU 2002:56, s. 522 ja VM 5/2018, s. 14 ja 52.

erillislakinsa, jossa käytettäisiin valmista lainsäädäntöä hyödyksi viittaamalla muihin säännöksiin, jotka soveltuisivat myös sijoitusyhtiöihin. Lakiehdotuksessa viitataan muun muassa Ruotsin osakeyhtiölakiin, sijoitusrahastolakiin ja AIF-lakiin.<sup>19</sup> Vuonna 2016 julkaistu mietintö ei ole toistaiseksi johtanut lainsäädäntötoimiin erityisesti sen takia, että sijoitusyhtiöitä koskevaa verosääntelyä ei samassa yhteydessä tutkittu.<sup>20</sup>

Tärkeänä erityiskysymyksenä on pidetty vaihtuvapääomaisen sijoitusyhtiön pääomajärjestelmää ja yhtiömuodon suhdetta muuhun yhtiölainsäädäntöön. Ongelma on Suomessa ajankohtainen, koska SRL-työryhmä ei pystynyt valmistelemaan esitystä vaihtuvapääomaisia sijoitusyhtiöitä koskevaksi sääntelyksi, vaan sen osalta tyydyttiin toteamaan: ”Työryhmä päätyi esittämään vaihtuvapääomaisen sijoitusyhtiön sääntelyn siirtämistä jatkovalmisteluun, sillä kyse on oikeudellisesti monimutkaisesta asiakokonaisuudesta.” Edelleen todettiin: ”Esityksessä ehdotetaan kuitenkin toistaiseksi pitäytymistä vielä sopimusmallisen sijoitusrahaston rakenteessa, sillä vaihtuvapääomaisen sijoitusyhtiön osalta kyse on oikeudellisesti monimutkaisesta asiakokonaisuudesta, joka edellyttää vielä huolellista lisäselvitystä suhteessa nykyiseen yhtiösääntelyyn.”<sup>21</sup> Ratkaisua pidettiin valitettavana, koska vaihtuvapääomaisia sijoitusyhtiöitä koskevan sääntelyn valmisteluun oli suhtauduttu laajalti positiivisesti.<sup>22</sup>

Tämän artikkelin päämääränä on tutkia, millainen pääomajärjestelmä olisi tarkoituksenmukainen vaihtuvapääomaisissa sijoitusyhtiöissä, jos niistä päätettäisiin Suomessa säätää. Olennainen osa tutkimuskysymystä on nykyisen yhtiösääntelyn analysoiminen vaihtuvapääomaisen sijoitusyhtiön näkökulmasta, jotta voidaan selvittää, soveltuuko osakeyhtiö yhteisen sijoitustoiminnan harjoittamiseen. Vaihtuvapääomaisia sijoitusyhtiöitä verrataan osakeyhtiöön sen takia, koska niin on perinteisesti tehty lainvalmistelussa niin Suomessa<sup>23</sup> kuin Ruotsissa<sup>24</sup> sekä myös kotimaisessa vero-

<sup>19</sup> Ks. SOU 2016:45, s. 23–68.

<sup>20</sup> Regeringens proposition 2017/18:5, s. 100 ja Harju 2020, s. 59. Verokysymysten jättämisestä selvityksen ulkopuolelle voidaan kummeksua, koska aiempi selvitys SOU 2002:56, s. 522 nimenomaan korosti, että verokysymykset täytyisi sisällyttää sijoitusyhtiösääntelyn jatkovalmisteluun.

<sup>21</sup> VM 5/2018, s. 14 ja 52 ja HE 243/2018 vp, s. 53. Ks. myös SRL-työryhmää edeltävä VM111:00/2016 Arviomuistio, s. 1 ja 9–10, jossa vaihtuvapääomaisia sijoitusyhtiöitä koskevan sääntelyn valmistelu oli mainittu yhtenä keskeisimmistä sijoitusrahastosääntelyn kehityskohteista.

<sup>22</sup> Lausuntopalaute arviomuistiosta sijoitusrahastolain uudistamisesta 2017, s. 2–8 ja Lausuntoyhteenveto Sijoitusrahastolainsäädännön kokonaisuudistus -työryhmämuistiosta 2018, s. 8–9.

<sup>23</sup> Ks. tämän artikkelin alaviite 180.

<sup>24</sup> Ks. esim. Prop. 1974:128, s. 96 ja SOU 2002:56, s. 510.

tuskäytännössä<sup>25</sup>. Lisäksi osakeyhtiö on valmiiksi säännelty yhtiömuoto, jonka soveltuvuutta rahastotoimintaan on tarkoituksenmukaista selvittää, koska UCITS-direktiivi mahdollistaa yhtiömuotoiset yhteissijoitusryitykset ja toisaalta osakeyhtiö ja vaihtuvapääomaiset sijoitusyhtiöt ovat oikeudelliselta rakenteeltaan varsin samankaltaisia.<sup>26</sup> Artikkelissa esitetään, että suomalaisen osakeyhtiölain mukainen osakeyhtiö ei ole optimaalinen yhtiömuoto yhteisen sijoitustoiminnan harjoittamiseen. Tämän takia artikkelissa analysoidaan oikeusvertailun avulla ulkomaisten sijoitusyhtiöiden pääomajärjestelmän ominaisuuksia ja esitetään johtopäätöksenä perusteltu malli, jolle vaihtuvapääomaisen sijoitusyhtiön pääomajärjestelmän tulisi rakentua, jotta rakenne olisi toimiva, mikäli vaihtuvapääomaisista sijoitusyhtiöistä päätettäisiin Suomessa säätää.

Artikkelin päämetodina hyödynnetään oikeusvertailua, koska tutkimuskohteena on oikeudellinen ilmiö, jota Suomen lainsäädäntö ei tunne.<sup>27</sup> Onkin todettu, että yhteisen sijoitustoiminnan harjoittamisessa hyödynnettävät rahastot ovat hyvin kiintoisa tutkimuskohde vertailevassa oikeustieteessä<sup>28</sup> ja ylipäätään rahastojen rakennetta ja sääntelyä on tutkittu niukas-

<sup>25</sup> Ks. esim. VM 14/2018, s. 256, jossa todetaan, että verotuskäytännössä UCITS-SICAV:t on rinnastettu suomalaiseen osakeyhtiöön. Tämä saattaa kuitenkin muuttua EUT:n tuomion C-480/19 E v. Veronsaajien oikeudenvallontayksikkö johdosta, jonka mukaan Luxemburgissa perustetun yhtiömuotoisen SICAV-sijoitusyhtiön tuotonjakoa ei voida verottaa suomalaisen luonnollisen henkilön verotuksessa ankarammin kuin suomalaisen sijoitusrahaston tuotonjakoa, kun otetaan huomioon pääomien vapaa liikkuvuus EU:ssa. Ratkaisu ei koskenut SICAV-sijoitusyhtiön rinnastettavuutta esimerkiksi lähdeverotilanteessa, mutta olisi kuitenkin johdonmukaista ja perusteltua, että rinnastettavuus ratkaistaisiin yhdenmukaisesti muissakin tilanteissa. Helsingin hallinto-oikeus esitti toisessa asiassa (Helsingin HAO 09.07.2020 20/1327/3) EU-tuomioistuimelle ennakkoratkaisupyynnön, joka koski ranskalaisen SICAV-rahaston Suomesta saaman kiinteistötulon verotusta. EUT:n asiassa 7.4.2022 antama ratkaisu (C-342/20) on merkittävä, koska siinä todetaan tuloverolain (TVL, 1535/1992) 20 a §:n olevan EU-oikeuden vastainen, sillä siinä rahaston oikeudellinen muoto on katsottu ratkaisevaksi tekijäksi Suomesta saatujen tulojen verovapauden kannalta, vaikka ulkomainen rahasto olisi muutoin verrannollinen suomalaiseen verovapaaseen sijoitusrahastoon. EUT:n ratkaisun myötä ei voida edellyttää, että suomalaiseen sijoitusrahastoon muutoin rinnastuva ulkomainen rahasto, joka täyttää oman kansallisen lainsäädäntönsä verovapaille rahastoille asettamat vaatimukset, olisi oikeudelliselta muodoltaan sopimusperusteinen tullakseen rinnastetuksi suomalaiseen verovapaaseen sijoitusrahastoon. Kokonaisuutena EUT:n linjaukset korostavat sitä, että sijoitusyhtiöitä tulisi kohdella vastaavasti kuin muitakin rahastoja, vaikka ne ovat yhtiömuotoisia.

<sup>26</sup> Molemmat niistä täyttävät modernien yhtiöiden peruselementit. Ks. tämän artikkelin alaviite 14.

<sup>27</sup> Oikeusvertailussa hankitaan tietoa asettamalla erilaiset oikeusjärjestykset rinnakkain. Oikeusvertailussa rajaudutaan vieraiden valtioiden oikeusjärjestysten niihin osiin, jotka ovat tutkimusongelman kannalta tärkeitä. Ks. oikeusvertailusta yleisesti Husa 2013, s. 25–39.

<sup>28</sup> Ks. Hanharan – Ramsay 2018, s. 415. Tämä johtuu siitä, että vaikka eri oikeusjärjestelmissä rahastoilla on yhtäläiset taloudelliset ja toiminnalliset ominaisuudet, poikkeavat niiden oikeudelliset muodot merkittävästi toisistaan.

ti.<sup>29</sup> Toisaalta myös rahastojen pääomarakenne on ollut vähäisen akateemisen tutkimuksen kohteena ja sitä on pidetty jopa itsestäänselvyytenä<sup>30</sup>, minkä lisäksi se on saanut niukasti huomiota päättäjiltä ja ekonomisteilta.<sup>31</sup> Suomessa tutkimuksen puutetta voidaan pitää jopa yhtenä merkittävänä syynä kotimaisessa sääntelyssä tehdyille ratkaisulle, jossa yhtiömuotoista yhteissijoitustoimintaa ei täysin tunnusteta. Tämä artikkeli pyrkii avustamaan lainsäätäjää ja edistämään lainvalmistelua arvioimalla ja tuottamalla uutta tietoa ja ratkaisumalleja, joihin sijoitusyhtiön oikeudellinen sääntely voisi tulevaisuudessa perustua. Artikkelin apumetodi on osittain oikeusdogmaattinen<sup>32</sup>, vaikkakaan artikkeli ei hyödynnä yksinomaan perinteistä lainopin metodia, vaan siinä hyödynnetään enemmän *de lege ferenda*-lainoppia, jota voidaan pitää yhtenä oikeuspoliittisen tutkimuksen alalajina.<sup>33</sup>

Artikkelin rakenne on seuraavanlainen: Johdannon jälkeen tarkastellaan rahastotoiminnan asettamia erityisiä reunaehtoja pääomajärjestelmälle ja varojenjako koskeville säännöksille. Tämä on välttämätöntä artikkelin tiedonintressin näkökulmasta, koska osakeyhtiön pääomajärjestelmän soveltuvuuden tutkiminen yhteisen sijoitustoiminnan näkökulmasta sekä vaihtuvapääomaisille sijoitusyhtiöille soveltuvan pääomajärjestelmän ominaisuuksien selvittäminen edellyttävät, että ensin tunnistetaan yhteisen sijoitustoiminnan erityisestä luonteesta johtuvat tarpeet ja reunaehdot pääomajärjestelmälle.

Toisessa luvussa analysoidaan ja arvioidaan relevanteilta osin osakeyhtiön pääomajärjestelmää ja sen soveltuvuutta yhteiseen sijoitustoimintaan. On perusteltua selvittää ensin olemassa olevan sääntelyn sopivuus vaihtuvapääomaiselle sijoitusyhtiölle, jotta voidaan varmistua siitä, tarvitaanko kokonaan uudenlaista sääntelyä. Toisen luvun analyysin tulosten perusteella kolmannessa luvussa tarkastellaan, millaisen pääomarakenteen vaihtuvapääomaiset sijoitusyhtiöt tarvitsisivat, kun otetaan huomioon etenkin kansainvälisesti omaksutut parhaat käytännöt ja toisaalta se, miten niiden varojenjako sääntely tulisi järjestää. Tarkastelu perustuu kansainväliseen sääntelyvertailuun, jolla selvitetään vaihtuvapääomaisten sijoitus-

<sup>29</sup> Morley 2014, s. 1231.

<sup>30</sup> Morley 2013, s. 345 ja Warburton 2017, s. 672–673.

<sup>31</sup> Morley 2013, s. 376.

<sup>32</sup> Tulkinta ja systematisointi ovat lainopin eli oikeusdogmatiikan keskeisiä tehtäviä. Kyseisten tehtävien nojalla se esittää voimassa olevista oikeusnormeista normikannanottoja ja tulkintakannanottoja. Ks. yleisemmin lainopillisesta metodista esim. Aarnio 1978, s. 52; Aarnio 1989, s. 48; Siltala 2001, s. 22–23; Siltala 2003, s. 384–386; Hirvonen 2011, s. 21–22 ja Kolehmainen 2015, s. 2–8.

<sup>33</sup> Ervasti 2011, s. 87 ja Kolehmainen 2015, s. 3.

yhtiöiden pääomajärjestelmän ominaisuuksia, koska Suomen oikeus ei tunne vaihtuvapääomaista sijoitusyhtiötä. Oikeusvertailun avulla analysoidaan syitä, miksi sijoitusyhtiöiden pääomajärjestelmän on täytettävä tietyt kriteerit toimiakseen. Oikeusvertailevan analyysin pohjalta esitetään sijoitusyhtiöiden pääomajärjestelmään liittyviä lainsäädäntösuosituksia *de lege ferenda* Suomen näkökulmasta. Lopuksi neljännessä luvussa vedetään yhteen artikkelin johtopäätökset.

## 1.2 Yhteisen sijoitustoiminnan vaatimukset pääomajärjestelmälle

Yhteisen sijoitustoiminnan järjestämiseen tarkoitetut rahastot ovat usein avoimia (open-ended). Avoimuus tarkoittaa, että sijoittajat voivat lunastaa osuutensa. Rahasto ei ole avoin, jos se tai sen hoitaja pidättää itsellään oikeuden määrittää, milloin osuuksia voi lunastaa. Parhaiten avoimuus voidaan ymmärtää siten, että sijoittaja voi lunastaa osuutensa silloin kun hän itse haluaa.<sup>34</sup> Vaihtoehtorahastojen avoimuus on määritelty epäsuorasti myös sääntelyn tasolla.<sup>35</sup> Avoimuus ei kuitenkaan tarkoita sitä, että lunastusmahdollisuus olisi tarjottava samana päivänä, kun sijoittaja niin haluaa. Esimerkiksi tavanomaiset lunastuksenrajoituskeinot ja lunastuspalkkiot ovat mahdollisia.<sup>36</sup> Lunastusmahdollisuus on keskeinen ero, joka erottaa avoimen rahaston lähtökohtaisesti suljetusta osakeyhtiöstä, jossa osakkeista pääsee yleensä helpommin eroon osakkeiden luovutuksella niiden lunastuksen sijaan. Osakkeiden lunastaminen vähentää yhtiömuotoisen rahaston arvoa eli osakepääomaa, mutta osakeyhtiön osakkeiden myyminen jälki-markkinoilla ei.<sup>37</sup>

<sup>34</sup> Ks. avoimen rahaston käsitteestä esim. OECD C(71)234 1972, s. 9; Vandamme 1988, s. 4; Warburton 2008, s. 764; Morley 2013, s. 345 ja Kremer – Lebbe 2014, s. 33.

<sup>35</sup> Ks. Komission delegeoitu asetus (EU) N:o 694/2014, annettu 17 päivänä joulukuuta 2013, Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2011/61/EU täydentämisestä teknisillä sääntelystandardeilla vaihtoehtoisten sijoitusrahastojen hoitajien tyyppien määrittämiseksi, jonka 1 artiklan 2 kohdan 1 kappaleessa todetaan: ”Avoimen vaihtoehtoisen sijoitusrahaston hoitajana pidetään sellaisen vaihtoehtoisen sijoitusrahaston hoitajaa, jonka osakkeet tai osuudet ostetaan takaisin tai lunastetaan minkä tahansa kyseisen sijoitusrahaston osakkeenomistajan tai osuudenomistajan pyynnöstä ennen sijoitusrahaston likvidaatiovaiheen tai toiminnan lopettamisen alkamista suoraan tai välillisesti sijoitusrahaston varoista noudattamalla sen säännöissä tai perustamisasiakirjoissa, esitteessä tai tarjousasiakirjoissa vahvistettuja menettelyjä ja toteuttamistiheyttä.”

<sup>36</sup> Kremer – Lebbe 2014, s. 34.

<sup>37</sup> Ks. vastaavasti Morley – Curtis 2010, s. 88: ”When a shareholder sells, the assets that underlie the shares remain stuck inside the company. In a mutual fund, in contrast, share-

Jatkuvan liikkeeseenlaskun ja lunastusten takia avoimilla rahastoilla on vaihtuvapääomainen pääomajärjestelmä niiden oikeudellisesta muodosta riippumatta.<sup>38</sup> Avoimuuteen liittyy kiinteästi jatkuvan liikkeeseenlaskun periaate, vaikka jatkuva liikkeeseenlasku ei ole avoimen rahaston välttämätön ominaisuus. Pääsääntöisesti jokainen, joka haluaa tehdä rahastoon merkinnän ja hyväksyy rahaston perustamisasiakirjan, on oikeutettu merkintäsummansa perusteella määräytyvään osuuteen merkinnän kohteena olevassa rahastossa. Rahasto-osuuden arvo määrätty merkintöjä ja lunastuksia varten laskemalla rahaston arvo vähentämällä rahaston varoista sen velat ja jakamalla näin saatu rahaston arvo liikkeeseen laskettujen osuuksien lukumäärällä.<sup>39</sup> Tavanomaisella avoimella rahastolla täytyy olla mahdollisuus laskea liikkeeseen uusia osuuksia välittömästi, kun sijoittaja tekee rahastoon merkinnän. Toisaalta rahasto on velvollinen lunastamaan yleisöltä takaisin liikkeeseen laskemiaan osuuksia aina silloin kun sijoittajat niin vaativat.<sup>40</sup> Väärinkäytösten estämiseksi osuuksien merkintä- tai lunastushinta ei voisi olla etukäteen tiedossa.<sup>41</sup>

Avoimuus voidaan järjestää myös mahdollistamalla kaupankäynti rahasto-osuuksilla pörssissä tai muulla säännellyllä markkinapaikalla. Tällöin kyse on pörssinoteeratusta rahastosta eli ETF-rahastosta. UCITS-direktiivin 1 artiklan 2 kohdan b alakohdan mukaan yhteissijoitusyrityksen toimenpide, jonka tarkoituksena on varmistaa, ettei sen osuuksien pörssiarvo poikkea merkittävästi niiden nettoarvosta, rinnastetaan takaisinostoon tai lunastukseen. ETF-rahastot eroavat tavallisista rahastoista perustavalaatuisesti osuuksien kaupankäynnin osalta: pörssin ulkopuolisissa rahastoissa sijoittajat käyvät kauppaa osuuksista suoraan rahaston kanssa, kun

---

holders do not sell their shares— they redeem them from the issuing funds for cash. When a shareholder redeems, the fund pays the underlying assets to the shareholder, the fund correspondingly declines in size, and the shares are extinguished.”

<sup>38</sup> Stafford 1975, s. 241.

<sup>39</sup> Ks. rahastojen ja niiden osuuksien nettoarvon laskemisesta esim. SIB 1995, s. 58; SIB 1996, s. 40; IOSCO 1997, s. 10–11; OECD 2000, s. 50–51 ja Morley 2013, s. 345.

<sup>40</sup> Ks. tähän periaatteeseen liittyen Suomen Pankki 1971, s. 3 ja HE 22/1977 vp, s. 2 ja 4.

<sup>41</sup> Rahastotoiminnan keskeisenä periaatteena voidaan pitää sitä, ettei sijoittaja tiedä merkintää tehdessään rahasto-osuuden arvoa. Merkintöjen vastaanottaminen päivän arvoon lopetetaan yleensä ennen kuin päivän arvo on laskettu, jotta spekuloinnin mahdollisuuksia eli myöhäisen kaupankäynnin (late trading) ja markkinoiden ajoituksen (market timing) houkuttelevuutta saadaan vähennettyä. Asia nousi laajempaan tietoisuuteen Yhdysvaltojen vuoden 2003 skandaalin seurauksena, jolloin paljastui, että lukuisat suuret rahastopromootorit (mm. Canary Capital, Janus, Bank One’s One Group ja Strong Capital) hyödynsivät kyseisiä kaupankäyntistrategioita tai sallivat niiden käytön hoitamisissaan rahastoissa. Skandaalia voidaan pitää jopa historian suurimpana häiriönä rahastojen maineelle ja uskottavuudelle. Ks. lisää esim. Turtiainen 2004, s. 26–27; IMA 2005, s. 8; Hazenberg 2012, s. 26–27; Horváthová 2015, s. 194–196; Wegman 2016, s. 68–70 ja Bullard 2018, s. 41.

taas ETF-sijoittajat käyvät kauppaa osuuksista toistensa kanssa pörssissä tai muulla markkinapaikalla. Jälkimarkkinakaupankäynti johtaa siihen, etteivät ETF-rahastojen osuuksien hinnat vastaa täysin osuuksien todellista nettoarvoa, mutta normaalissa markkinatilanteessa hintaerot ovat pieniä.<sup>42</sup> ESMAn ohjeen mukaan osuuksien lunastusten tulisi kuitenkin olla mahdollisia suoraan ETF-rahaston varoista, mikäli osuuksien nettoarvo poikkeaa merkittävästi niiden pörssihinnasta.<sup>43</sup>

## 2 OSAKEYHTIÖ RAHASTOTOIMINNASSA

### 2.1 Osakeyhtiön pääomajärjestelmän perusominaisuudet

Suomen suosituin yhtiömuoto on osakeyhtiö, josta säädetään osakeyhtiölaissa (OYL, 646/2006). Osakeyhtiön pääoma jakaantuu omaan ja vieraaseen pääomaan: oma pääoma on tuotoltaan vaihteleva riskipitoinen sijoitus, kun taas vieraan pääoman tuotto on lähtökohtaisesti kiinteää ja riskiltään alhaisempaa.<sup>44</sup> Perinteisen oman ja vieraan pääoman välisen rajanvedon voidaan kuitenkin katsoa hämärtyneen. Rahoitusinstrumenttien erilaistaminen on mahdollista sopimusvapauden ja OYL 1:9:n asettamissa rajoissa. Rahoituksen ominaisuuksia pyritään jatkuvasti kehittämään siten, että yhtäältä yritystoiminnan rahoitustarpeet ja toisaalta sijoittajien sijoitustarpeet täytyisivät mahdollisimman hyvin. Rahoitusmarkkinoiden alituisen kehityksen ja monimuotoisten rahoitustarpeiden johdosta on oikeutettua, että toimijoiden laajaan sopimusvapauteen ja osakeyhtiösääntelyn mallisopimusluonteeseen nojautuva sääntely on johtavassa asemassa.<sup>45</sup>

Osakeyhtiölain pääomarakennetta koskeva systematiikka toimii siten, että oman pääoman ehtoiset sijoittajat sijoittavat yritykseen pääomaa ja odottavat vastaanottavansa osakeyhtiöön soveltuvien sääntöjen mukaan si-

<sup>42</sup> Ks. esim. Roiter 2018, s. 249–251. Vaikka suurin osa sijoittajista ei tee merkintöjä suoraan ETF-rahastoon tai lunasta osuuksiaan suoraan ETF-rahastosta, on niiden toiminnan kannalta kriittistä, että osa sijoittajista näin tekee. Yleensä tällaisia valtuutettuja osapuolia (ns. *Authorised Participants*) ovat arvopaperivälittäjät ja suuret finanssilaitokset, jotka toimivat markkinatakaajina. Niillä on tärkeä rooli osuuksien jakelussa edelleen sijoittajille pörssissä tai muulla markkinapaikalla. Toisaalta valtuutetuilla osapuolilla on myös tärkeä rooli arbitraasin harjoittamisessa, joka takaa lopulta sen, ettei ETF-rahasto-osuuksien pörssihinta poikke merkittävästi osuuksien todellisesta nettoarvosta.

<sup>43</sup> ESMA 2014a, s. 7.

<sup>44</sup> Ks. esim. Vahtera 2011, s. 144–145.

<sup>45</sup> Lautjärvi 2011, s. 1341–1342 ja Mähönen – Villa 2020, s. 84. Ks. myös Vahtera 2012, s. 1061–1062, jossa tarkastellaan syitä sopimusvapautta korostavan sääntelyajattelun korostumisen taustalla.

joituksesta sen tuoton, joka jää jäljelle sen jälkeen, kun kaikkien muiden sidosryhmien vaateet, kuten velkojien saamiset, on suoritettu maksunsaantijärjestyksen ilmaisemalla tavalla. Oman pääoman ehtoisen sijoittajan eli osakkeenomistajan sijoituksen kehitys riippuu näin ollen yhtiön menestymisestä ja yhtiön nettovarojen määrän kehityksestä, ja sijoitus on takasijainen yhtiön muiden etutahojen vaateisiin nähden. Osakeyhtiön vieraan pääoman ehtoisessa varainhankinnassa eli velkarahoituksessa osakkeenomistajat tai muut toimijat antavat varoja yhtiön käyttöön sopimuksen perusteella korvausta vastaan yleensä ennalta määrättyksi ajaksi. Oman ja vieraan pääoman lisäksi välipääomarahoituksella tarkoitetaan sellaisia osakeyhtiön käytössä olevia varainhankintainstrumentteja, jotka ominaisuuksiensa johdosta sijoittuvat taloudellisen luonteensa ja sisältökeskeisen arvioinnin perusteella oman ja vieraan pääoman väliin. Välipääomarahoitusta ei voida kuitenkaan pitää itsenäisenä rahoituksen lajina, vaan siihen luettavat rahoitusinstrumentit ovat muodollisesti joko omaa tai vierasta pääomaa.<sup>46</sup>

Osakeyhtiölain nimellisarvoton pääomajärjestelmä<sup>47</sup> murtaa osakkeen ja osakepääoman välisen yhteyden, minkä seurauksena osakepääomaa kytetään korottamaan antamalla osakkeita<sup>48</sup> ja osakkeita voidaan antaa korottamatta osakepääomaa<sup>49,50</sup>. Yhtiö voi antaa maksuttomia osakkeita myös itselleen osakepääomaa korottamatta eli tasesiirtoja suorittamatta OYL 9:20:n mukaisesti. Toimimalla näin yhtiö voi ennakoida omien osakkeiden käyttötärpeen ja jo etukäteen valmistautua mahdollisesti koituviin yritysraenteiden muutoksiin. Sama ratkaisumalli kytkeytyy omien osakkeiden hankkimista ja lunastamista sekä osakepääoman alentamista koskevaan sääntelyyn. Siten osakkeita pystytään lunastamaan alentamatta osakepääomaa ja osakepääomaa voidaan alentaa lunastamatta osakkeita. Näin ollen osake ei edes periaatteellisesti edusta osuutta osakepääomasta.<sup>51</sup>

<sup>46</sup> Ks. tarkemmin esim. Airaksinen – Pulkkinen – Rasinaho 2010a, s. 792–794; Lautjärvi 2011, s. 1348–1349; Isomaa-Myllymäki – Myllymäki 2017, s. 40–41 ja Mähönen – Villa 2020, s. 131–134.

<sup>47</sup> OYL:n keskeisiä innovaatioita on nimellisarvoton pääomajärjestelmä, joka imponoi niin yleisten oppien kuin lain systematiikan ja yksityiskohtaisemman sääntelyn tasolla. Se edistää yhtiöiden mahdollisuuksia kerätä pääomaa kilpailukykyisin ehdoin, ja sillä on myös suora kytkös velkojiensuojan lujittumiseen ja sen luonteen uudentumiseen.

<sup>48</sup> Ns. rahastokorotus ja osakepääomasijoitus, joista säädetään OYL 11:1.1:n 2 ja 3 kohdassa.

<sup>49</sup> Tällöin kyseessä on OYL 9:1.2:ssa tarkoitettu maksuton osake.

<sup>50</sup> Airaksinen – Pulkkinen – Rasinaho 2010a, s. 774 ja Mähönen – Villa 2020, s. 401–402.

<sup>51</sup> Ks. nimellisarvottomuudesta tarkemmin Airaksinen – Pulkkinen – Rasinaho 2010a, s. 566–567 ja 631–632 ja Mähönen – Villa 2020, s. 142.



Vaikka osakeyhtiön pääomajärjestelmä on Suomessa ollut perinteisesti suljettu<sup>52</sup>, on nimellisarvoton pääomajärjestelmä kuitenkin hyvin joustava. UCITS-direktiivi itsessään sallii yhteissijoitusyritysten perustamisen yhtiömuodossa, joten voitaisiinko direktiivin sallimaa liikkumavaraa hyödyntää niin, että sallittaisiin osakeyhtiömuodon käyttäminen yhteissijoitusyrityksenä hyödyntämällä valmista osakeyhtiösääntelyä ja viittaamalla tarvittavilta osin<sup>53</sup> SRL:iin? Vastaukseen voidaan hakea johtoa vaihtoehtorahastoista, joiden oikeudellista muotoa ei ole rajoitettu. Vaihtoehtorahastojen toimintaperiaate ja toiminnan tarkoitus ovat samanlaiset kuin yhteissijoitusyrityksissä. Osakeyhtiömuodossa on perustettu Suomessa vain muutamia vaihtoehtorahastoja<sup>54</sup>, vaikkei sääntely tätä suoraan estäkään<sup>55</sup>. Vaihtoehtorahastoja perustetaan Suomessa enimmäkseen kommandiittiyhtiöinä ja erikoissijoitusrahastoina. Jos oletetaan, että markkinat pyrkivät pääosin tehokkuuteen ja valitsevat rahastotoimintaan parhaiten sopivat oikeudelliset rakenteet, täytyy osakeyhtiömuotoon sisältyä ominaisuuksia, jotka rajoittavat sen houkuttelevuutta yhteisen sijoitustoiminnan harjoittamisen välineenä. Seuraavaksi tarkastellaan, kuinka yhteistä sijoitustoimintaa voitaisiin harjoittaa osakeyhtiömuodossa.

## 2.2 Yhteisen sijoitustoiminnan harjoittaminen osakeyhtiömuodossa

Yhteistä sijoitustoimintaa on mahdollista harjoittaa osakeyhtiömuodossa monilla vaihtoehtoisilla tavoilla. Tämän luvun tarkastelun olettamana on, ettei OYL:n nykyistä pääomajärjestelmää koskevaa sääntelyä muutettaisi. Vaihtoehtorahastoja koskeva pohdinta kuvaa oikeustilaa *de lege lata*, koska vaihtoehtorahastoja on mahdollista perustaa osakeyhtiömuodossa – yhteissijoitusyrityksiä koskeva tarkastelu on *de lege ferenda* -arviointia siitä nä-

<sup>52</sup> Ks. vastaavasti SOU 2002:56, s. 509, jossa todetaan samoin ruotsalaisista osakeyhtiöistä: ”Aktiebolag är enligt svensk rätt en sluten organisation.”

<sup>53</sup> Esimerkiksi sijoitusrajoituksia, rahastoyhtiötä ja säilytysyhteisöä koskevan sääntelyn osalta.

<sup>54</sup> Ks. Suomen Pankki, sijoitusrahastolista 31.3.2022 ja Viitala 2018, s. 513, jossa todetaan osakeyhtiömuotoisen rahastotoiminnan olevan Suomessa harvinaista.

<sup>55</sup> Ks. HE 94/2013 vp, s. 114, jossa todetaan vaihtoehtorahaston oikeudellista muotoa koskevasta vapaudesta seuraavaa: ”Pykälän määritelmän mukaisesti vaihtoehtorahasto voi olla yhteisö tai sopimusperusteinen järjestely. Määritelmä ei ota kantaa siihen, missä oikeudellisessa muodossa tai rakenteessa yhteissijoitus tulisi järjestää tai minkälaiset yksittäiset oikeudelliset muodot katsotaan kuuluviksi lain soveltamisalaan.”

kökulmasta, että osakeyhtiö olisi sallittu yhteissijoitusyrityksen oikeudellinen muoto.

Ensinnäkin osakeyhtiömuotoisissa sijoitusyhtiöissä voitaisiin hyödyntää osakepääomaa tarjoamalla uusia osakkeita suoraan sijoittajien merkittäväksi. Osakeannista olisi päätettävä yhtiökokouksessa tai hallituksessa OYL 9:2.1:n ja 9:2.2:n mukaisesti ja lisäksi osakkeita tulisi lähtökohtaisesti antaa aikaisemman osakeomistuksen suhteessa.<sup>56</sup> Tämän oletaman muuttamiseksi yhtiöjärjestyksessä olisi tällöin hyvä määrätä merkintäetu-oikeuden puuttumisesta. Merkintäajan täytyisi olla pitkä. Merkintähinta täytyisi määrittää riippuvaiseksi yhtälöstä, jolla kuvattaisiin osakkeen nettoarvon laskeminen yhteiselle sijoitustoiminnalle tyypillisellä tavalla, ja merkintä tapahtuisi maksamalla osakkeet. Uudet osakkeet täytyisi ilmoittaa rekisteröitäväksi Patentti- ja rekisterihallitukselle (PRH) OYL 9:14:n mukaisesti. Vastaavasti osakkeiden lunastuksesta päättäisi vähintään hallitus, jos lunastus perustuisi OYL 15:10:n mukaisesti yhtiöjärjestyksen määräykseen. Tässäkin tapauksessa yhtiöjärjestyksessä olisi määrättävä osakkeista maksettava vastike. Lisäksi OYL 14:3:n ja 14:4:n mukaisesti osakepääoman alentaminen täytyy ilmoittaa rekisteröitäväksi ja velkojille on haettava kuulutus. Päivittäin auki olevissa sijoitusyhtiöissä mainitut toiminnot täytyisi olla mahdollista toteuttaa päivittäin, mikä ei käytännössä ole mahdollista varsinkaan lunastustilanteissa.

Toinen vaihtoehto vaihtuvapääomaisen sijoitusyhtiön toiminnan järjestämiseksi nykyisen OYL:n puitteissa voisi tapahtua suuntaamalla ensin yhtiölle maksuttomia osakkeita, jotka olisivat siten yhtiön hallussa olevia omia osakkeita. Rekisteröinti tapahtuisi jo tässä vaiheessa. Tämän jälkeen osakkeet laskettaisiin liikkeeseen edellä kuvatuilla merkintää koskevilla reunaehdoilla. Aiemmin tapahtuneen rekisteröinnin johdosta osakkeet tuottaisivat heti osakeoikeudet, minkä takia kyseinen menettely olisi joustavampi edellä kuvattuun vaihtoehtoon verrattuna. Osakkeet voisivat olla lunastusehtoisia, tai ne voitaisiin vaihtoehtoisesti ostaa takaisin sijoitusyhtiölle, jolloin niistä tulisi sen omia osakkeita, joita voitaisiin myydä edelleen uusille sijoittajille.

Kolmantena vaihtoehtona voitaisiin hyödyntää lunastusehtoisia osakkeita, joiden merkintähinta kirjattaisiin kokonaan sijoitetun vapaan oman pääoman rahastoon. Yhtiöllä ei olisi osakepääomaa, jolloin osakepääoman määrää ei tarvitsisi muuttaa. Yhtiö lunastaisi osakkeet hinnasta, joka saataisiin jakamalla yhtiön vapaat pääomat liikkeeseen laskettujen osakkeiden

---

<sup>56</sup> Osakkeiden antaminen merkittäväksi aikaisemman osakeomistuksen suhteessa on laissa säädetty oletusarvoinen pääsääntö.

lukumäärällä. Hallituksella olisi laajat osakeantivaltuudet, ja osakkeiden merkintähinta olisi sama kuin yhdelle osakkeelle allokoitava osuus osakeyhtiön nettoarvosta. Yhtiö voisi joko laskea liikkeeseen uusia osakkeita tai jo sen hallussa olevia omia osakkeita.

Neljäntenä vaihtoehtona voitaisiin hyödyntää osakeyhtiön sijoitettua vapaata omaa pääomaa kokonaan ilman osakkeita ja osakepääomaa. Osakeyhtiöllä olisi yksi osake, jonka rahastoyhtiö merkitsisi perustamisvaiheessa. Sijoittajat tekisivät sijoituksensa osakeyhtiön sijoitetun vapaan oman pääoman rahastoon. Sijoitus olisi luonteeltaan vastikkeeton sopimukseen perustuva pääomasijoitus, jota vastaan sijoittaja ei saisi osaketta tai muuta saamistodistetta. Lähtökohtaisesti pääomasijoitukset kertyisivät ainoan osakkeenomistajan hyväksi, joten yhtiöjärjestyksessä tulisi määrätä, että yhtiön toiminnan tarkoituksena on muu kuin voiton tuottaminen osakkeenomistajille ja sijoitetun vapaan oman pääoman rahaston tuotto tai tappio jaettaisiin kollektiivisesti sijoituksen tehneiden tahojen kesken heidän tekemiensä pääomasijoitusten mukaisessa suhteessa. Lunastus tapahtuisi SVOP-sijoituksen palautuksena, johon olisi lisätty mahdollinen sijoitustoiminnan tuotto tai vähennetty tappio.<sup>57</sup>

Merkintöjen ja lunastusten järjestämisen lisäksi on kiinnitettävä huomiota OYL:n varojenjaon menetelmiin ja rajoituksiin. Tuottorahastoissa ei tunneta jakokelpoisten varojen käsitettä<sup>58</sup>, joka tarkoittaa sitä, että ”tuottoa” voidaan jakaa ulos myös rahaston pääomaa, jos rahaston sijoitukset ovat olleet tappiollisia ja tuotonjaosta on kuitenkin päätetty ja määrätty rahaston perustamisasiakirjassa. Myös osakeyhtiöissä tämä on mahdollista, jos osakeyhtiöllä ei ole sidottua omaa pääomaa eikä maksukykyesti rajoita varojenjakoja, jolloin vapaa oma pääoma voidaan jakaa kokonaan. Osakeyhtiöllä täytyy kuitenkin olla viimeksi vahvistetun tilinpäätöksen mukaan jakokelpoisia varoja, koska varojen jakaminen perustuu viimeksi vahvistettuun tilinpäätökseen OYL 13:3:n mukaisesti, minkä jälkeen arvioidaan maksukykytessin perusteella, mikä osa jakokelpoisista varoista voidaan jakaa vaarantamatta yhtiön maksukykyä. Maksukykyisyystestistä on säädetty OYL 13:2:ssa, jonka mukaan varoja ei saa jakaa, jos jaosta päätettäessä tiedetään tai olisi pitänyt tietää yhtiön olevan maksukyvytön tai jaon aiheuttavan maksukyvyttömyyden. Maksukykyisyystesti koskee kaikkia varojenjakotilanteita, ei siis yksinomaan osingonjakoa ja varojen jakamista sijoitetun vapaan oman pääoman rahastosta.<sup>59</sup> Kokonaisuutena

<sup>57</sup> Ks. SVOP-sijoitusten tekemisestä ja palauttamisesta esim. Mähönen – Villa 2020, s. 261–263 ja 433–439.

<sup>58</sup> Harju – Syyrilä 2001, s. 199.

<sup>59</sup> Airaksinen – Pulkkinen – Rasinaho 2010b, s. 38–46 ja Mähönen – Villa 2020, s. 462–463.

varojenjakorajoituksilla ei ole merkittävää eroa rahastojen ja osakeyhtiöiden välillä, koska molemmissa varojenjakorajoitusten keskeisenä tavoitteena on, että veloille on oltava täysi kate.

## **2.3 Arviointia**

Rahastotoiminta on hyvin kansainvälistä etenkin Euroopassa yhteissijoitusyritysten yhtenäismarkkinaa pyrkivästä UCITS-sääntelystä johtuen. Kansallisesta näkökulmasta rahastosääntelyn konvergenssi ja ajan tasalla pysyminen suhteessa tunnetuihin ulkomaisiin rahastorakenteisiin on korostuneen tärkeää kilpailukyvyyn kannalta. Sääntelyn harmonisoiminen nähdään pikemminkin mahdollisuutena kuin uhkana, mikä on johtanut harmonisaatiokehitykseen myös Euroopan rajojen ulkopuolella. Yhdenmukaistamista on perusteltu etenkin sääntelyn kansainvälisen kilpailukyvyyn kasvattamisella<sup>60</sup>. Se mahdollistaa toisaalta kilpailukykyisten organisoitumismuotojen valikoiman kotimaisille toimijoille mutta tekee myös ulkomaisten toimijoiden markkinoille tuleminen helpommaksi, jos sääntelyn pääperiaatteet ovat samat kuin ulkomaisten toimijoiden kotivaltioissa. Myös rahastojen markkinoiminen rajojen yli helpottuu, jos ulkomaille markkinoitavan rahaston rakenteen tiedetään olevan vastaavanlainen kuin kohdevaltion omien rakenteiden.<sup>61</sup>

Vaihtuvapääomaisen sijoitusyhtiön toiminnan järjestäminen nykyisen osakeyhtiösääntelyn tarjoamin keinoin on periaatteessa mahdollista usealla eri tavalla ja niiden yhdistelmillä. Osakepääoman määrän muuttamiseen perustuva mekanismi olisi vaihtuvapääomaisten sijoitusyhtiöiden kansainvälisten peruseriaatteiden näkökulmasta helpoiten ymmärrettävissä myös ulkomaisille sijoittajille, mutta toisaalta se muodostuisi monimutkaiseksi ja teennäiseksi. Pääpiirteissään säännökset osakeyhtiön osakepääoman ja osakkeiden lukumäärän muuttamisprosesseista ovat monimutkaisia, hallinnollisesti raskaita ja aikaa vieviä, koska prosessit vaativat usein sekä yhtiöorganian että viranomaisen (PRH) myötävaikutusta. Kyseinen malli ei olisi toteuttamiskelpoinen rahastotoiminnan harjoittamiseen.

---

<sup>60</sup> Ks. esim. FSDC 2013, s. 1; FSTB 2014, s. 1; MAS 2017, s. 5–6 ja Treasury (Australia) 2017, s. 4.

<sup>61</sup> Ks. vastaavasti esim. SIB 1993, s. 11; SIB 1995, s. 7–8 ja 49 ja SIB 1996, s. 6 ja 31, joissa tarkastellaan OEIC-sääntelyn säätämisen taustoja. Ison-Britannian perinteinen rahastorakenne, osuustrusti, oli Euroopassa omintakeinen rakenne ja vaikeasti ymmärrettävä Ison-Britannian ulkopuolella. Tämä oli yksi keskeinen syy OEIC-sijoitusyhtiörakenteen käyttöönotolle.

Sijoitetun vapaan oman pääoman hyödyntäminen toisi mukaan tarvittavaa joustavuutta. Osakeliitännäisiä SVOP-sijoituksia hyödyntämällä yhtiö saataisiin toimimaan joustavasti ilman osakepääoman korottamiseen ja alentamiseen liittyviä muodollisuuksia, mutta uusien osakkeiden rekisteröimisvelvollisuus<sup>62</sup> ja toisaalta omien osakkeiden hankkimiseen ja lunastamiseen liittyvät varainsiirtoveroseuraamukset tekevät mallista epäkäytännöllisen. SVOP-sijoituksia voidaan hyödyntää myös kokonaan ilman osakkeita, jolloin sijoittajat eivät saisi tyypillisiä osakkeenomistajien oikeuksia, koska he tekisivät sijoituksensa SVOP-rahastoon ulkopuolisena pääomasijoituksena. Pelkkään SVOP-rahastoon tehdyt sijoitukset eivät ole arvopapereita, mikä tekisi jälkimmäisellä menetelmällä toimivista sijoitusyhtiöistä käyttökelvottomia toisten UCITS-sijoitusyhtiöiden sijoituskohteina.

Sijoitetun vapaan oman pääoman konsepti ei ole ylipäättäen kovin tuttu suomalaisille sijoitusrahastosijoittajille eikä ainakaan ulkomaisille sijoittajille, jotka ovat tottuneet vaihtuvan osakepääoman periaatteella toimiviin vaihtuvapääomaisiin sijoitusyhtiöihin. Rakenteen omaksuminen vaatisi tavallista suurempia oppimiskustannuksia, eikä rakenne siitäkään huolimatta välttämättä saisi vakiintunutta asemaa markkinoilla, joilla kilpailee jatkuvasti samanaikaisesti sekä koti- että ulkomaisia rahastorakenteita.

Vaikka osakeyhtiön pääomajärjestelmä sinänsä mahdollistaa yhteisen sijoitustoiminnan harjoittamisen, ei osakeyhtiömuoto mahdollista muita *lex specialis* -sijoitusyhtiöille tyypillisiä ominaisuuksia, kuten jakaantumista alarahastoihin, joiden varat ja velvoitteet ovat toisistaan erillisiä suhteessa velkoihin<sup>63</sup>, taikka toimivaa tuotto- ja kasvuosuuksien<sup>64</sup> perustamista etenkin verotuksellisten syiden takia<sup>65</sup>. Tämän lisäksi ei ole syytä sivuut-

<sup>62</sup> Rekisteröimisvelvollisuutta olisi mahdollista keventää tekemällä yhtiölle itselleen makсутon osakeanti perustamisvaiheessa, jolloin yhtiön toiminnan aikana laskettaisiin liikkeen yhtiön hallussa olevia omia osakkeita.

<sup>63</sup> Ks. Vepsä 2021b, s. 92–93.

<sup>64</sup> Ks. Haapaniemi – Rasinaho 2021, s. 93–104, jossa tarkastellaan ns. scrip dividend -järjestelyä, jossa on viime kädessä kyse osakeyhtiön osakkeenomistajalle annettavasta valinnanmahdollisuudesta saada osingot rahana tai yhtiön osakkeina. Tilanne rinnastuu sijoitusrahastojen tuotto- ja kasvuosuuksiin, mutta aivan samasta asiasta ei kuitenkaan ole kyse. Mikäli rahastosijoittaja valitsee tuotto-osuudet, tuotto pääomitetään kasvuosuuksille ja kasvattaa niiden arvoa tuoton verran, eli sijoittaja ei saa lisää rahasto-osuuksia, kun taas scrip dividend -järjestely ei kasvata sijoittajan jo omistamien osakkeiden arvoa, vaan hän saa uusia osakkeita, joiden arvo vastaa jaettavaa tuottoa.

<sup>65</sup> Ks. Haapaniemi – Rasinaho 2021, s. 100–104, jossa analysoidaan korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisua KHO 2020:116, jonka mukaan scrip dividend -järjestelyn perusteella tapahtuvassa osakemerkinnässä osakkeenomistajalle kertyy osittain veronalaista osinkotuloa eikä merkintää veroteta kuten osakeantia. Näin ollen osakeyhtiön kontekstissa ”kasvuosuudet” valinneelle sijoittajalle kertyisi TVL 33 a §:ssä tarkoitettua osittain veronalaista osinkotuloa, kun taas sijoitusrahastosijoittajaa ei veroteta tuoton pääomittamisesta kasvu-

taa sitä seikkaa, että osakeyhtiömuotoista rahastotoimintaa ei ole tuettu verosääntelyllä. Edellä kuvatuissa osakeyhtiömuotoisen rahastotoiminnan harjoittamisen skenaarioissa ongelmaksi SRL:ssa tarkoitettuun sijoitusrahastotoimintaan nähden muodostuisi varainsiirtovero, joka nykyisin liittyy omien osakkeiden luovuttamiseen ja hankkimiseen, ja toisaalta myös viime kädessä osakeyhtiön tulovero.<sup>66</sup> Toisaalta myös SVOP-sijoitusten palauttamisen verotus poikkeaa rahasto-osuuksien luovutuksessa sovellettavasta verotuksesta.<sup>67</sup> Osakkeiden liikkeeseenlasku- ja lunastustapahtumia ja niihin liittyviä hallinnollisia prosesseja voitaisiin minimoida suosimalla ETF-rahastoja, mutta niidenkään käyttö ei poista epäsuotuisan verokohtelun vaikutuksia.<sup>68</sup> Mikäli osakeyhtiömuotoinen rahastotoiminta olisi huomioitu verosääntelyssä mutta muita muutoksia sääntelyyn ei tehtäisi, voisivat osakeyhtiöt sopia paremmin epälikvidien suljettujen rahastojen tarpeisiin kuten Luxemburgin SICAF-rahastot.<sup>69</sup>

Varojenjakorajoitukset eivät poikkea merkittävästi osakeyhtiöiden ja rahastojen välillä. Varojenjakorajoitusten pääperiaatteena on, että veloille on oltava täysi kate. On kuitenkin huomioitava, että osakeyhtiöissä varojenjaon on perustuttava OYL 13:3:n mukaan viimeksi vahvistettuun tilinpäätökseen, kun taas rahastoissa tällaista vaatimusta ei ole. Tämä saattaa rajoittaa osakeyhtiöiden mahdollisuuksia jakaa lunastuksina ulos realisoituneita arvonnousuja ainakin laajamittaisesti. Mahdollisesti tilinpäätöksen laatimi-

---

osuuksille, vaan hän pääsee nauttimaan kasvuosuuksiin liittyvästä verotuksellisesta lykkäytymisedusta.

<sup>66</sup> Tutkimusekonomistista syistä verokysymysten tämän syvällisempi tarkastelu on jätetty tämän artikkelin ulkopuolelle. Joka tapauksessa vaihtuvapääomaisen sijoitusyhtiön toimivuus rahaston oikeudellisena muotona ei olisi mahdollista ilman toimivia verosäännöksiä. Käytännössä uuden oikeudellisen rakenteen toimivuus rahastona edellyttäisi sen vapauttamista tuloverosta vastaavaan tapaan kuin sijoitusrahastot tulon kahdenkertaisen verotuksen ehkäisemiseksi. Ks. tältä osin esim. Viitala 2018, s. 536. Ks. myös Kremer – Lebbe 2014, s. 633, jonka mukaan sijoitusyhtiöiden osakkeiden lunastamisen ei tulisi myöskään aiheuttaa haitallisia veroseuraamuksia sijoittajien tasolla.

<sup>67</sup> TVL 33 b §:n 6 momentin mukaan varojenjakon sijoitetun vapaan oman pääoman rahastosta on verotuksessa pääsäännön mukaan osinkoa.

<sup>68</sup> Osakeyhtiömuotoisen ETF-rahaston tuotto heikentyisi vastaaviin sijoitusrahastoihin tai ulkomaisiin sijoitusyhtiöihin verrattuna, koska rahastot ja sijoitusyhtiöt eivät maksa veroa omasta tuloksestaan mutta osakeyhtiö maksaa. Toisaalta myöskään ETF-markkinatakaajia ei löytyisi kaupankäyntiin liittyvän varainsiirtoveron takia.

<sup>69</sup> Ks. Kremer – Lebbe 2014, s. 55–56; Ruk – Filipovic – Vuletic 2020, s. 180 ja Vepsä 2021a, s. 28. Luxemburgin kiinteäpääomaiset sijoitusyhtiöt eli SICAF-rahastot (Société d'Investissement à Capital Fixe) lähenevät toimintaperiaatteiltaan tavanomaisia kaupallisia yhtiöitä, koska ne eivät voi poiketa yhtiöoikeudellisista säännöistä siinä määrin kuin SICAF-rahastot ja esimerkiksi osakepääomaa voidaan muuttaa vain osakkeenomistajien päätöksellä. SICAF on yleistermi, joka viittaa yleisesti kaikkiin suljettuihin rahastoihin, jotka voivat olla eri yhtiömuodoissa perustettuja.

sen jälkeen lisääntyneitä jakokelpoisia varoja ei jaossa voida ottaa huomioon. Jos niin haluttaisiin menetellä, olisi laadittava uusi ja tuorempi tilinpäätös.<sup>70</sup> Rahastoissa tällainen ei ole tarpeen, koska niillä on tiheän arvonlaskentavelvoitteensa vuoksi aina käytössään ajantasainen tieto rahaston nettoarvosta, joka voidaan jakaa ulos lunastuksina tai tuotonjakona.

### 3 VAIHTUVAPÄÄOMAISEN SIOITUSYHTIÖN PÄÄOMAJÄRJESTELMÄ

#### 3.1 Pääomalajit

Vaihtuvapääomaiselta sijoitusyhtiöltä edellytettävän pääomajärjestelmän analysoinnin kannalta on keskeistä ymmärtää rahastojen tyypillistä pääomarakennetta eli tapaa, jolla toiminta rahoitetaan. Ilman tätä ymmärrystä ei voida esittää perusteltuja päätelmiä siitä, millainen pääomajärjestelmän tulisi olla. Edellä luvussa 2.1 todettiin, että osakeyhtiön pääomalajeja eli omaa ja vierasta pääomaa koskeva sopimusvapaus on hyvin laaja. Avomissa rahastoissa on kuitenkin kansainvälisesti pääsääntönä, että vieraan pääoman ehtoinen luotonotto on hyvin rajoitettua. Luotonottoon on suhtauduttu perinteisesti kielteisesti siitä saatujen huonojen kokemusten vuoksi.<sup>71</sup> Ottamalla luottoa rahasto voisi hyödyntää velkavipua, jolloin se voisi ottaa huomattavasti varsinaista rahastoon maksettua pääomaa suuremman riskiposition, joka lisää maksukyvyttömyystilanteiden riskiä.<sup>72</sup> UCITS-direktiivin 83 artiklan 1 kohdan a alakohdan mukaan sijoitusyhtiö ei saa ottaa lainaa. Poikkeuksena mainitun artiklan 2 kohdan a alakohdan mukaan sijoitusyhtiö voi ottaa väliaikaiseen tarkoitukseen lainaa määrän, joka vastaa 10:tä prosenttia sen varoista, jos jäsenvaltio sallii luotonoton kansallisessa lainsäädännössään.<sup>73</sup> Sijoitusrahaston lainanottoa koskeva sääntely

<sup>70</sup> Airaksinen – Pulkkinen – Rasinaho 2010b, s. 53.

<sup>71</sup> Ks. esim. OECD C(71)234 1972, s. 24–25, jossa OECD:n sijoitusrahastotoiminnan standardisäännöissä suositellaan, että rahaston velat eivät saa ylittää 20:tä prosenttia sen kaikista varoista.

<sup>72</sup> HE 238/1986 vp, s. 18 ja Harju – Syyrilä 2001, s. 166–167.

<sup>73</sup> Lisäksi sijoitusyhtiö voi ottaa mainitun artiklan 2 kohdan b alakohdan mukaan lainaa sellaisen kiinteän omaisuuden hankkimiseksi, jota tarvitaan välittömästi yhtiön liiketoiminnassa, ja sen määrä voi olla enintään 10 prosenttia sijoitusyhtiön varoista eikä tätä tarkoitusta varten otettu laina voi yhdessä a alakohdassa tarkoitettujen lainojen kanssa olla yhteensä yli 15 prosenttia sijoitusyhtiön varoista. Sopimusperusteiset sijoitusrahastot ja osuustrustit eivät voi ottaa lainaa kiinteään omaisuuden hankkimiseksi, joten lainanottoa koskeva UCITS-direktiivin sääntely poikkeaa sijoitusyhtiöiden osalta verrattuna muihin yhteissijoitusyri-  
tysten oikeudellisiin rakenteisiin. Ks. myös SIB 1996, s. 18, jossa korostetaan, että kiinteää

on tätä tiukempaa, koska mainitun UCITS-direktiivin säännöksen mukaan lainanottoa koskeva 10 %:n raja lasketaan sijoitusrahaston arvosta eikä sen varoista – toisin kuin sijoitusyhtiöiden. Sijoitusrahastojen luotonottoa koskeva rajoitus on kansallisesti implementoitu SRL 13:20.1:een.

Luotonottoa koskevien rajoitusten takia yhteissijoitusyritysten luotonotto on rajoitettu marginaaliseksi ja väliaikaiseksi ilmiöksi. Mahdollinen syy luotonotolle voisi olla sijoitusyhtiön käteisvarojen turvaaminen tilanteessa, jossa olemassa olevat käteisvarat eivät riitä lunastusvaatimusten toteuttamiseen eikä sijoitusyhtiön varojen realisointi olisi kannattavaa vallitsevassa markkinatilanteessa. Toinen käyttötarkoitus voisi olla esimerkiksi käteisvarojen puute päätettäessä käyttää sijoitusyhtiön varallisuuteen kuuluvia merkintäoikeuksia.<sup>74</sup> UCITS-direktiiviä säädettäessä luoton mahdollisia käyttötarkoituksia ei rajoitettu, koska käyttötarkoitusten valvominen todettiin vaikeaksi<sup>75</sup>, mutta siitä huolimatta kiellon katsotaan ulottuvan sijoitustoimintaa varten otettuun luottoon.<sup>76</sup> Näin ollen avoimien yhteissijoitusyritysten, kuten vaihtuvapääomaisten sijoitusyhtiöiden, varainhankinta tapahtuu lähes poikkeuksetta yleisöltä tulevina osakemerkintöinä, jolloin niiden pääoma koostuu lähes kokonaan oman pääoman ehtoista rahoituksesta.

Lainanottoa koskevia rajoituksia noudattaen sijoitusyhtiö voi laskea liikkeeseen joukkovelkakirjalainoja tai muunlaisia lainainstrumentteja, jos sijoitusyhtiön kansallinen lainsäädäntö sen sallii. Esimerkiksi Luxemburgissa joukkovelkakirjalainojen liikkeeseenlasku on mahdollista.<sup>77</sup> Tällöin sijoitusyhtiön luotonotto on mahdollista myös muilta tahoilta kuin pankeilta (toisin kuin esimerkiksi Yhdysvalloissa<sup>78</sup> tai Isossa-Britanniassa<sup>79</sup>). Luotonottoa koskevien rajoitusten vuoksi joukkovelkakirjalainojen kautta tapahtuvan varainkeruun merkitys on kuitenkin vähäinen. Lainainstrumenttien haltijat ovat oikeutettuja korkoon ja pääoman takaisinmaksuun riippumatta sijoitusyhtiön liiketoiminnan tuloksesta.<sup>80</sup> Lainainstrumenteilla kerätyt varat

---

omaisuutta ei voida hankkia sijoitustarkoituksiin (silloin kun sijoitusyhtiö on yhteissijoitusyritys). Kiinteän omaisuuden hankkimista koskevalla poikkeuksella ei ole kuitenkaan suurta merkitystä, koska sijoitusyhtiöt harjoittavat liiketoimintaansa käytännössä rahastoyhtiön tiloissa ja sisäisesti hoidettujen sijoitusyhtiöiden merkitys on nykyään muutenkin vähäinen. Ks. esim. Vepsä 2021b, s. 101 ja 117.

<sup>74</sup> Vandamme 1988, s. 77; HE 59/1996 vp, s. 55 ja Harju – Syyrilä 2001, s. 167.

<sup>75</sup> Vandamme 1988, s. 78.

<sup>76</sup> Vandamme 1988, s. 77 ja ALFI 2009, s. 2.

<sup>77</sup> Kremer – Lebbe 2014, s. 280.

<sup>78</sup> Ks. Morley 2013, s. 348 ja Warburton 2017, s. 690, joissa todetaan, että yhdysvaltalaiset avoimet rahastot voivat ottaa lainaa ainoastaan tilapäisiin tarkoituksiin ja laina on otettava pankista eikä yleisöltä tai muilta yhteisöiltä.

<sup>79</sup> SIB 1996, s. 19, 72–73 ja COLL 5.5.4 R.

<sup>80</sup> Kremer – Lebbe 2014, s. 282.



katsotaan sijoitusyhtiön veloiksi, ja kun sijoitusyhtiön osakkeiden arvo määräytyy sijoitusyhtiön nettoarvon perusteella, ovat lainanantajat maksunsaantijärjestyksessä aina etusijalla osakkeenomistajiin nähden. Nykyistä laajempi lainainstrumenttien liikkeeseen laskemisen mahdollisuus myös vähittäissijoittajille myytävissä rahastoissa voisi olla perusteltua, koska se mahdollistaisi sijoittajille vähäriskiset kiinteäkorkoiset rahasto-osuudet ja toisi siten enemmän valinnanvaraa erilaisiin sijoitustarpeisiin.<sup>81</sup>

Yhdysvaltojen vuoden 1940 sijoitusyhtiölailla (Investment Company Act of 1940) vastattiin ongelmiin, joita rahastojen pääomarakenteissa esiintyi 1920- ja 1930-luvuilla. Ennen mainitun lain voimaantuloa pääomarakenteet olivat usein hyvin monimutkaisia. Sijoitusyhtiöt laskivat liikkeeseen tavallisten osakkeiden lisäksi velkainstrumentteja ja etuoikeusosakkeita<sup>82</sup> (ja tavallisetkin osakkeet saattoivat jakaantua eri lajeihin). Monet piensijoittajat eivät ymmärtäneet, missä maksunsaantiasemassa heidän omistamansa arvopaperit olivat suhteessa koko rahaston pääomarakenteeseen ja mikä vaikutus mahdollisella velkavivulla oli. Väärinkäytökset liittyivät etenkin riittämättömiin omiin pääomiin ja reserveihin<sup>83</sup>, senioriarvopaperien haltijoiden hyväksikäyttöön<sup>84</sup> ja ylipäätään velkavivun käyttämiseen<sup>85</sup>. Esimerkkinä voidaan mainita 50 miljoonan dollarin kokoinen rahasto, johon perustajataho sijoitti 5 miljoonaa dollaria oman pääoman ehtoisena ja loput 45 miljoonaa dollaria

<sup>81</sup> Ks. mahdollisista hyödyistä tarkemmin Morley 2013, s. 367–369.

<sup>82</sup> Suomalaisissa osakeyhtiöissä etuoikeusosakkeet (Yhdysvalloissa tunnetussa muodossaan) ovat harvinaisia. Etuoikeusosakkeilla on tyypillisesti muun muassa oikeus varojenjakoon ennen tavallisia osakkeita, ja ne ovat myös maksunsaantijärjestyksessä tavallisia osakkeita paremmalla etusijalla, mutta niiden haltijoiden maksunsaantiasema on kuitenkin huonompi kuin vieraan pääoman ehtoisilla rahoittajilla. Ks. myös Vahtera 2011, s. 187, jonka mukaan osakkeenomistajat voivat luoda osakkeita erilajistamalla osakkeenomistajien joukon sisälle porrastetun maksunsaantijärjestyksen.

<sup>83</sup> Senioriarvopapereita markkinoitiin turvallisina ja sijoituksen arvon säilyttävinä, koska ne olivat maksunsaantijärjestyksessä tavallisia osakkeita paremmalla etusijalla. Rahaston perustajataho sijoitti pienen oman pääoman ehtoisen sijoituksen, ja varsinainen varainkeruu tapahtui senioriarvopaperien kautta. Pienikin osakekurssien lasku riitti siihen, että oman pääoman puskuri menetettiin eivätkä sijoittajat välttämättä saaneet takaisin alun perin sijoittamaansa summaa.

<sup>84</sup> Rahaston perustajataho pystyi pidättämään äänivallan itsellään ja kontrolloimaan suurta varallisuussmassaa omien intressiensä mukaisesti. Rahaston varojen arvon laskusta huolimatta äänivalta pysyi perustajataholla. Vaikka rahaston perustaja oli sijoittanut vain pienen alkupääoman, oli sillä residuaaliasemansa perusteella oikeus kaikkeen ylituottoon senioriarvopaperien kiinteiden velvoitteiden täyttämisen jälkeen. Rahaston perustajalla oli toisin sanoen vähän hävittävää (pienen sijoituksensa takia), mutta paljon voitettavaa.

<sup>85</sup> Rahastopromootorit laskivat liikkeeseen myös tavallisia osakkeita niinä hetkinä, kun velkavivutetuilla rahastoilla oli myyntipotentiaalia. Velkavipu houkutteli spekulatiivisia sijoittajia, mutta pörssikurssien laskiessa se moninkertaisti tappiot ja johti sijoittajien sijoittaman pääoman nopeampaan menetykseen.

kerättiin yleisöltä vieraan pääoman ehtoisena. Rahaston arvon laskiessa rahaston perustaja vastasi arvon laskusta ensimmäisten 5 miljoonan dollarin edestä, jotka ylittävistä tappioista vastasi sijoittajayleisö. Sijoittajien näkökulmasta turvalliseksi markkinoitu velkamuotoinen sijoitus muuttui tällöin käytännössä riskialttiiksi sijoitukseksi eikä alkuperäinen sijoitus ollut turvassa.<sup>86</sup>

Yhdysvaltojen huonot kokemukset johtivat siihen, että sääntelyn avulla rahastojen pääomarakenne tehtiin yksinkertaiseksi ja läpinäkyväksi. Tämä tarkoitti käytännössä sitä, etteivät rahastot saa laskea liikkeeseen senioriarvopapereita, jotka ovat maksunsaantijärjestyksessä etusijalla tavallisiin osakkeisiin nähden (kuten lainat, joukkovelkakirjalainat tai etuoikeusosakkeet).<sup>87</sup> Yksinkertainen ja sijoittajille tasapuolinen avointen rahastojen pääomarakenne on sittemmin levinnyt universaalisti vallitsevaksi periaatteeksi. Aiemmin tässä luvussa todetulla tavalla EU-maiden yhteissijoitusyritysten lainanotto on hyvin rajoitettua, mutta toisaalta EU-sääntely vaikeenee etuoikeusosakkeiden liikkeeseen laskemisen mahdollisuudesta<sup>88</sup>. Vaikka kysymykseen tai osakelajien toimintaperiaatteisiin ei ole sääntelyn tasolla otettu kantaa<sup>89</sup>, ESMAn lausunnon<sup>90</sup> mukaan tulisi perustaa erillinen rahasto tai alarahasto silloin kun tavoitteena on poiketa yhtenäisestä riskiprofiilista.<sup>91</sup> Tämä puoltaisi sitä, ettei saman sijoitusyhtiön tai sen alarahaston sisällä voitaisi perustaa eri osakelajeja, joiden maksunsaantijärjestys ei ole tasavertainen, koska tällöin osakelajien riskitasot poikkeaisivat

<sup>86</sup> Warburton 2017, s. 683–688.

<sup>87</sup> Morley 2013, s. 348 ja Warburton 2017, s. 689. Ks. myös Morley 2012, s. 380 ja 388, joka toteaa Yhdysvaltojen sijoitusyhtiösääntelyn historiaa tarkastelevassa artikkelissaan, että toimialan tavoitteena lienee ollut sääntelyn avulla standardisoida rahastojen rakennetta. Lainanottoa koskevat rajoitukset mahdollistivat yksinkertaisen pääomarakenteen, jossa sijoittajien ei tarvitse ottaa selvää siitä, saavatko he rahastosijoituksen tehdessään tavallisia sijoitusyhtiön osakkeita vaiko esimerkiksi monimutkaisia velkamuotoisia arvopapereita. Toisaalta Morley 2013, s. 357 toteaa, ettei pääomarakenteen sääntelyn taustalla ole selvää yksittäistä syytä, vaan siihen ovat vaikuttaneet yhdessä monet tekijät.

<sup>88</sup> Sijoitusyhtiön tapauksessa kyse olisi sijoitusyhtiön tai alarahaston sisäisistä osakelajeista, joilla olisi toisiinsa nähden poikkeava maksunsaantijärjestys. ESMA 2017, s. 1 kuvaa osakelajien ominaisuuksiin liittyvän oikeustilan epävarmuutta seuraavasti: ”The UCITS Directive recognises the possibility for UCITS to offer different share classes to investors, but it does not prescribe whether, and to what extent, share classes of a given UCITS can differ from one another.”

<sup>89</sup> Luca 2021, s. 733–734 toteaa, että UCITS-direktiivi tunnistaa osakelajien olemassaolon markkinointia koskevissa säännöksissä mutta ei säätele niihin liittyviä operatiivisia seikkoja tarkemmin. AIFM-direktiivissä ei puolestaan mainita osakelajeja muttei niiden perustamista myöskään kielletä.

<sup>90</sup> ESMA, Share classes of UCITS. Opinion. 30 January 2017.

<sup>91</sup> ESMA 2014b, s. 5–6 ja ESMA 2017, s. 4.

merkittävästi toisistaan.<sup>92</sup> Suhtautuminen on ollut kielteinen perinteisesti myös Isossa-Britanniassa, joka on muutoin pyrkinyt olemaan varsin liberaali eri osakelajien ominaisuuksia koskevissa kysymyksissä.<sup>93</sup> ESMAn lausunto ei ainakaan ole selkiyttänyt osakelajeihin liittyviä toisistaan poikkeavia kansallisia käytäntöjä<sup>94</sup>, koska myös yhteissijoitusyrityksissä esiintyy osakelajeja, joiden maksunsaantijärjestys poikkeaa toisistaan.<sup>95</sup>

Luotonotosta edellä tässä luvussa todettu ei koske sijoitusyhtiöitä, jotka ovat vaihtoehtorahastoja. Vaihtoehtorahastoille ei ole sääntelyn tasolla asetettu lainanottoa koskevia määrällisiä rajoitteita<sup>96</sup> eikä niiden osalta ole katsottu perustelluksi rajoittaa, missä muodossa ne voivat kerätä pääomia. Velkavivun käyttäminen on olennainen osa monia vaihtoehtoisia sijoitusstrategioita, ja pääomalajien monipuolisuuden mahdollisuus on tärkeää pääomien keräämisen joustavuuden kannalta.<sup>97</sup> Myös maksunsaantijärjestyksiltään poikkeavat osakelajit ovat lähtökohtaisesti vaihtoehtorahastoissa hyväksyttävimpiä, koska edellä tarkasteltu ESMAn lausunto ei sovellu vaihtoehtorahastoihin.<sup>98</sup> Vaihtoehtorahastot ovat myös lähtökohtaisesti tarkoitettuja ammattimaisille asiakkaille<sup>99</sup>, joiden katsotaan olevan kykeneviä ymmärtämään monimutkaisia rahastotuotteita<sup>100</sup>, eikä tällöin UCITS-tyypistä tuotesääntelyä ole katsottu perustelluksi.<sup>101</sup> Osakelajien tarkemmista

<sup>92</sup> ESMA ei kuitenkaan ole suoraan tarkastellut eri osakelajeja maksunsaantijärjestyksen näkökulmasta, vaan ESMAn tarkastelu on kohdistunut yhtenäisestä riskiprofilista poikkeamiseen muilla keinoin, kuten osakelajikohtaisella johdannaisten käyttämisellä.

<sup>93</sup> SIB 1995, s. 18 ja 155 ja SIB 1996, s. 14 ja 146. Muun muassa oikeus tuottoon ei saisi olla epäsuhtainen eri osakelajien välillä. Sääntelyn tasolla ei kuitenkaan ole perusteltua luotella sallittuja osakelajeja yksityiskohtaisesti, jotta innovaatioille olisi edellytyksiä.

<sup>94</sup> Ks. esim. ESMA 2016, s. 5.

<sup>95</sup> Näin esim. Rolinco N.V. Prospectus 10 March 2021, s. 52, jossa todetaan, että etuoikeusosakkeet ovat maksunsaantijärjestyksessä etusijalla. Kyseessä on Hollannin lain mukaan perustettu vaihtuvapääomainen UCITS-sijoitusyhtiö, johon on perustettu eri osakelajeja.

<sup>96</sup> Ks. esim. Kremer – Lebbe 2014, s. 152; ECB 2016, s. 123 ja ESMA 2020, s. 10.

<sup>97</sup> Ks. esim. Hidén – Ruotsalainen 2014, s. 374, jonka mukaan lienee selvää, että vaihtoehtorahastot voivat kerätä pääomia sekä oman että vieraan pääoman ehtoisina. Tästä huolimatta vieraan pääoman ehtoisiin sijoitussitoumuksiin esimerkiksi pääomarahastoissa liittyy yleensä riskin ja tuoton kannalta selviä oman pääoman piirteitä.

<sup>98</sup> Ks. Vepsä 2021b, s. 98, jossa lausunnon soveltuvuutta vaihtoehtorahastoihin on pohdittu lyhyesti. Vrt. Luca 2021, s. 737, jonka mukaan mainitun ESMAn lausunnon pitäisi soveltua myös vaihtoehtorahastoihin.

<sup>99</sup> Ks. ESMA 2021, s. 6, jonka mukaan vähittäissijoittajien omistusosuus kaikista vaihtoehtorahastoista unionin tasolla oli vain 15 % vuoden 2019 lopussa.

<sup>100</sup> EC 2009, s. 6: ”— access to many AIF has traditionally been restricted to professional or institutional investors, who are both better able to understand the risks their investments entail and as a result of their large and diversified investment portfolios are generally able to absorb the potential losses associated with these investments.” Ks. myös Treasury (Australia) 2021, s. 6.

<sup>101</sup> EC 2009, s. 33.

erityisehdoista riippuen kyseessä voi kuitenkin olla tiettyä sijoittajaryhmää koskevaa erityiskohtelua, jossa tulee noudattaa läpinäkyvyyttä AIFM-direktiivin 23 artiklan 1 kohdan j alakohdan mukaisesti. Toisaalta oikeuskirjallisuudessa on esitetty myös tätä kriittisempi näkemys, jonka mukaan toisten osakelajien kustannuksella etua saavien etuoikeusosakkeiden ei tulisi olla sallittuja edes vaihtoehtorahastoissa.<sup>102</sup>

Pääomalajeja koskevana yhteenvetona voidaan todeta, että Suomessa vaihtuvapääomaisten sijoitusyhtiöiden, jotka olisivat yhteissijoitusyrityksiä, varainkeruun tulisi tapahtua lähes yksinomaan yleisöltä tulevana osakemerkintöinä kuten muillakin avoimilla rahastoilla. Näin ollen niiden pääoma koostuisi lähes kokonaan oman pääoman ehtoisesta rahoituksesta. Yhteissijoitusyrityksillä vieraan pääoman hyödyntämisen rajoitukset perustuvat pakottavaan EU-sääntelyyn, josta ei voida kansallisella tasolla poiketa. Tämän takia vieraan pääoman ehtoista rahoitusta ei tarkastella tässä artikkelissa tämän syvemmin, vaan seuraavaksi siirrytään tarkastelemaan vaihtuvapääomaisten sijoitusyhtiöiden vaihtuvaa osakepääomaa.

### **3.2 Vaihtuva osakepääoma**

Useimmissa valtioissa on havaittu, että tavanomaisia kaupallisia yhtiöitä<sup>103</sup> varten kehitetty osakeyhtiösääntely soveltuu huonosti rahastotoimintaan. Edistyneissä valtioissa osakeyhtiöitä koskeva sääntely on pääperiaatteiltaan samankaltaista.<sup>104</sup> Koska osakeyhtiöitä ja niiden verotusta ei ole lähtökohtaisesti suunniteltu yhteisen sijoitustoiminnan harjoittamiseen, pisimmälle kehittyneissä rahastovaltioissa on säädetty erityislakeja yhtiömuotoisille yhteissijoitusvälineille, joista voidaan mainita esimerkkinä Ison-

---

<sup>102</sup> Luca 2021, s. 737 ja 739–741. Tätä perustellaan sillä, että etuoikeusosakkeisiin liittyy eri osakelajeille allokointavien varojen sekoittuminen. Etuoikeudet voivat olla monenlaisia. Jos esimerkiksi toiseen osakelajiin liittyy 5 %:n kiinteä korko ja toiseen ei, niin sijoitusyhtiön nettoarvon pysyessä samana tai sen laskiessa kiinteä korko joudutaan maksamaan toiselle osakelajille allokointavista varoista, jolloin siihen kuuluvien osakkeiden nettoarvo laskee. Myös IOSCO 2004, s. 14 on todennut universaalisti kaikkien rahastojen osalta yleisesti: ”No advantage should be provided to a share class that would result in a prejudice to another share class or to the fund.”

<sup>103</sup> Tällä tarkoitetaan yhtiöitä, jotka harjoittavat muuta tavanomaista liiketoimintaa, jollaisena rahastotoimintaa ei tässä kontekstissa pidetä. Ks. esim. HE 94/2013 vp, s. 66, jossa vaihtoehtorahastoina ei pidetä yleisessä kaupallisessa tai teollisessa tarkoituksessa toimivia yrityksiä. Ks. myös ESMA 2013, s. 3, joka on määritellyt yleisen kaupallisen tai teollisen tarkoituksen (general commercial or industrial purpose) laajemmin. ESMAn määritelmä on omaksuttu myös Hongkongissa; ks. SFC 2020, s. 29.

<sup>104</sup> Ks. esim. Armour – Hansmann – Kraakman – Pargendler 2017, s. 1.

Britannian OEIC-sääntelyn<sup>105</sup> voimaantulo vuonna 1997 ja Irlannin ICAV-sääntelyn<sup>106</sup> voimaantulo vuonna 2015. Vastaavasti Luxemburgissa operoitiin yhtiösääntelyyn pohjautuvalla keinotekoisella rahastorakenteella ennen kuin siellä mahdollistettiin vaihtuvapääomainen sijoitusyhtiö vuonna 1983.<sup>107</sup> Yhdysvalloissa yhtiömuodossa perustetut avoimet rahastot ovat puolestaan keskittyneet pääasiassa Marylandiin, koska kyseisen osavaltion yhtiösääntely on rahastotoiminnan näkökulmasta joustavampi muihin osavaltioihin verrattuna ja mahdollistaa vaihtuvan osakepääoman.<sup>108</sup> Myös Suomessa yritettiin säätää erityislakia sijoitusyhtiöille jo 1970-luvun lopulla<sup>109</sup>, mutta hanke epäonnistui poliittisten erimielisyyksien takia. EU-

<sup>105</sup> Alkuperäinen laki oli The Open-Ended Investment Companies (Investment Companies with Variable Capital) Regulations 1996 (SI 1996 No. 2827). Voimassa oleva laki on The Open-Ended Investment Companies Regulations 2001 (SI 2001 No. 1228).

<sup>106</sup> Irish Collective Asset-management Vehicles Act 2015.

<sup>107</sup> Luxemburgin yhtiölainsäädäntö ei aiemmin mahdollistanut mitään mekanismeja yhtiömuotoisen rahaston uusien osakkeiden säännölliseen liikkeeseen laskemiseen tai ulkona olevien osakkeiden lunastamiseen. Vuonna 1959 Luxemburgiin perustettiin ensimmäiset avoimet yhtiömuotoiset rahastot eikä niistä tällöin edes säädetty lain tasolla, vaan niiden toiminta perustui valtiovarainministeriön päätöksiin. Osakkeiden jatkuvaa liikkeeseen laskua ja lunastuksia varten sijoitusyhtiöiden täytyi perustaa erityisiä lunastusyhtiöitä (*société de rachat*), joiden ainoana tarkoituksena oli ostaa sijoitusyhtiöiden osakkeita edelleen myytäväksi uusille sijoittajille. Ks. tältä osin esim. SEC 1971, s. 917; Rounds – Dehio 2007, s. 501; Kremer – Lebbe 2014, s. 6 ja Ruk – Filipovic – Vuletic 2020, s. 179. Myös Vandamme 1988, s. 4–5 ja 64 ottaa kommentaarissaan huomioon kyseiselle aikakaudelle ominaiset lunastusyhtiöt.

<sup>108</sup> Ks. esim. Schonfeld – Kerwin 1993, s. 114–115; Roiter 2016, s. 62 ja DeMott 2018, s. 61. Morley – Curtis 2010, s. 93:n mukaan rekisteröintipaikan valintaan vaikuttaa myös se, että Marylandin sääntely mahdollistaa yhtiökokouksen jättämisen väliin. Yhdysvaltojen liittovaltiotason sijoitusyhtiölaissa (*Investment Company Act of 1940*) termi *investment company* ei viittaa mihinkään tiettyyn oikeudelliseen muotoon, vaan laissa tarkoitettuja sijoitusyhtiöitä voivat periaatteessa olla mitkä tahansa eri osavaltioiden organisoitumismuodot, jotka täyttävät ”investment company”-määritelmän vaatimukset, joissa olennaista on, koostuvatko yhtiön varat suurimmaksi osaksi arvopapereista. Ks. tältä osin myös Roiter 2016, s. 11–12 ja Zetsche 2018, s. 340. Määritelmää on myös kritisoitu, ja esim. Morley 2014, s. 1281–1284 toteaa, että sen ei pitäisi pääasiassa perustaa yhtiön varojen tarkasteluun, vaan myös rakenteelliset seikat tulisi ottaa huomioon. Erilaisten oikeudellisten muotojen käyttömahdollisuudesta huolimatta niiltä kaikilta edellytetään yhtiöiden toiminnallisia ominaisuuksia, kuten hallitusta ja osakkeenomistajien äänioikeuksia, jolloin muutkin oikeudelliset rakenteet kuin vaihtuvapääomaiset sijoitusyhtiöt lähenevät yhtiöitä *de facto*. Ks. tältä osin Warburton 2010, s. 195.

<sup>109</sup> Ks. etenkin HE 22/1977 vp, s. 1. Toteutuessaan sijoitusyhtiösääntely olisi ollut Euroopassa aikaansa edellä. Ks. esim. OECD C(71)234 1972, s. 9, jossa todetaan, että Euroopassa ei juuri ollut mahdollista perustaa vaihtuvapääomaisia sijoitusyhtiöitä kyseisenä aikakautena, minkä takia avointen rahastojen perustaminen osakeyhtiömuodossa oli harvinaista osakepääoman muuttamista koskevien vaatimusten takia. Toisaalta todetaan, että Yhdysvalloissa vaihtuvapääomaisen sijoitusyhtiön konsepti tunnettiin jo tuolloin. Ylipäätään rahastomarkkinat olivat Euroopassa tuolloin vielä kehittyttömät: esim. Stafford 1975, s. 241:n mukaan vuonna 1964 avoimia rahastoja oli silloisen Euroopan yhteisön maissa 100, kun taas vuonna 1974 niiden määrä oli noussut noin 600:aan.

jäsenvaltioissa ja maailmalla laajemminkin on nähtävissä kehityssuunta, jossa yhteiseen sijoitustoimintaan tarkoitettujen rahastojen oikeudelliset muodot pohjautuvat yhä vähemmän perinteiseen yhtiö- ja yksityisoikeuteen. Sen sijaan yhtiö- ja yksityisoikeudelliset säännöt on mukautettu sopimaan rahastojen hoitamiseen.<sup>110</sup>

Vaihtuvapääomaisten sijoitusyhtiöiden erityinen luonne on jo kauan tunnistettu osakeyhtiötä koskevassa EU-sääntelyssä ennen alkuperäisen UCITS-direktiivin<sup>111</sup> voimaantuloa. Tietyistä yhtiöoikeuden osa-alueista (kodifikaatio) annetun direktiivin (EU) 2017/1132 (yhtiödirektiivi) 44 artiklan 2 kohdan mukaan jäsenvaltiot voivat päättää, että ne eivät sovelle direktiivin pääoman säilyttämistä ja muuttamista koskevan IV luvun säännöksiä soveltamisalan mukaisesti yhtiömuotoihin, jos ne ovat vaihtelevapääomaisia sijoitusyhtiöitä<sup>112</sup> tai osuustoiminnallisia yhtiöitä. Jos tämä on jäsenvaltion lainsäädännön mukaan mahdollista, siinä on vaadittava, että tällaiset yhtiöt merkitsevät ilmaisun *vaihtelevapääomainen sijoitusyhtiö* tai *osuustoiminnallinen yhtiö* kaikkiin kyseisen direktiivin 26 artiklassa tarkoitettuihin asiakirjoihin.<sup>113</sup> Sijoitusyhtiöpoikkeus esiintyi aikanaan jo direktiivin 77/91/ETY (pääomadirektiivi) 2 artiklassa, jolloin se vapautti vaihtuvapääomaiset sijoitusyhtiöt kokonaan direktiivin soveltamisalasta.

Kansainvälisten sääntelykäytäntöjen mukaan on tavanomaista, että sijoitusyhtiöiden vaihtuvapääomaisuus perustuu osakkeiden liikkeeseen laskemiseen ja lunastamiseen ja osakepääoman määrän muuttamiseen. Alla näkyvästä sääntelyvertailusta käy ilmi, että kaikissa vertailun kohteena olevissa valtioissa ja erityishallintoalueilla sijoitusyhtiön vaihtuvapääomaisuus perustuu vaihtuvaan osakepääomaan eikä esimerkiksi muunlaisien oman pääoman ehtoisten sijoitusten tekemiseen (kuten Suomen OYL:n tuntema SVOP-sijoitus). Kansainvälisesti vaihtuvapääomaisiin sijoitusyhtiöihin ei ylipäätään ole mahdollista tehdä muunlaista oman pääoman ehtoista sijoitusta kuin osakepääomasijoitus. Seuraavaksi tarkastellaan

<sup>110</sup> Ks. esim. Hooghiemstra 2019, s. 135.

<sup>111</sup> Neuvoston direktiivi 85/611/ETY, annettu 20 päivänä joulukuuta 1985, arvonpapereihin kohdistuvaa yhteistä sijoitustoimintaa harjoittavia yrityksiä (yhteissijoitusyritykset) koskevien lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta.

<sup>112</sup> Suomennos *vaihtelevapääomainen sijoitusyhtiö* ei ole vakiintunut muissa yhteyksissä, ja se lienee jäänne yhtiödirektiivin edeltäjistä, joissa termiä on käytetty aikana, kun vaihtuvapääomainen sijoitusyhtiö ei ollut vielä käsitteenä vakiintunut.

<sup>113</sup> Poikkeus on relevantti etenkin Luxemburgissa, jossa *société anonyme* -yhtiö voidaan perustaa tavanomaista liiketoimintaa harjoittavaksi yhtiöksi tai vaihtoehtoisesti SICAV-sijoitusyhtiöksi. Jos kansallinen rahastolainsäädäntö ei perustu osakeyhtiösääntelyyn vaan rahastosääntelyssä säädetään kokonaan erityisestä yhteiseen sijoitustoimintaan tarkoitettusta yhtiömuodosta, joka ei ole osakeyhtiö, ei yhtiödirektiivi sovellu ollenkaan. Esimerkiksi Irlannin ICAV-sijoitusyhtiöt eivät kuulu yhtiödirektiivin soveltamisalaan.

syvemmin oikeusvertailun avulla, miten ja minkä takia vaihtuva osakepääoma on sijoitusyhtiöissä järjestetty.

**Taulukko 1.** Kuinka sijoitusyhtiöiden vaihtuvasta pääomasta on säädetty eri valtioissa ja erityishallintoalueilla.

Valtio tai erityis-hallintoalue	Säännös	Osakepääoman määrän ilmaiseminen
Luxemburg	Articles 25 et 93, 3e tiret, Loi de 2010 ; article 25, 4e tiret, Loi de 2007.	dont les statuts stipulent que le montant du capital est égal à tout moment à la valeur de l'actif net de la société.
Irlanti	ICAV Act 2015, section 6(3)(b)	the actual value of the paid-up share capital of the ICAV shall be at all times equal to the value of the assets of the ICAV after deduction of its liabilities,
Iso-Britannia	The Open-Ended Investment Companies Regulations 2001 (SI 2001 No. 1228), Regulation 14, section 4(2)	For the purposes of sub-paragraph (1)(c), the size at any time of a company's capital is to be taken to be the value at that time, as determined in accordance with FSA rules, of the scheme property of the company less the liabilities of the company.
Hongkong	Securities and Futures Ordinance (Cap. 571), section 112P. (3)	The amount of the paid-up share capital of an open-ended fund company is at all times equal to the net asset value of the company.
Singapore	Variable Capital Companies Act 2018 (No. 44 of 2018), section 19. (d)	the actual value of the paid-up share capital of the VCC is at all times equal to the net asset value of the VCC;
Ranska	Code monétaire et financier, Article L214-7	Le montant du capital est égal à tout moment à la valeur de l'actif net de la société, déduction faite des sommes distribuables définies à l'article L. 214-17-2.
Ruotsin lakiesitys (ei hyväksyty) <sup>114</sup>	Förslag till lag (0000:0000) om investeringsbolag, 4 §	Ett investeringsbolag ska ha ett aktiekapital som motsvarar nettovärdet av bolagets tillgångar, värderade enligt de grunder som anges i bolagsordningen. Varje aktie representerar en lika stor andel av aktiekapitalet.

<sup>114</sup> Ks. SOU 2016:45, s. 23–68.

Tavanomaisissa yhtiöissä sijoittajan oikeus osakepääoman takaisinmaksuun on rajattu osakkeiden tai osuuksien nimellisarvoon tai kirjanpidolliseen vasta-arvoon. Transaktiot, jotka alentavat osakkeiden nimellisarvoa tai kirjanpidollista vasta-arvoa, alentavat sijoittajan oikeutta takaisinmaksuun vastaavalla määrällä. Tämän periaatteen soveltuminen vaihtuvapääomaiseen sijoitusyhtiöön aiheuttaa omanlaisiaan seuraamuksia. Sijoitusyhtiön osakkeiden kirjanpidollinen vasta-arvo on yhtä suuri kuin yhdelle osakkeelle allokoitava osuus sijoitusyhtiön nettoarvosta. Mahdollinen sijoittajalle palautettava suoritus muuttuu näin ollen jatkuvasti sijoitusyhtiön nettoarvon muuttuessa. Se ottaa huomioon alkuperäiseen sijoitukseen nähden saavutetut voitot, joten takaisinmaksussa voi olla kyse sekä pääoman palautuksesta että sille kertyneiden tuottojen maksamisesta. Oikeus sijoittajan tekemän suorituksen takaisinmaksuun ei kytkeydy suoritukseen vaan sillä saatujen sijoitusyhtiön osakkeiden kulloiseenkin taloudelliseen arvoon. Esimerkiksi sijoittaja, joka maksaa merkintänsä suorittamalla sijoitusyhtiöön arvopapereita apporttina, ei voi lunastuksen yhteydessä vaatia takaisin samoja arvopapereita. Hän on ainoastaan oikeutettu saamaan varoja, jotka vastaavat hänen omistamiensa sijoitusyhtiön osakkeiden nettoarvoa lunastushetkellä. Jos sijoitusyhtiön nettoarvo on laskenut, sijoittaja ei saa välttämättä takaisin alkuperäistä suoritustaan vastaavaa summaa. Huonoimmassa skenaariossa hän ei saa takaisin mitään.<sup>115</sup>

Sijoitusyhtiöiden yhtiöjärjestyksessä tavanomaisesti määrätään, että osakkeet tulee laskea liikkeeseen, lunastaa tai takaisinostaa hinnasta, joka on yhtä suuri kuin kullekin osakkeelle allokoitava osuus sijoitusyhtiön nettoarvosta. Tällöin osakkeiden merkintähinta ja lunastushinta ovat samat.<sup>116</sup> Sijoitusyhtiöillä on myös mahdollisuus korjata osakkeiden hintaa ottaakseen huomioon mahdolliset palkkiot, komissiot ja esimerkiksi joustavan hinnoittelumenetelmän, joista on määrätty yhtiöjärjestyksessä ja rahastoesitteessä.<sup>117</sup> Sääntelyn tasolla ei ole mahdollista tarkasti määrittää,

<sup>115</sup> Kremer – Lebbe 2014, s. 262.

<sup>116</sup> Sijoitusyhtiöissä on tavallista, että osakkeilla on yksi hinta, jolloin merkintähinta ja lunastushinta ovat samoja. Esimerkiksi osuustrusteissa on mahdollista, että osuuksilla on kaksi hintaa: merkintähinta ja lunastushinta. Nykyään on tavallista, että rahastot käyttävät vain yksinkertaista hinnoittelua. Kaupankäynnistä aiheutuvia kustannuksia pyritään kompensoimaan pitkäaikaisille osakkeenomistajille muilla keinoin kuin kaksinkertaisella hinnoittelulla. Esimerkiksi Isossa-Britanniassa harkittiin tarkkaan OEIC-sääntelyn valmistelun yhteydessä, ettei kaksinkertaista hinnoittelua olisi perusteltua soveltaa OEIC-sijoitusyhtiöiden osakkeiden nettoarvon laskemiseen. Ks. yksinkertaisesta ja kaksinkertaisesta hinnoittelusta ja niiden arvioinnista sijoitusyhtiöiden kontekstissa tarkemmin SIB 1993, s. 8–14 ja SIB 1995, s. 14–17 ja 28.

<sup>117</sup> Joustava hinnoittelumenetelmä vaikuttaa suoraan osakkeen arvoon, kun taas esimerkiksi rahastolle hyvitetävät merkintä- ja lunastuspalkkiot eivät vaikuta merkittävien ja



millaisia kustannuksia voi olla, vaan ne heijastelevat kunkin sijoitusyhtiön operatiivisia tarpeita.<sup>118</sup> Yhtiöjärjestyksessä voidaan selvyuden vuoksi määrätä seuraavista osakepääomaan liittyvistä asioista:

- 1) Sijoitusyhtiön osakepääoma on kulloinkin yhtä suuri kuin liikkeen lasketun osakepääoman arvo.
- 2) Osakkeilla ei ole nimellisarvoa.
- 3) Mahdollisesta osakepääoman vähimmäis-<sup>119</sup> ja enimmäismäärästä.

Lisäksi yhtiöjärjestyksessä tyypillisesti määrätään, että sijoitusyhtiön ainoana toiminnan tarkoituksena on harjoittaa yhteistä sijoitustoimintaa sijoittajien eduksi ja että maksetun osakepääoman todellinen arvo on aina yhtä suuri kuin summa, joka saadaan, kun sijoitusyhtiön kaikista varoista vähennetään sen velat ja sijoitusyhtiön osakkeet on osakkeenomistajan pyynnöstä lunastettava suoraan tai epäsuorasti käyttämällä sijoitusyhtiön varoja. Edellä mainittujen määräysten osakepääoman enimmäismäärää lukuun ottamatta katsotaan sisältyvän yhtiöjärjestykseen *per se* riippumatta niiden puuttumisesta tai vastakkaisista yhtiöjärjestysmääräyksistä.<sup>120</sup> Tavanomaisesti on katsottu, että sääntelyn tasolla on perusteltua määrittää ainoastaan yhtiöjärjestyksen pakollinen minimisisältö.<sup>121</sup>

---

lunastettavien osakkeiden arvoon, vaan kyseessä on sijoittajalle aiheutuva lisäkustannus. Erialaisten diluutionkorjausmekanismien tavoitteena on viime kädessä suojata pitkäaikaisia rahastosijoittajia kaupankäynnistä aiheutuville kustannuksille ja allokoida kyseisiä kustannuksia niiden aiheuttajille. Ks. tarkemmin esim. SIB 1993, s. 11–14; SIB 1995, s. 14–17 ja 66–67 ja SIB 1996, s. 48–49.

<sup>118</sup> General Scheme of the ICAV Bill 2014, s. 52–56; Kremer – Lebbe 2014, s. 264–265; MAS 2018, s. 13 ja Hudson 2019, s. 109–110.

<sup>119</sup> UCITS-direktiivissä ei aseteta ulkoisesti hoidetuille yhteissijoitusyrityksille vähimmäispääomavaatimusta, vaan direktiivin pääomavaatimukset koskevat rahastoyhtiöitä ja sisäisesti hoidettuja sijoitusyhtiöitä. Kansallisella tasolla on kuitenkin tavallista, että myös ulkoisesti hoidetuille yhteissijoitusyrityksille on asetettu vähimmäispääomavaatimus.

<sup>120</sup> Ks. vastaavasti General Scheme of the ICAV Bill 2014, s. 52–56 ja SFC 2017, s. 11 ja siinä viitattu Securities and Futures Ordinance (Cap. 571), section 112K. (2). Kyseiset ominaisuudet ovat sijoitusyhtiöille perustavanlaatuisia, minkä takia niistä on perusteltua säätää suoraan lain tasolla, jolloin laki takaa vähimmäistasoisen ”mallisopimuksen”. Tällöin asiasta ei ole tarpeen erikseen määrätä yhtiöjärjestyksessä, koska vaihtuvapääomaisuus on yhtiömuotoon liittyvä erottamaton ominaisuus. Tätä sääntelyratkaisua esiintyy valtioissa, joissa on säädetty vaihtuvapääomaisista sijoitusyhtiöistä täysin osakeyhtiölain ulkopuolella (kuten Irlannin ICAV). Vrt. Dietrich – Müller 2016, s. 41, jossa todetaan, että Luxemburgissa osakepääoman suuruudesta määrittävä yhtiöjärjestyksessä. Tämä perustuu siihen, että Luxemburgin SICAV-sijoitusyhtiöt ovat teknisesti sociétés anonymes -yhtiöitä, joihin sovelletaan yhtiölakia (loi de 1915) siltä osin kuin rahastosääntelyllä (esim. Loi de 2010) ei siitä poiketa.

<sup>121</sup> SIB 1995, s. 23.

Sijoitusyhtiön omien osakkeiden ostaminen on mahdollista sekä sijoitus- että lunastustarkoituksiin. Lunastuksen kohteena olevien osakkeiden täytyy olla täysin maksettuja<sup>122</sup>. Omien osakkeiden joustava ostomahdollisuus on yksi sijoitusyhtiöiden avainkomponenteista. Tämä mekanismi mahdollistaa, että sijoittajat voivat jatkuvasti tehdä merkintöjä sijoitusyhtiöön (sijoittaa) ja lunastaa (realisoida sijoituksensa) sijoitusyhtiön varoista. Omat osakkeet, jotka sijoitusyhtiö on hankkinut tai jotka ovat sille siirtyneet, on mitätöitävä ja sijoitusyhtiön osakepääomaa on alennettava sen verran, mitä sijoitusyhtiö maksoi lunastettavista osakkeista, joten sijoitusyhtiö ei voi omistaa omia osakkeitaan. Tämä on seuraus merkintäprosessista, varojen sijoittamisesta ja osakkeiden lunastuksesta sekä vaihtuvapääomaisen sijoitusyhtiön perusluonteesta. Sijoitusyhtiön osakepääoman on aina oltava yhtä suuri kuin sen sijoituskohteena olevien varojen nettoarvo. Sijoitusyhtiöt tarvitsevat reservivaroja, jotta niillä olisi puskuria jatkuvia merkintöjä, sijoituskohteiden hankkimista ja osakkeiden lunastuksia varten.

Vaihtuvapääomaisten sijoitusyhtiöiden pääperiaate – osakepääoman on aina oltava yhtä suuri kuin sijoitusyhtiön varojen nettoarvo – johtaa siihen, että sijoitusyhtiön osakepääoma muuttuu varojen nettoarvon muuttuessa *ipso jure* ilman, että osakepääoman korotuksesta tai alentamisesta täytyisi tehdä yhtiöoikeudellisia päätöksiä tai viranomaisilmoituksia<sup>123</sup>. Osakepääoman korottamiseen tai alentamiseen ei liity mitakaan muotovaatimuksia. Varojen nettoarvo voi nousta pääsääntöisesti sijoituskohteiden arvonnousun, sijoituskohteista saatavien kassavirtojen tai saatujen merkintämaksujen vuoksi. Sitä vastoin nettoarvo voi laskea, kun sijoituskohteiden arvo laskee, osakepääomasta maksetaan sijoitusyhtiön kustannuksia ja osinkoja tai kun sijoittajat lunastavat osakkeitaan. Käytännössä yhtiöjärjestyksessä

<sup>122</sup> Ks. tältä osin myös Kremer – Lebbe 2014, s. 219. Mikäli sijoittaja voisi lunastaa osakkeita, joita ei ole kokonaan maksettu, saisi hän perusteetonta etua muiden osakkeenomistajien kustannuksella. Tämän estäminen varmistetaan siten, että merkintä itsessään on peruuttamaton, mutta sijoittaja ei saa osaketta eikä häntä merkitä osakerekisteriin ennen kuin merkintämaksu on saatu (ks. Kremer – Lebbe 2014, s. 265).

<sup>123</sup> Vaihtuvan osakepääoman konsepti tunnistettiin jo Suomen 1970-luvun sijoitusyhtiölaikihankkeessa, vaikka ehdotuksen mukaan osakkeilla olisikin ollut nimellisarvo. Ks. Suomen Pankki 1971, s. 11 ja HE 22/1977 vp, s. 11, joissa todetaan, että sijoitusyhtiöillä olisi ollut kiinteän osakepääoman lisäksi vaihtuva osakepääoma, josta laskettaisiin liikkeeseen haltijaosakkeita, joita myytäisiin ja takaisinostettaisiin hintaan, joka saataisiin jakamalla sijoitusyhtiön netto-omaisuus kaikkien osakkeiden lukumäärällä. Lisäksi sijoitusyhtiöt eivät olisi olleet velvollisia ilmoittamaan vaihtuvan osakepääoman määrää ja muutoksia kaupparekisteriin. Nykyään OYL ei mahdollista haltijaosakkeita, vaan niiden käyttö kiellettiin vuoden 1978 osakeyhtiölainsäädännön uudistuksessa (ks. esim. Marjosola 2018, s. 13).

pidätetään hallituksella oikeus järjestää<sup>124</sup> uusien osakkeiden liikkeeseen laskeminen milloin tahansa ilman yhtiökokouspäätöstä. Osakepääoman vaihtuva luonne tarkoittaa myös sitä, että osakkeilla ei ole nimellisarvoa.<sup>125</sup> Tästä ominaisuudesta määrätään tyypillisesti yhtiöjärjestyksessä.<sup>126</sup>

Sijoitusyhtiön tai sen alarahaston<sup>127</sup> osake tuottaa yhtäläisen oikeuden osakepääomaan. Osakkeiden tulevaisuudessa tapahtuvan hinnoittelun takia<sup>128</sup> sijoittajat eivät tiedä merkintää tehdessään, kuinka paljon osakkeita he tarkalleen saavat. Erilaisten osakesarjojen johdosta osakkeiden arvot voivat poiketa toisistaan. Osakkeiden arvot voivat poiketa toisistaan ensinnäkin eri alarahastojen välillä, mutta toisaalta myös alarahaston sisäisten osakesarjojen välillä. Lisäksi sijoitusyhtiö voi laskea liikkeeseen perustajaosakkeita, joita ei ole kytketty osakepääomaan ja jotka eivät tuo omistajilleen taloudellisia oikeuksia.<sup>129</sup> Vallitsevana periaatteena on myös, että osakkeet eivät voi tuottaa osakeoikeuksia kuin yhteen alarahastoon.

#### Esimerkki:

OB Sijoitusyhtiö koostuu kahdesta alarahastosta: OB Maailma Indeksi ja OB Globaalit Osakkeet. OB Sijoitusyhtiö laskee liikkeeseen A-osakkeita, jotka tuottavat osakeoikeudet OB Maailma Indeksi -alarahastolle allokoitavaan osaan sijoitusyhtiön osakepääomasta ja B-osakkeita, jotka tuottavat osakeoikeudet OB Globaalit Osakkeet -alarahastolle allokoitavaan osaan sijoitusyhtiön osakepääomasta.

<sup>124</sup> Ulkoisesti hoidetun sijoitusyhtiön tapauksessa tehtävästä vastaisi luonnollisesti rahasto-yhtiö. Ks. Vepsä 2021b, s. 101, jossa kyseenalaistetaan sisäisesti hoidettujen sijoitusyhtiöiden tarve.

<sup>125</sup> Ks. esim. Dietrich – Müller 2016, s. 46.

<sup>126</sup> Kremer – Lebbe 2014, s. 218–219 ja 264–265 ja Hudson 2019, s. 146. Ks. esim. Invesco Funds SICAV, articles of incorporation 30.9.2016, artikla 5, jossa asiasta on määrätty seuraavasti: ”The capital of the Company shall be represented by shares of no par value and shall at any time be equal to the total net assets of the Company pursuant to Article 11 hereof.”

<sup>127</sup> Ks. sijoitusyhtiön jakautumisesta yhteen tai useampaan alarahastoon yksityiskohtaisesti Vepsä 2021b, s. 84–140.

<sup>128</sup> Ks. tämän artikkelin luku 1.2. Eteenpäinen hinnoittelu on nykyään kansainvälinen sääntely- ja markkinastandardi. Näin ei ole kuitenkaan ollut aina. Esimerkiksi Isonsa-Britanniassa OEIC-sääntelyn valmistelun yhteydessä historiallinen hinnoittelu sallittiin tietyin edellytyksin. Ks. SIB 1995, s. 35 ja 66–67 ja SIB 1996, s. 48–52. Historiallinen hinnoittelu olikin mahdollista vielä vuosikymmeniä OEIC-sääntelyn valmistelun yhteydessä tehdyn tarkastelun jälkeen, ja Ison-Britannian markkinavalvoja FCA esitti sen lopullista kieltämistä vasta vuonna 2015 (ks. FCA 2015, s. 53).

<sup>129</sup> Kremer – Lebbe 2014, s. 220 ja 245. Ks. perustajaosakkeista myös Vepsä 2021a, s. 29.

OB Sijoitusyhtiö voi laskea liikkeeseen myös C-osakkeita, jotka tuottavat osakeoikeuksia OB Maaailma Indeksi -alarahastolle allokoitavaan osaan sijoitusyhtiön osakepääomasta. Vaikka A- ja C-osakkeet tuottavat kummatkin oikeuksia samaan alarahastoon, kukin osakelaji tuottaa aina oikeuksia vain yhden alarahaston osakepääomaan.

OB Sijoitusyhtiö ei voi laskea liikkeeseen D-osakkeita, jotka tuottaisivat omistajilleen oikeuksia sekä OB Maaailma Indeksi -alarahastoon että OB Globaalit Osakkeet -alarahastoon.

Sijoitusyhtiöiden vähimmäisosakepääoma vastaa käytännössä osakeyhtiöiden sidottua omaa pääomaa. Sijoitusyhtiöiden vähimmäis- ja enimmäis-osakepääomaa koskevat käytännöt vaihtelevat eri lainkäyttöalueilla. Vähimmäisosakepääomasta on huomioitava, että vertailun vuoksi Suomessa kansallisen sääntelyn mukaan sopimusperusteisen sijoitusrahaston vähimmäispääoman on oltava kaksi miljoonaa euroa<sup>130</sup>, joka on vaatimuksena huomattavasti OYL:n vähimmäispääomavaatimuksia ankarampi.<sup>131</sup> Kansainvälisesti rahastosääntelyssä onkin tyypillistä, että sijoitusyhtiöiden osakepääomalle on asetettu jokin vähimmäismäärä, jonka alle osakepääoma ei saa laskea esimerkiksi lunastusten kautta osakepääomaa alentamalla tai osinkojen jakamisen seurauksena.<sup>132</sup> Suomessa sijoitusrahastojen vähimmäispääomavaatimusta on perusteltu niin sanottujen pöytälaatikkorahastojen syntymisen ja olemassaolon estämisellä<sup>133</sup>, mutta vaateen taustalla ovat vaikuttaneet myös veropoliittiset syyt.<sup>134</sup>

Sijoitusyhtiön vaihtuvapääomaisessa pääomajärjestelmässä velkojien suoja toteutuu siten, että osakkeet on arvostettava, merkittävä ja lunastettava kulloiseenkin nettoarvoon. Koska nettoarvon laskenta tapahtuu vähentämällä sijoitusyhtiön varoista sen velat, on velat aina huomioitu lunastushinnassa.<sup>135</sup> Sijoitusyhtiön osakkeenomistajat eivät näin ollen voi lunastaa osakkeitaan niiden bruttoarvoon, mikä tarkoittaa sitä, että velkojat ovat maksunsaantijärjestyksessä etusijalla eivätkä osakkeenomistajat voi lunastaa sijoitusyhtiön varallisuutta kokonaisuudessaan. OYL 13:2:n (maksu-

<sup>130</sup> SRL 8:8.1.

<sup>131</sup> OYL 1:3.1:n mukaan julkisen osakeyhtiön vähimmäisosakepääoma on 80 000 euroa kun taas yksityisille osakeyhtiöille ei ole asetettu lainkaan vähimmäisosakepääomavaatimusta.

<sup>132</sup> Ks. esim. Dietrich – Müller 2016, s. 47, joka kommentoi Luxemburgin SICAV-sijoitusyhtiöiden vähimmäisosakepääomaa, joka on 1,25 miljoonaa euroa.

<sup>133</sup> HE 59/1996 vp, s. 39.

<sup>134</sup> VM111:00/2016 Arviomuistio, s. 22.

<sup>135</sup> MAS 2017, s. 10.

kykyisyydesti) ja 13:5:n (tasetesti) säännökset pyrkivät samaan lopputulokseen: maksunsaantijärjestyksen mukaisesti vieraalle pääomalle tulisi olla täysi kate eikä osakkeenomistajilla tulisi olla mahdollisuutta toimia opportunistisesti velkojen kustannuksella. Rahastojen nettoarvon laskentamenetelmä on verrannollinen osakeyhtiöiden tasetestiin, mutta vivahderona OYL:n maksukykyisyyttä rahastoilta puuttuu maksukykyisyydestin tulevaisuuteen suuntautuva ulottuvuus<sup>136</sup>, joten periaatteessa sijoitusyhtiön varojen merkittävä arvonalasku saattaisi koitua velkojen vahingoksi joissakin tilanteissa. Yhtenä OYL:n maksukykyisyydestin tarkoituksena on varmistaa, että yhtiö ei jaa varoja tavalla, joka vaarantaisi sen maksukykyyn, vaikka se olisi tasetestin mukaan mahdollista.<sup>137</sup>

### 3.3 Erityinen tase ja tilinpäätös

Yhteistä sijoitustoimintaa harjoittavien rahastojen erityispiirteet sekä vaihtuvan pääoman luonne heijastuvat suoraan rahastojen taseeseen ja sen liitetietoihin. Niihin soveltuvat tavallisesti samat lainalaisuudet rahastojen oikeudellisesta muodosta riippumatta. Esimerkkinä tarkastellaan TilinpäätösVMA:n<sup>138</sup> mukaista sijoitusrahaston tasetta ja sen liitetietoja. Sijoitusrahaston tase poikkeaa huomattavasti osakeyhtiöltä vaaditusta taseesta.

Taseen vaatimuksiin on sisällytetty kaikki se, minkä on ajateltu olevan olennaista sijoitusrahastojen kannalta. Esimerkiksi sijoitusrahastolla ei ole TilinpäätösVMA:n liite II:n kaavan mukaisesti muuta kuin vaihto- tai rahoitusomaisuutta, mikä käy ilmi taseen vastaavista. Merkittävämmät poikkeamat osakeyhtiön taseeseen nähden ovat kuitenkin vastattavissa. Oman pääoman erä ei ole eritelty tilikausien voittoon tai tappioon ja rahastopääomaan, jonka lähimpänä olevat vastineet osakeyhtiöillä ovat muut vapaat omat pääomat kuin tilikausien voitot tai tappiot ja sidotun pääoman erät. Vastattavissa olevaa omaa pääomaa edustaa ainoastaan rahaston arvo. Tämä johtuu siitä, että sijoitusrahastoja koskeva lainsäädäntö ja sijoitusrahastojen toiminta poikkeavat osakeyhtiöistä erityisesti arvonalaskennan korostuneen merkityksen vuoksi ja myös siksi, että sijoitusrahaston tuotonjako

<sup>136</sup> Ks. Mähönen – Villa 2020, s. 87, jonka mukaan OYL:n velkojien suoja sääntelyn tavoitteena on suojata yhtiön tunnettuja ja tuntemattomia velkojia.

<sup>137</sup> Mähönen – Villa 2020, s. 466.

<sup>138</sup> Valtiovarainministeriön asetus rahastoyhtiön, sijoitusrahaston ja vaihtoehtorahaston tilinpäätökseen sisältyvän tuloslaskelman ja taseen kaavasta, tilinpäätökseen liitettävästä toimintakertomuksesta sekä sijoitusrahaston puolivuotiskatsauksesta (231/2014).

ei ole riippuvainen voitonjakokelpoisista varoista, ellei tätä ole erikseen säännöissä määrätty.<sup>139</sup>

Jaottelulla rahastopääomaan ja tilikausien voittoon tai tappioon ei ole sijoitusrahaston taseessa merkitystä ylipäätään sen vuoksi, että sijoitusrahasto on avoin vaihtuvapääomainen rahasto, jonka pääomajärjestelmällä on vastaavat ominaisuudet kuin sijoitusyhtiöistä on todettu tämän artikkelin luvussa 3.1. Sijoitusrahaston rahastopääoman arvosta ei voida suoraan laskea liikkeeseen laskettujen rahasto-osuuksien määrää tai arvoa. Tämä johtuu siitä, että vaikka rahastopääoma sinänsä kuvaakin rahastoon tulleiden sijoitusten määrää, rahasto-osuuden kulloinenkin merkintähinta vaihtelee rahaston markkina-arvon mukaan ja vastaavasti kulloisetkin rahastopääomaa vähentävät osuuksien lunastushinnat sisältävät kunkin sijoittajan alkuperäistä sijoitusta vastaavan osan rahaston pääomasta sekä osan lunastukseen mennessä mahdollisesti kertyneistä tilikausien voitoista ja tappioista.<sup>140</sup>

Sijoitusrahastoja vastaavalla tavalla myös sijoitusyhtiöillä on erityinen tase ja tilinpäätös. Sijoitusyhtiöiden tilinpäätöstä koskeva poikkeus esiintyi neuvoston direktiivin 78/660/ETY<sup>141</sup> 5 artiklan 1 kohdassa, joka salli jäsenvaltioiden säätää direktiivin vaatimuksista poiketen sijoitusyhtiöiden<sup>142</sup> ja hallintayhtiöiden (holding-yhtiö) tilinpäätöksille erityiset kaavat. Direktiivin 78/660/ETY kumonneessa tilinpäätösdirektiivissä 2013/34/EU<sup>143</sup> sijoitusyhtiön käsitteestä on luovuttu kokonaan, koska vaihtuvapääomaisiin sijoitusyhtiöihin sovelletaan käytännössä erillisiä tilinpäätöskäytäntöjä.<sup>144</sup> Sijoitusyhtiön käsitteestä ja sitä koskevasta direktiivin soveltamisalapoik-

<sup>139</sup> Ks. vastaavasti soveltuvin osin nyttemmin jo kumotun TilinpäätösVMA:n edeltäjän osalta Harju – Syyrilä 2001, s. 298.

<sup>140</sup> Harju – Syyrilä 2001, s. 299.

<sup>141</sup> Neljäs neuvoston direktiivi 78/660/ETY, annettu 25 päivänä kesäkuuta 1978, perustamissopimuksen 54 artiklan 3 kohdan g alakohdan nojalla, yhtiömuodoltaan tietynlaisten yhtiöiden tilinpäätöksistä.

<sup>142</sup> Sijoitusyhtiöillä tarkoitettiin direktiivin 5 artiklan 2 kohdan mukaan yhtiöitä, joiden ainoana tarkoituksena on sijoittaa varansa erilaisiin arvopapereihin, kiinteään omaisuuteen ja muuhun omaisuuteen sijoitusriskien jakamiseksi ja voiton tuottamiseksi osakkeenomistajille heidän omaisuutensa hoitamisesta, sekä kiinteäpääomaisia sijoitusyhtiöitä lähellä olevia yhtiöitä, jos näiden lähellä olevien yhtiöiden ainoana tarkoituksena on hankkia näiden sijoitusyhtiöiden liikkeeseen laskemia täysin maksettuja osakkeita.

<sup>143</sup> Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2013/34/EU, annettu 26 päivänä kesäkuuta 2013, tietentyypipisten yritysten vuositilinpäätöksistä, konsernitilinpäätöksistä ja niihin liittyvistä kertomuksista, Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2006/43/EY muuttamisesta ja neuvoston direktiivien 78/660/ETY ja 83/349/ETY kumoamisesta.

<sup>144</sup> Tilinpäätösdirektiivin valmisteluaineistossa COM 2011/0684, s. 10 poistoa perustellaan seuraavasti: ”’Hallintayhtiön’ ja ’sijoitusyhtiön’ määritelmät ja niitä koskevat poikkeukset on poistettu ehdotuksesta, sillä niihin sovellettavat erilliset tilinpäätöskäytännöt estävät yhdenmukaistamisen. Lisäksi kyseiset säännökset eivät ole vielä laaja-alaisessa käytössä koko EU:ssa.”

keuksesta luopuminen jättää yhteistä sijoitustoimintaa harjoittavien sijoitusyhtiöiden (yhteissijoitusyritykset ja vaihtoehtorahastot) aseman jokseenkin epäselväksi, koska tilinpäätösdirektiiviin on otettu korvaava sijoitusyrityksen käsite, mutta sen osalta ei ole säädetty yhtä laajaa poikkeusta direktiivin soveltamisalasta kuin aiemmin.<sup>145</sup> Kysymys on relevantti niissä valtioissa, joissa vaihtuvapääomaiset sijoitusyhtiöt voivat olla tilinpäätösdirektiivin liitteissä I ja II tarkoitettuja yhtiömuotoja, jolloin yhtiöoikeudelliset EU-säännökset voivat asettaa sijoitusyhtiöt epäedulliseen kilpailuasetelmaan muihin rahastojen oikeudellisiin muotoihin nähden.<sup>146</sup> Yhteissijoitusyritysten ja vaihtoehtorahastojen erityinen luonne on huomioitu myös tilintarkastusdirektiivin 2006/43/EY<sup>147</sup> 39 artiklan 3 kohdan b alakohdassa, jossa säädetään tarkastusvaliokunnan perustamista koskevasta poikkeuksesta.<sup>148</sup>

### 3.4 Varojenjako

Osakeyhtiöistä poiketen sijoitusyhtiöissä on tavanomaisesti sekä kasvu-että tuotto-osakkeita. Tuotto-osakkeiden omistajille maksetaan osinkoja, kun taas kasvuosakkeiden tuotot jätetään jakamatta ja ne lisätään kas-

<sup>145</sup> Tilinpäätösdirektiivin 2 artiklan 14 kohtaan on otettu sijoitusyrityksen käsite (joka olenaisilta osin vastaa aiempaa sijoitusyhtiön käsitettä), jonka tarkoituksena on jättää sijoitusyritykset mikroyrityksiin sovellettavien yksinkertaistamisesta koituvien etujen ulkopuolelle direktiivin 36 artiklan 7 kohdan mukaisesti. Tilinpäätösdirektiivin 11 artikla mahdollistaa vaihtoehtoisen taseen esittämiskaavan käyttämisen, ja 13 artiklan 2 kohta mahdollistaa vaihtoehtoisen tuloslaskelmakaavan käyttämisen, mutta poikkeaminen direktiivin kaikista velvoitteista ei ole sijoitusyhtiöille mahdollista.

<sup>146</sup> Yhtiöoikeudelliset direktiivit soveltuvat yhteissijoitusyrityksiin ja vaihtoehtorahastoihin, jotka ovat direktiivien soveltamisalan mukaisia yhtiömuotoja. Ks. esim. EC 2009, s. 15, jossa todetaan yhtiöoikeudellisten direktiivien soveltuvan myös vaihtoehtorahastoihin niiden oikeudellisesta muodosta riippuen.

<sup>147</sup> Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2006/43/EY, annettu 17 päivänä touku-kuuta 2006, tilinpäätösten ja konsolidoitujen tilinpäätösten lakisäätteisestä tilintarkastuksesta, direktiivien 78/660/ETY ja 83/349/ETY muuttamisesta sekä neuvoston direktiivin 84/253/ETY kumoamisesta.

<sup>148</sup> Uudesta EU:n tilintarkastusasetuksesta (EU) N:o 537/2014 ja tilintarkastusdirektiivin muutosdirektiivistä 2014/56/EU johtuen OYL:iin on otettu säännökset hallituksen tehtävistä ja tarkastusvaliokunnasta yleisen edun kannalta merkittävässä yhteisöissä (OYL 6:16 a–c). Tilintarkastusdirektiivin 39 artiklan 1 kohdan mukaan jäsenvaltioiden on varmistettava, että jokaisella yleisen edun kannalta merkittävässä yhteisöllä on tarkastusvaliokunta, mutta 39 artiklan 3 kohdan b alakohdan poikkeuksen mukaan jäsenvaltiot voivat päättää, etteivät yhteissijoitusyritykset ja vaihtoehtorahastot ole direktiivissä tarkoitettuja yleisen edun kannalta merkittäviä yhteisöjä. Suomessa kyseinen poikkeus on otettu käyttöön; ks. HE 70/2016 vp, s. 48.

vuosakkeiden osakepääomaan. Tuotto-osakkeiden osinko ”irtoaa” tuotto-osakkeiden osakepääomasta ja vähentää sitä maksetun osingon verran. Kun tuotto-osakkeille maksetaan osinkoja, kasvuosakkeille allokoitava osa alarahaston nettoarvosta kasvaa hiljalleen. Kun kasvuosakkeiden arvo kasvaa korkeammaksi kuin tuotto-osakkeiden (joiden arvo laskee aina maksetun osingon verran), näille kahdelle osakesarjalle allokoitavien varojen nettoarvo jatkaa eriytymistään koko sijoitusyhtiön elinkaaren ajan.<sup>149</sup> Kasvu- ja tuotto-osakkeet eivät ole käytännössä mahdollisia osakeyhtiöissä. Osakeyhtiöissä kasvu- ja tuotto-osuuksiin verrannollista järjestelmää voidaan toki tavoitella scrip dividend -järjestelyllä<sup>150</sup>, mutta sen asema on etenkin verotuksellisesti epäselvä, minkä takia sijoittajan verokohtelu ei olisi yhtä kilpailukykyinen kuin sijoitusrahastojen kasvuosuuksissa.<sup>151</sup> Tässä syystä tällaista ei ole käytössä osakeyhtiöissä.

Osingonjaossa on kyse sijoitusyhtiön kaupallisesta päätöksestä, eikä sääntelyllä tyypillisesti ohjata osingonjaon tarkkoja yksityiskohtia, vaan niistä määrätään sijoitusyhtiön yhtiöjärjestyksessä. Sijoitusyhtiöihin eivät sovellu myöskään rajoitteet väliosinkojen maksamisesta.<sup>152</sup> Sijoitusyhtiön osingonjakopolitiikka (sisältää mahdollisen oikeuden jakaa osinkoja osakepääomasta) ja siihen liittyvät riskit ilmoitetaan selvästi rahastoesitteessä.<sup>153</sup> Sijoitusyhtiöiden varojenjakosäännöksenä toimii yksityiskohtainen arvonalaskentaa koskeva sääntely, joka on varojenjaon näkökulmasta ikään kuin maksukykyä arvioiva tasetesti, jonka perusteella määräytyvät jakokelpoiset varat.

Velkojien suoja toteutuu nettoarvoon perustuvan arvostuksen kautta kuten lunastuksissa. Sijoitusyhtiön nettoarvo lasketaan vähentämällä sijoitusyhtiön varoista sen velat, ja osinkoa voidaan jakaa ainoastaan sijoitusyhtiön nettovaroista. Kääntäen tämä tarkoittaa, että sijoitusyhtiö voi maksaa osinkoja vain, jos sen varat ylittävät sen velat ja ylijäämä riittää osingonmaksuun.<sup>154</sup> Useimmiten edes koko nettoarvoa ei voida jakaa osinkoi-

<sup>149</sup> Kremer – Lebbe 2014, s. 245–246.

<sup>150</sup> Haapaniemi – Rasinaho 2021, s. 93–107 käyttää englanninkielistä termiä *scrip dividend -järjestely*. Olisi tavoittelemisen arvoista, että asiantuntijat keksisivät uusille ilmiöille aidosti suomalaisia nimityksiä. Scrip dividendiä voitaisiin kuvata esimerkiksi merkintäoikeusosinkona ja scrip-kuponkeja osinkojen sijaan annettuina merkintäoikeuksina.

<sup>151</sup> Ks. tämän artikkelin alaviitteet 64 ja 65. Haapaniemi – Rasinaho 2021, s. 107 esittää, että scrip dividend -järjestely tulisi huomioida verosääntelyssä. Tämän ohella kirjoittajat puoltavat asian huomioimista selvyuden vuoksi myös OYL:ssa.

<sup>152</sup> Kremer – Lebbe 2014, s. 218–219. Suomessa väliosinkojen maksamista koskeva oikeustila osakeyhtiöiden osalta on jossain määrin epäselvä, mistä ks. Mähönen – Villa 2020, s. 458–459.

<sup>153</sup> FSTB 2014, s. iv, 5 ja 24.

<sup>154</sup> Treasury (Australia) 2018, s. 112 ja Treasury (Australia) 2021, s. 118.



na, koska tavanomaisesti sijoitusyhtiöille on asetettu sääntelyssä vähimmäisosakepääomavaatimus, jonka alle osakepääoma ei saa laskea.<sup>155</sup> Lisäksi velkojen panttioikeudet saattavat olla käytännössä varsinaista velan määrää suurempia. Sijoitusyhtiön nettoarvon ollessa negatiivinen ei osinkoja voida jakaa, vaan jäljellä olevat varat kuuluvat velkojille.

Esimerkki:

OB Sijoitusyhtiö koostuu kahdesta alarahastosta: OB Maailma Indeksi ja OB Globaalit Osakkeet. Sijoitusyhtiön yhtiöjärjestys ei aseta osingonjaolle rajoitteita. OB Maailma Indeksi -alarahaston varat ovat 200 € ja velat 50 €. OB Globaalit Osakkeet -alarahaston varat ovat 100 € ja velat 80 €. Osinkoa on esitetty jaettavaksi kummankin alarahaston osakkeenomistajille 30 €.

OB Maailma Indeksi -alarahaston nettoarvo on  $200 \text{ €} - 50 \text{ €} = 150 \text{ €}$ . Kyseisen alarahaston varat ylittävät sen velat ja osingonjaon jälkeen alarahaston nettoarvo olisi  $150 \text{ €} - 30 \text{ €} = 120 \text{ €}$ . Osinkojen jakamiselle ei ole esteitä.

OB Globaalit Osakkeet -osakkeet alarahaston nettoarvo on  $100 \text{ €} - 80 \text{ €} = 20 \text{ €}$ . Kyseisen alarahaston varat ylittävät sen velat, mutta osinkojen jakamisen jälkeen sen nettoarvo olisi  $20 \text{ €} - 30 \text{ €} = -10 \text{ €}$ . OB Sijoitusyhtiö voi jakaa osinkoa OB Globaalit Osakkeet -alarahaston osalta ainoastaan 20 € ja loput 80 € tulee käyttää velkojen maksamiseen.

OB Sijoitusyhtiö ei voi myöskään järjestää OB Globaalit Osakkeet -alarahaston osingonjakoa käyttämällä osingonjakoon paremman maksukyvyn omaavalle alarahastolle allokoitavia varoja, koska alarahastojen varat ja veloitteet on eriytetty.<sup>156</sup>

### 3.5 Suositukset

Kansainväliset sääntelykäytännöt puoltavat sijoitusyhtiöissä pääomajärjestelmää, joka perustuu osakkeiden liikkeeseen laskemiseen ja lunastamiseen ja osakepääoman määrän muuttamiseen. Tämän luvun sääntelyvertailusta käy ilmi, että kaikissa vertailun kohteena olevissa valtioissa ja erityishallintoalueilla sijoitusyhtiön vaihtuvapääomaisuus perustuu vaihtuvaan

<sup>155</sup> Kremer – Lebbe 2014, s. 261.

<sup>156</sup> Ks. alarahastojen varojen ja veloitteiden erillisyydestä yksityiskohtaisemmin Vepsä 2021b, s. 104–118.

osakepääomaan eikä esimerkiksi muunlaisten oman pääoman ehtoisten sijoitusten tekemiseen (kuten esimerkiksi Suomen OYL:n tuntema SVOP-sijoitus). Kansainvälisesti vaihtuvapääomaisiin sijoitusyhtiöihin ei ylipäättään ole mahdollista tehdä muunlaista oman pääoman ehtoista sijoitusta kuin osakepääomasijoitus, eikä niiden tekemistä olisi syytä mahdollistaa Suomessakaan, jotta pääomarakenne ei muodostuisi tarpeettoman monimutkaiseksi ja vakiintuneesta kansainvälisestä käytännöstä poikkeavaksi. Sijoitusyhtiössä tulisi olla vaihtuva osakepääoma, jonka määrä olisi aina yhtä suuri kuin sijoitusyhtiön varojen nettoarvo.

Sijoitusyhtiön tulisi voida luoda ja mitätöidä osakkeita markkinoiden tarpeiden mukaisesti, jollei sen yhtiöjärjestyksen rajoituksista tai tarkentavista viranomais määräyksistä muuta johdu. Avoimen sijoitusyhtiön osakkeiden tulisi olla tavallisesti lunastettavissa osakkeenomistajille jokaisena kaupankäyntipäivänä rahastoesitteen ehtojen mukaisesti. Jotta sijoitusyhtiö olisi yhteissijoitusyrittäjä, täytyy osakkeiden lunastusmahdollisuus sallia vähintään kahdesti kuukaudessa.<sup>157</sup> Lunastuksia voitaisiin myös rajoittaa sääntelyn sallimissa rajoissa.<sup>158</sup> Osakkeenomistajat kävisivät kaupaa osakkeista suoraan sijoitusyhtiön kanssa, jolloin esimerkiksi salkunhoitoyhtiön tai muun yhteisön toimiminen välikätenä ei olisi perusteltua.<sup>159</sup> Alarahastojen ollessa kyseessä olisi otettava huomioon, että ristiinsijoitukset sijoitusyhtiön alarahastojen välillä sijoitustarkoituksessa tulisi mahdollistaa, eikä tällöin olisi kyse takaisinostosta tai lunastuksesta.<sup>160</sup>

<sup>157</sup> UCITS-direktiivin 76 artiklan 1 kohta: ”Yhteissijoitusyrittäjien on aina kun se laskee liikkeeseen, myy, ostaa takaisin tai lunastaa osuuksiaan ja ainakin kaksi kertaa kuukaudessa julkistettava niiden liikkeeseenlasku-, myynti-, takaisinosto- tai lunastushinta asianmukaisella tavalla.”

<sup>158</sup> FSTB 2014, s. 23 ja ICAV Bill Explanatory Memorandum 2015, s. 7.

<sup>159</sup> Vrt. Isossa-Britanniassa pitkään jatkuneeseen käytäntöön, jossa salkunhoitoyhtiö pystyi käymään kauppaa osuuksista omaan lukuunsa suoraan sijoittajien kanssa. Ks. esim. SIB 1995, s. 17, 58 ja 62; SIB 1996, s. 40 ja 44; IMA 2005, s. 31 ja Vepsä 2021a, s. 15. Vuosikymmeniä aktiivisena jatkunut käytäntö oli sijoittajien näkökulmasta epäilevä, koska se mahdollisti salkunhoitoyhtiöille riskittömät tuotot kaksinkertaisesti hinnoitelluissa rahastoissa. FCA kielsi menettelyn hyväksikäytön taloudellisen hyötymisen tarkoituksessa, eivätkä salkunhoitoyhtiöt saa nykyään enää pitää osuuksien kaupankäynnillä ansaitsemiaan riskittömiä tuottoja. Ks. uudistuksesta FCA 2017, s. 12 ja 91 ja FCA 2018, s. 26–28 ja 38.

<sup>160</sup> General Scheme of the ICAV Bill 2014, s. 52–56 ja ICAV Bill Explanatory Memorandum 2015, s. 7. Kyseessä on tärkeä ominaisuus sijoitusyhtiön alarahastorakenteen kilpailukyvyyn kannalta. Esimerkiksi 1990-luvulla Isossa-Britanniassa OEIC-sijoitusyhtiön houkuttelevuuteen vaikutti negatiivisesti se, että alun perin sijoitukset saman sijoitusyhtiön alarahastojen välillä eivät olleet mahdollisia. Ks. SIB 1995, s. 80 ja SIB 1996, s. 62, joissa todetaan: ”No sub-fund of an umbrella company may invest in shares in another sub-fund of the same umbrella company.”

Osakeyhtiölain merkintäetuoikeuksien soveltuminen olisi epäkäytännöllistä sijoitusyhtiöille ja tekisi tyhjäksi mahdollisuuden laskea liikkeeseen uusia osakkeita. Tämän takia aiemmilla osakkeenomistajilla ei tulisi olla merkintäetuoikeuksia suhteessa uusiin potentiaalisiin osakkeenomistajiin, ellei yhtiöjärjestyksessä toisin määrätä.<sup>161</sup> Rahastotoiminnan näkökulmasta on vieras ajatus, että osakkeita annettaisiin merkittäväksi aikaisemman osakeomistuksen suhteessa. Lähtökohtaisesti kenellä tahansa sijoittajalla, joka täyttää merkintäehdot, tulisi olla mahdollisuus tulla sijoittajaksi eli sijoitusyhtiön osakkeenomistajaksi. OYL 9:3.3:n mukaan osakeyhtiöissä voidaan yhtiöjärjestyksellä poiketa oletusarvoisesta merkintäetuoikeudesta, mutta sijoitusyhtiöiden näkökulmasta olisi tarkoituksenmukaista, että sääntelyn oletama olisi päinvastainen kuin OYL:ssa. Osakeyhtiöistä poiketen myös osakkeiden murto-osien liikkeeseen laskeamisen tulisi sijoitusyhtiöissä olla mahdollista kuten sijoitusrahastoissakin ilman tarvetta erillisen osakesarjan perustamiseen murto-osia varten.

Koska sijoitusyhtiö on puhtaasti yhteisen sijoitustoiminnan harjoittamiseen tarkoitettu oikeudellinen rakenne, ei sijoitusyhtiöille tulisi asettaa osakepääoman vähimmäis- tai enimmäismäärää, vaan tämä tulisi jättää markkinoiden päätettäväksi, jos sijoitusyhtiö on ulkoisesti hoidettu.<sup>162</sup> Tästä johtuen sijoitusyhtiön osakepääoman suuruus voisi olla ääretön, jos sitä ei ole yhtiöjärjestyksessä rajoitettu.<sup>163</sup>

Kuten sijoitusrahastoja myös vaihtuvapääomaista sijoitusyhtiötä tulisi sen toiminnan tarkoituksen vuoksi tarkastella tilinpäätöksen näkökulmasta yhteistä sijoitustoimintaa harjoittavana rahastona eikä osakeyhtiönä.<sup>164</sup> Sijoitusyhtiöiden tase poikkeaisi sekä osakeyhtiöiden että sijoitusrahastojen taseesta. Taseen vastaavissa olisivat sijoitusyhtiön varat, kuten arvopaperit ja saatavat, ja vastattavissa velat ja sijoitusyhtiön osakkeille allokoitava nettoarvo, joka on samalla osakepääomaan linkittyvä erä, koska sijoitusyhtiön osakepääoma olisi aina yhtä suuri kuin sen nettoarvo.

Sijoitusyhtiön ollessa yhteistä sijoitustoimintaa harjoittava rahasto sen pitäisi pystyä jakamaan osinkoja osakepääomastaan edellyttäen, että

<sup>161</sup> Kremer – Lebbe 2014, s. 218 ja 264 ja Dietrich – Müller 2016, s. 47. Ks. esim. Invesco Funds SICAV, articles of incorporation 30.9.2016, artikla 7 ja Danske SICAV, articles of incorporation 31.7.2020, artikla 7, joissa asiasta on määrätty seuraavasti: ”The Board is authorized without limitation to issue an unlimited number of shares at any time without reserving the existing shareholders a preferential right to subscribe for the shares to be issued.”

<sup>162</sup> Vähimmäispääomavaatimukset koskevat UCITS-direktiivin 7 artiklan mukaisesti rahastoyhtiötä eivätkä yhteissijoitusyritystä, joten vähimmäispääomasta säättäminen ei ole pakollista ulkoisesti hoidetuille sijoitusyhtiöille.

<sup>163</sup> Kremer – Lebbe 2014, s. 218–219 ja FSTB 2014, s. 22.

<sup>164</sup> Vastaavasti myös ICAV Bill RIA 2014, s. 8.

sijoitusyhtiön maksukyky säilyy ja tiedonantovelvoitteita noudatetaan. Mikäli sijoitusyhtiöiden toiminta järjestettäisiin kansainvälisen käytännön mukaisesti, jossa niillä on vaihtuva osakepääoma (eikä esimerkiksi vaihtuva muu vapaa oma pääoma), tulisi niillä olla mahdollisuus jakaa osinkoja osakepääomastaan. Osinkojen jakaminen osakepääomasta ei ole lähtökohdaisesti OYL:n mukaan mahdollista ilman velkojien suostumusta. Vaihtuvalla osakepääomalla toimiviin sijoitusyhtiöihin ei tulisi soveltaa OYL:n osakepääoman pysyvyyttä turvaavia ja osakepääoman jakamista rajoittavia säännöksiä. Yhteisen sijoitustoiminnan erityisen luonteen ja pääomajärjestelmän toimivuuden takia osinkojen jakamista osakepääomasta ei saisi rajoittaa.<sup>165</sup> Jos osakepääomaa ei voitaisi jakaa, ei osinkojen jakaminen olisi mahdollista, koska sijoitusyhtiöllä oman pääoman eränä toimii ainoastaan osakepääoma (eikä niillä ole muuta jakokelpoista omaa pääomaa). Mikäli osingonjako ei olisi joustavasti mahdollista osakepääomasta, olisivat sijoitusyhtiöt kilpailullisesti epäsuotuisassa asemassa sijoitusrahastoihin nähden.<sup>166</sup>

## 4 LOPUKSI

Suomessa ei ole mahdollista perustaa yhteissijoitusyritystä yhtiömuodossa, vaikka UCITS-direktiivi sen mahdollistaisi.<sup>167</sup> Tässä artikkelissa on tutkittu, millainen pääomajärjestelmä olisi tarkoituksenmukainen vaihtuvapääomaisissa sijoitusyhtiöissä, jos niistä päätettäisiin Suomessa säätää. Ensiksi on analysoitu OYL:ssa tarkoitettun osakeyhtiön pääomajärjestelmän soveltuvuutta yhteisen sijoitustoiminnan harjoittamiseen. Tarkastelussa on havaittu, että säännökset osakepääoman ja osakkeiden lukumäärän muuttamisprosesseista ovat monimutkaisia, hallinnollisesti sopimattomia ja aikaa vieviä yhteisen sijoitustoiminnan näkökulmasta, koska prosessit vaativat usein sekä yhtiöorganien että viranomaisen myötävaikutusta. Näin ollen yhteisen sijoitustoiminnan harjoittaminen osakeyhtiömuodossa muuttamalla osakkeiden ja osakepääoman määrää ei ole tarkoituksenmukaisin keino, vaan tätä joustavampaan lopputulokseen päästäisiin hyödyntämällä osakeyhtiön sijoitettua vapaata omaa pääomaa.

<sup>165</sup> MAS 2017, s. 10.

<sup>166</sup> Vastaavasti Australian kontekstissa toteaa Treasury (Australia) 2021, s. 118.

<sup>167</sup> Yhdeksää jäsenvaltiota sekä Norjaa ja Yhdysvaltoja koskeneessa kansainvälisessä vertailussa ilmeni, että vaihtuvapääomainen sijoitusyhtiö oli mahdollinen kahdeksassa silloisessa jäsenvaltiossa (Tanska, Iso-Britannia, Irlanti, Saksa, Ranska, Luxemburg, Espanja ja Italia sekä Yhdysvallat). Ks. VM 14/2018, s. 240–250.

Periaatteessa OYL:n säännökset mahdollistavat yhteisen sijoitustoiminnan harjoittamisen, mutta OYL:n reunaehtojen rajoissa osakeyhtiön kautta harjoitettu yhteinen sijoitustoiminta olisi epäedullisemmässä asemassa verrattuna sopimusperusteisen sijoitus- tai erikoissijoitusrahastomuodon käyttämiseen, koska sijoitusyhtiöiden toiminnan kannalta jäykät OYL:n osakepääoman ja osakkeiden määrän muuttamista koskevat säännökset ohjaisivat hyödyntämään osakeyhtiön sijoitettua vapaata omaa pääomaa. SVOP-sijoitusten kautta toimiva osakeyhtiömuotoinen rahasto olisi kokonaan uudenlainen rakenne, jollaista ei ennestään tunneta. Kansallisen markkinan epäsuotuisan aseman ohella tällaiset rakenteet eivät olisi ongelmitta markkinoitavissa ulkomaille, koska ulkomaisten sijoittajien näkökulmasta rakenne olisi tuntematon ja vaatisi huomattavia oppimiskustannuksia. Lisäksi osakeyhtiö on verotuksellisesti epäedullisessa asemassa sijoitusrahastoihin verrattuna eikä osakeyhtiömuoto mahdollista sijoitusyhtiöiden tyypillisiä ominaisuuksia, kuten alarahastorakennetta. OYL:n sääntelyn epäsovpiisuus yhteisen sijoitustoiminnan harjoittamiseen ja siihen liittyvän verosääntelyn puuttuminen ovat keskeisiä syitä sille, miksi osakeyhtiömuodossa on perustettu Suomessa vain muutamia vaihtoehtorahastoja, vaikkei sääntely tätä suoraan estäkään<sup>168</sup>.

Osakeyhtiön pääomajärjestelmän ja osakepääoman muuttamiseen liittyvien prosessien heikko soveltuvuus yhteisen sijoitustoiminnan harjoittamiseen on laaja kansainvälinen ilmiö. Asia on tunnistettu monissa valtioissa, joissa on uudistettu rahastosääntelyä tai valmisteltu sen uudistamista. Esimerkkeinä voidaan mainita Luxemburg<sup>169</sup>, Iso-Britannia<sup>170</sup>, Irlanti<sup>171</sup>, Sak-

<sup>168</sup> Ks. Viitala 2018, s. 513, jossa todetaan osakeyhtiömuotoisen rahastotoiminnan olevan Suomessa harvinaista. HE 94/2013 vp, s. 114 toteaa vaihtoehtorahaston oikeudellista muotoa koskevasta vapaudesta seuraavaa: ”Pykälän määritelmän mukaisesti vaihtoehtorahasto voi olla yhteisö tai sopimusperusteinen järjestely. Määritelmä ei ota kantaa siihen, missä oikeudellisessa muodossa tai rakenteessa yhteissijoitus tulisi järjestää tai minkälaiset yksittäiset oikeudelliset muodot katsotaan kuuluviksi lain soveltamisalaaan.”

<sup>169</sup> Ks. tämän artikkelin luku 3.2 ja alaviite 107.

<sup>170</sup> Yhtiösääntelyn jäykkyydestä johtuen 1990-luvulla alettiin valmistella erityissääntelyä yhtiömuotoisille rahastoille, mikä johti The Open-Ended Investment Companies (Investment Companies with Variable Capital) Regulations 1996 (SI 1996 No. 2827) -sääntelyn säätämiseen. Sin 1997, s. 43:n mukaan sääntelyn valmistuminen vaati toimialalta yli vuosikymmenen ajan jatkunutta lobbauksia. Ks. OEIC-sääntelyn taustoista myös SIB 1993, s. 10–11 ja Cornick 1997, s. 29.

<sup>171</sup> Ensin mahdollistettiin VCC-sijoitusyhtiöt (Variable Capital Company) sallimalla tietyt poikkeukset yhtiösääntelyyn, kunnes vuonna 2015 säädettiin ICAV-laki, joka erityislakina mahdollistaa täysin yhteistä sijoitustoimintaa varten räätälöidyn yhtiömuodon. Browne 2015, s. 23–24 toteaa, että vaikka VCC-muoto on toiminut verrattain hyvin, pohjautuu sen sääntely kuitenkin osakeyhtiöitä koskevaan sääntelyyn ja yhtiöoikeuteen, jolloin sääntelyä ei ole suunniteltu rahastotoimintaa varten ja se sisältää tiettyjä rahastotoimintaan epäsovi-

sa<sup>172</sup>, Ruotsi<sup>173</sup>, Hongkong<sup>174</sup>, Singapore<sup>175</sup> ja Australia<sup>176</sup>. Kansainvälisen sääntelykäytännön ja sääntelyn kilpailukyvyyn näkökulmasta sijoitusyhtiön rakentaminen Suomen nykyisen osakeyhtiösääntelyn varassa toimivaksi olisi keinotekoinen ja pakonomainen ratkaisu, joka ei tunnusta sijoitusyhtiöiden erityissääntelyn tarvetta. Mikäli sijoitusyhtiöiden sääntely rakennettaisiin huolimattomasti ja kansainvälisistä vakiintuneista käytännöistä poiketen, riskinä olisi, ettei yhtiömuotoa otettaisi toimialalla käyttöön.<sup>177</sup>

Mikäli sijoitusyhtiöistä päätetään Suomessa säätää, tarvitsevat ne aidosti vaihtuvan osakepääoman, jolloin niillä tulisi olla mahdollisuus muuttaa osakepääomansa suuruutta, jotta merkintöjä ja lunastuksia pystyttäisiin hoitamaan joustavasti.<sup>178</sup> Sijoitusyhtiön koko osakepääoman olisi aina oltava yhtä suuri kuin sen varojen nettoarvo. Vastaavasti sijoitusyhtiön osak-

---

via säännöksiä. Ks. ICAV-lain taustoista myös Department of Taoiseach 2011, s. 14, jossa korostetaan rahastosektorin merkittävyyttä Irlannille kansantaloudellisesta näkökulmasta. Rahastotoimiala oli esittänyt lukuisia kehitysehdotuksia rahastosektorin kilpailukyvyyn säilyttämiseksi, minkä pohjalta asetettiin tavoitteeksi perustaa yhteisen sijoitustoiminnan tarpeisiin erityinen yhtiömuoto, joka ei olisi osakeyhtiö: ”Introduce a legal framework for a corporate fund structure which is not a public limited company.” Sääntelyn taustalla vaikuttaneen tavoitteen nostaa esille Bohan 2015, s. 46.

<sup>172</sup> Rounds – Dehio 2007, s. 501 ja Steck – Fischer 2010, s. 2: kirjoittajien mukaan kansallisen kilpailukyvyyn säilyttämiseksi Saksassa lanseerattiin sijoitusyhtiömuoto (InvestmentAG) vuonna 1998, mutta vaihtuva osakepääoma sallittiin vasta vuonna 2004. Uusi organisoitumismuoto ei edelleenkään saanut suosiota toimialalla, joten sääntelyä päätettiin korjata vuoden 2007 lopussa, mikä johti organisoitumismuodon parempaan adaptointiin toimialalla.

<sup>173</sup> SOU 2016:45, s. 253.

<sup>174</sup> Ks. esim. FSDC 2013, s. 1 ja FSTB 2014, s. ii: ”Currently, an open-ended investment fund may be established under the laws of Hong Kong in the form of a unit trust but not in corporate form due to various restrictions on capital reduction under the Companies Ordinance (“CO”) (Chapter 622).”

<sup>175</sup> Ks. MAS 2017, s. 5, jossa todetaan: ”In Singapore, CIS [Collective Investment Scheme] constituted as investment companies are relatively uncommon because of the restrictions under the CA on the return of capital to shareholders.” Toisaalta todetaan, että kansainvälisesti ongelmat on ratkaistu erityisillä yhtiömuodoilla: ”To address these issues, most international fund jurisdictions have established specialised corporate structures for CIS.”

<sup>176</sup> Treasury (Australia) 2017, s. 45 toteaa: ”Reflecting that CCIVs are intended to operate as investment funds, rather than carrying on active businesses, Chapter 7A takes a more flexible approach to the circumstances in which a CCIV can reduce its capital than for other types of companies.”

<sup>177</sup> Ks. tämän artikkelin alaviite 172 ja Ruk – Filipovic – Vuletic 2020, s. 175–177. Esimerkki Saksasta osoittaa, että heikosti valmisteltu sääntely ei toimi. Ensin sijoitusyhtiöistä puuttui vaihtuva osakepääoma, mutta senkin mahdollistamisen jälkeen sääntelyä jouduttiin korjaamaan uudelleen, koska InvestmentAG-sijoitusyhtiön katsottiin poikkeavan liikaa esikuvastaan SICAV:sta.

<sup>178</sup> Ks. vastaavasti esim. CLRG First Report 2001, s. 330; FSTB 2016, s. 1 ja Treasury (Australia) 2021, s. 10.

keen kirjanpidollisen vasta-arvon tulisi olla yhtä suuri kuin yhdelle osakkeelle allokoitava osuus sijoitusyhtiön nettoarvosta, jolloin osakkeilla ei olisi nimellisarvoa. Sijoitusyhtiön osakkeet tulisi laskea liikkeeseen, lunastaa tai takaisinostaa hinnasta, joka on yhtä suuri kuin sijoitusyhtiön nettoarvo jaettuna sijoitusyhtiön liikkeeseen laskettujen osakkeiden lukumäärällä. Sijoitusyhtiön olisi mitätöitävä lunastetut osakkeet<sup>179</sup>, jolloin osakkepääomaa olisi alennettava sen verran kuin sijoitusyhtiö maksoi lunastettavista osakkeista.

Vaihtuvapääomaiselta sijoitusyhtiöltä edellytettävän osakeyhtiöstä poikkeavan pääomajärjestelmän ja kansainvälisesti omaksuttujen sääntelykäytäntöjen takia ei ole tarkoituksenmukaista ajatella vaihtuvapääomaista sijoitusyhtiötä osakeyhtiönä vaan rahastona. Vaihtuvapääomaisista sijoitusyhtiöistä säätäminen ei ole puhtaasti osakeyhtiöoikeudellinen kysymys, vaikka toisinaan näin on vanhastaan esitetty.<sup>180</sup> Kysymystä tulisi arvioida yhteisen sijoitustoiminnan erityistarpeet tiedostaen, mikä tarkoittaa ratkaisujen hakemista sijoitusrahastosääntelystä ja vastaavia ulkomaisia rakenteita koskevasta sääntelystä. Oikeudellisena ilmiönä tyypillinen vaihtuvapääomainen sijoitusyhtiö ei ole kuin mikä tahansa muu kaupallinen osakeyhtiö, vaan se on yhteisen sijoitustoiminnan tarpeisiin räätälöity erityinen yhtiömuoto.<sup>181</sup> Vaihtuvapääomainen sijoitusyhtiö on eräänlainen erityistä tarkoitusta varten perustettu<sup>182</sup> *lex specialis* -yhtiö, jossa rahastospesifillä

<sup>179</sup> Ks. esim. Treasury (Australia) 2021, s. 112.

<sup>180</sup> Ks. mm. 1990:VM 21, s. 26 ja 29, jossa vuoden 1990 sijoitusrahastolakityöryhmä esitti, että vaihtuvapääomaista sijoitusyhtiötä koskevaa sääntelyä tulisi valmistella osakeyhtiölain uudistamisen yhteydessä. Sijoitusrahastolakityöryhmä ei itse tarkastellut kysymystä ja vetosi siihen, ettei vuoden 1978 OYL (734/1978, kumottu) kyseistä rakennetta tuntenut, ja samalla rajasi asian oman toimivaltansa ulkopuolelle. Samansuuntaisesti lausui HE 309/1992 vp, s. 27, jossa todettiin, että vaihtuvapääomaisten sijoitusyhtiöiden toimintaedellytysten selvittäminen tapahtunee osakeyhtiölain uudistamisen yhteydessä. Epäiltiin myös, että äänioikeudettomien osakkeiden mahdollistaminen vuoden 1978 OYL:ssa lisäisi sijoitusyhtiöiden perustamismahdollisuuksia. Vaihtuvapääomaisten sijoitusyhtiöiden toimintaedellytysten selvittämistä pidettiin kuitenkin siinä määrin osakeyhtiöoikeudellisena kysymyksenä, ettei siihen otettu kantaa vuonna 1992 vuoden 1987 SRL:iin (480/1987, kumottu) tehdyn osittaisuudistuksen yhteydessä vaan päädyttiin ainoastaan toteamaan lyhyesti, että toistaiseksi sijoitusrahastotoimintaa voitaisiin harjoittaa Suomessa vain rahastomuotoisena yhteisönä.

<sup>181</sup> Ks. vastaavasti esim. SFC 2017, s. 5; Vepsä 2021a, s. 31 ja Treasury (Australia) 2021, s. 17. Esimerkiksi Saksassa (ks. Ruk – Filipovic – Vuletic 2020, s. 178) on käyty debattia siitä, onko sikäläinen InvestmentAG ylipäättään osakeyhtiö vaiko täysin oma yhtiömuotonsa. Jos sääntely rakennetaan Irlannin tapaan täysin osakeyhtiösääntelystä erillisenä, on selvää, että kyseessä on oma yhtiömuotonsa.

<sup>182</sup> Ks. esim. OECD 2000, s. 19, jossa todetaan SICAV-sijoitusyhtiöiden olevan erityistä tarkoitusta varten perustettuja yhtiöitä (special purpose company).

sääntelyllä poiketaan yhtiöoikeuden asettamista etenkin osakepääomaa ja sen määrän muuttamista koskevista vaatimuksista.<sup>183</sup> Suomen kannalta sijoitusyhtiö on perusteltu, ja toimiakseen sen tulee täyttää kansainväliset kriteerit.

---

<sup>183</sup> Hooghiemstra 2019, s. 141 toteaa osuvasti: ”Finally, the strict capital requirements laid down in corporate law that are applicable to (public and private) limited companies and equivalent corporate legal forms are being derogated by (most) Member States under the ‘lex specialis’ Fund Forms in fund law.”



# LÄHTEET

## Kirjallisuus

- Aarnio, Aulis, *Mitä lainoppi on?* Tammi 1978.
- Aarnio, Aulis, *Laintulkinnan teoria. Yleisen oikeustieteen oppikirja.* WSOY 1989.
- Airaksinen, Manne – Pulkkinen, Pekka – Rasinaho, Vesa, *Osakeyhtiölaki I. 2., uudistettu painos.* Talentum Media 2010. (Airaksinen – Pulkkinen – Rasinaho 2010a)
- Airaksinen, Manne – Pulkkinen, Pekka – Rasinaho, Vesa, *Osakeyhtiölaki II. 2., uudistettu painos.* Talentum Media 2010. (Airaksinen – Pulkkinen – Rasinaho 2010b)
- ALFI, *Guidance on the UCITS borrowing principles.* Association of the Luxembourg Fund Industry (ALFI) 2009.
- Armour, John – Hansmann, Henry – Kraakman, Reinier – Pargendler, Mariana, *What Is Corporate Law?*, s. 1–28 teoksessa Paul Davies – Wolf-Georg Ringe – Gerard Hertig – John Armour – Hideki Kanda – Edward Rock – Reinier Kraakman – Henry Hansmann – Mariana Pargendler – Luca Enriques – Klaus Hopt, *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach.* Oxford University Press 2017.
- Barker, Roger M. – Chiu, Iris H.-Y., *Corporate Governance and Investment Management: The Promises and Limitations of the New Financial Economy.* Edward Elgar Publishing 2017.
- Bohan, Anne-Marie, *Investing in the Future.* *International Financial Law Review* 33(10) 2015, s. 46–47.
- Boire, L. – Kiswanto, L. – Wiklund, M. – Liu, J., *Exploring Corporate Structure for Funds in Sweden.* CEMS Business Project 2016.
- Browne, Mark, *ICAV – the New Irish Collective Asset-Management Vehicle.* *The Investment Lawyer* 22(6) 2015, s. 23–28.
- Bullard, Mercer, *The rise and fall of the mutual fund brand*, s. 22–56 teoksessa William A. Birdthistle – John Morley (eds), *Research Handbook on the Regulation of Mutual Funds.* Edward Elgar Publishing 2018.
- Cornick, Tim, *UK Introduces Open-Ended Investment Companies.* *International Financial Law Review* 16(2) 1997, s. 29–32.
- DeMott, Deborah A., *Fiduciary Contours: Perspectives on Mutual Funds and Private Funds*, s. 57–78 teoksessa William A. Birdthistle – John Morley (eds), *Research Handbook on the Regulation of Mutual Funds.* Edward Elgar Publishing 2018.
- Dietrich, Manfred – Müller, Nic, *Das Gesetz von 2010 (OGAW/OGA)*, s. 10–161 teoksessa Jürgen F. Baur – Falko Tappen (Hrsg.), *Investmentgesetze: Grosskommentar 3., neu bearbeitete Auflage.* De Gruyter 2016.
- Ervasti, Kaijus, *Oikeussosiologia ja oikeuspoliittinen tutkimus osana oikeustiedettä. Oikeustiede – Jurisprudentia XLIV:2011*, s. 61–132.
- ESMA, *EU Alternative Investment Funds. ESMA Annual Statistical Report 2021.*
- European Central Bank, *Financial Stability Review.* November 2016.
- Financial Services Development Council (Hong Kong), *Proposals on Legal and Regulatory Framework for Open-ended Investment Companies in Hong Kong.* FSDC Research Paper No. 05. November 2013.

- Haapaniemi, Ossi – Rasinaho, Vesa, Scrip dividend ja muita tapoja tarjota varojenjaon vaihtoehtona oikeus saada tai myydä yhtiön osakkeita, s. 93–107 teoksessa Veikko Vahtera – Krista Rantasaari (toim.), Yhtiö, velka, velvoite: juhlaulkaisu Seppo Villa. Alma Talent 2021.
- Hanharan, Pamela – Ramsay, Ian, Regulation of mutual funds in Australia, s. 414–445 teoksessa William A. Birdthistle – John Morley (eds), Research Handbook on the Regulation of Mutual Funds. Edward Elgar Publishing 2018.
- Harju, Ilkka – Syyrilä, Jarkko, Sijoitusrahastolainsäädäntö. WSOY Lakitieto 2001.
- Harju, Ilkka, Sijoitusrahaston oikeudellinen muoto. Oikeushenkilöopillinen vertailu. Oikeustiede – Jurisprudentia LIII:2020, s. 5–102.
- Hazenberg, Jan, Investment Fund Governance: An empirical investigation of Luxembourg UCITS. Doctoral thesis, University of Luxembourg 2012.
- Hidén, Paulus – Ruotsalainen, Henri, Vaihtoehtorahastojen hoitajista annetun lain soveltamisalasta. Defensor Legis 3/2014, s. 367–391.
- Hirvonen, Ari, Mitkä metodit? Opas oikeustieteen metodologiaan. Yleisen oikeustieteen julkaisuja. Helsingin yliopisto 2011.
- Hooghiemstra, Sebastiaan, Towards Modernization of the Luxembourg Legal Form ‘Toolbox’ for Funds. JurisNews – Investment Management 8(3–4) 2019, s. 135–144.
- Horváthová, Alexandra, Protection of Retail Investors Through Their Empowerment. Regulation of Investment Companies in the European Union, the United Kingdom and the United States of America. Doctoral thesis, Central European University 2015.
- Hudson, Matthew, Fund Managers: The Complete Guide. John Wiley & Sons, Incorporated 2019.
- Husa, Jaakko, Oikeusvertailu. Teoria ja metodologia. Lakimiesliiton Kustannus 2013.
- Investment Management Association, Review of the Governance Arrangements of United Kingdom Authorised Collective Investment Schemes. Report by the Investment Management Association. February 2005.
- IOSCO, Principles for the Supervision of Operators of Collective Investment Schemes. September 1997.
- IOSCO, Final Report on Elements of International Regulatory Standards on Fees and Expenses of Investment Funds. November 2004.
- Isomaa-Myllymäki, Anita – Myllymäki, Janne, Omaa vai vierasta pääomaa – hybridilaina yhtiöoikeuden, kirjanpidon ja verotuksen pääomarakenteessa. Liikejuridiikka 1/2017, s. 33–82.
- Kolehmainen, Antti, Tutkimusongelma ja metodi lainopillisessa työssä. Edilex-sarja 2015/29.
- Kremer, Claude – Lebbe, Isabelle, Collective Investment Schemes in Luxembourg. Law and Practice. Second edition. Oxford University Press 2014.
- Kyläkallio, Juhani – Iirola, Olli – Kyläkallio, Kalle, Osakeyhtiö 1–2. Kahdeksas uudistettu painos. Edita Publishing 2020.
- Lautjärvi, Kari, Välipääomarahoitus suomalaisen osakeyhtiön rahoituksen vaihtoehtona. Lakimies 7–8/2011, s. 1341–1362.
- Leppiniemi, Jarmo – Lounasmeri, Sari, Yrittäjärahoitus. Alma Talent Fokus 2020.

- Luca, Nicola de, Share Classes in Investment Funds and Fair Treatment of All Investors. *European Business Law Review* 32(4) 2021, s. 727–742.
- Marjosola, Heikki, Pörssiyhtiöiden omistuksen julkisuus Suomessa: EU-oikeudellinen selvitys. Valtiovarainministeriön julkaisu 30/2018. Valtiovarainministeriö 12.10.2018.
- Morley, John, The separation of funds and managers: a theory of investment fund structure and regulation. *The Yale Law Journal* 123(5) 2010, s. 1228–1287.
- Morley, John, Collective Branding and the Origins of Investment Fund Regulation. *Virginia Law and Business Review* 6(3) 2012, s. 341–402.
- Morley, John, The Regulation of Mutual Fund Debt. *Yale Journal on Regulation* 30(2) 2013, s. 343–376.
- Morley, John – Curtis, Quinn, Taking Exit Rights Seriously: Why Governance and Fee Litigation Don't Work in Mutual Funds. *The Yale Law Journal* 120(1) 2010, s. 84–142.
- Mähönen, Jukka – Villa, Seppo, Osakeyhtiö I, Yleiset opit. 3., uudistettu painos. *Talentum Media* 2015.
- Mähönen, Jukka – Villa, Seppo, Osakeyhtiö II, Pääomarakenne ja rahoitus. 4., uudistettu painos. *Alma Talent* 2020.
- OECD, Standard rules for the operations of institutions for collective investment (Report by the Committee on Financial Markets). C(71)234. February 1972.
- OECD, Corporate governance and collective investment instruments: Secretariat background report. October 2000.
- Roiter, Eric D., Disentangling mutual fund governance from corporate governance. *Harvard Business Law Review* 6(1) 2016, s. 1–82.
- Roiter, Eric D., Exchange-traded funds: neither fish nor fowl, s. 247–266 teoksessa William A. Birdthistle – John Morley (eds), *Research Handbook on the Regulation of Mutual Funds*. Edward Elgar Publishing 2018.
- Rounds, Charles E. Jr. – Dehio, Andreas, Publicly-Traded Open End Mutual Funds in Common Law and Civil Law Jurisdictions: A Comparison of Legal Structures. *New York University Journal of Law & Business* 3(2) 2007, s. 473–518.
- Ruk, M. – Filipovic, M. – Vuletic, S., Investment funds with legal personality – a true rival to mutual funds? *InterEULawEast: Journal for International and European Law, Economics and Market Integrations* 7(2) 2020, s. 167–194.
- Schonfeld, V. – Kerwin, T., Organization of a Mutual Fund. *The Business Lawyer* 49(1) 1993, s. 107–161.
- Sillanpää, Matti J. – Vahtera, Veikko – Koski, Pauli, Yhtiöoikeus. *Alma Talent Fokus* 2021.
- Siltala, Raimo, Johdatus oikeusteoriaan. Helsingin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisut 2001.
- Siltala, Raimo, Oikeustieteen tieteenteoria. *Suomalainen Lakimiesyhdistys* 2003.
- Sin, Kam Fan, *The Legal Nature of the Unit Trust*. Clarendon Press 1997.
- Stafford, D. C., Mutual Funds in the European Economic Community. *Journal of Common Market Studies* 14(3) 1975, s. 240–254.
- Steck, Kai-Uwe – Fischer, Carsten, Better than Sicav. *International Financial Law Review*. February 2010.
- Turtiainen, Matti, *Markkinakuri, sijoittajansuoja ja sijoitusrahastot*. Edita Publishing 2004.

- Vahtera, Veikko, Osakeomistuksen riski ja sääntely. CC Lakimiesliiton Kustannus 2011.
- Vahtera, Veikko, Sopimusajattelun käyttö osakeyhtiöoikeudessa. Lakimies 7–8/2012, s. 1048–1069.
- Vandamme, Roger, Towards a European market for the undertakings for collective investment in transferable securities. Commentary on the provisions of Council Directive 85/611/EEC of 20 December 1985. Luxembourg, Office for Official Publications of the European Communities 1988.
- Vepsä, Antti, Yhteissijoitusyritysten oikeudelliset muodot. Edilex-sarja 2021/18. (Vepsä 2021a)
- Vepsä, Antti, Sateenvarjomuotoisen sijoitusyhtiön oikeudelliset erityiskysymykset – oikeusvertailevia näkökohtia. Liikejuridiikka 2/2021, s. 84–140. (Vepsä 2021b)
- Viitala, Tomi, Rahastot – muoto, sääntely ja verotus. Defensor Legis 4/2018, s. 528–546.
- Warburton, A. Joseph, Should Mutual Funds Be Corporations – A Legal & Econometric Analysis. Journal of Corporation Law 33(3) 2008, s. 745–776.
- Warburton, A. Joseph, Trusts Versus Corporations: An Empirical Analysis of Competing Organizational Forms. Journal of Corporation Law 36(1) 2010, s. 183–220.
- Warburton, A. Joseph, Mutual fund capital structure. Marquette Law Review 100(3) 2017, s. 671–755.
- Wegman, Hanneke, Investor protection: towards additional EU regulation of investment funds? Doctoral thesis, Leiden University 2016.
- Zetzsche, Dirk, Competitiveness of Financial Centers in Light of Financial and Tax Law Equivalence Requirements. IFS – Propter Homines Chair Working Paper 005/2015.
- Zetzsche, Dirk, The Anatomy of European Investment Fund Law, s. 302–359 teoksessa William A. Birdthistle – John Morley (eds), Research Handbook on the Regulation of Mutual Funds. Edward Elgar Publishing 2018.

## **Virallisaineisto**

### *Kotimaiset virallislähteet*

- Suomen Pankki, Sijoitusyhtiötoimikunnan mietintö. Suomen Pankki 1971.
- Hallituksen esitys Eduskunnalle sijoitusyhtiölaiksi sekä laeiksi elinkeinotulon verottamisesta annetun lain 6 ja 18 §:n, leimaverolain 10 ja 55 §:n, leimaverolain väliaikaisesta muuttamisesta annetun lain 10 §:n ja pankkitarkastuslain muuttamisesta (Hallituksen esitys n:o 22/1977 vp).
- Hallituksen esitys eduskunnalle sijoitusrahastolaiksi sekä laeiksi eräiden siihen liittyvien lakien muuttamisesta (HE 238/1986 vp).
- Valtiovarainministeriö, Sijoitusrahastolakityöryhmän muistio. Työryhmämuistio, 1990:VM 21.
- Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi sijoitusrahastolain sekä eräiden siihen liittyvien lakien muuttamisesta (HE 309/1992 vp).
- Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi sijoitusrahastolain sekä eräiden siihen liittyvien lakien muuttamisesta (HE 59/1996 vp).
- Hallituksen esitys Eduskunnalle uudeksi osakeyhtiölainsäädännöksi (HE 109/2005 vp).

Hallituksen esitys vaihtoehtorahastojen hoitajia koskevaksi lainsäädännöksi (HE 94/2013 vp).  
 Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi tilintarkastuslain muuttamisesta ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi (HE 70/2016 vp).  
 Valtiovarainministeriö, Arviomuistio sijoitusrahastolainsäädännön uudistamisesta. 2.11.2016.  
 Valtiovarainministeriö, Lausuntopalaute arviomuistiosta sijoitusrahastolain uudistamisesta. 19.1.2017.  
 Valtiovarainministeriö, Sijoitusrahastolainsäädännön kokonaisuudistus: työryhmämuistio. Valtiovarainministeriön julkaisu 5/2018.  
 Valtiovarainministeriö, Lausuntoyhteenveto Sijoitusrahastolainsäädännön kokonaisuudistus -työryhmämuistiosta. 31.5.2018.  
 Valtiovarainministeriö, Eri sijoitusmuotojen verokohtelu: Työryhmäraportti. Valtiovarainministeriön julkaisu 14/2018.  
 Hallituksen esitys eduskunnalle sijoitusrahastolaiksi ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi (243/2018 vp).

## *Ulkomaiset säädökset*

### **Hongkong**

Securities and Futures Ordinance (Cap. 571).

### **Irlanti**

Irish Collective Asset-management Vehicles Act 2015.

### **Iso-Britannia**

The Open-Ended Investment Companies Regulations 2001 (SI 2001 No. 1228).  
 The Financial Conduct Authority, Collective Investment Scheme Sourcebook. Release 14, December 2021.

### **Luxemburg**

Loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales (en vigueur au 1er janvier 2020). (Loi de 1915)  
 Loi du 13 février 2007 relative aux fonds d'investissement spécialisés et portant  
 – modification de la loi modifiée du 20 décembre 2002 relative aux organismes de placement collectif,  
 – modification de la loi modifiée du 12 février 1979 concernant la taxe sur la valeur ajoutée.  
 (Mém. A 2007, N° 13). (Loi de 2007)  
 Loi du 17 décembre 2010 concernant les organismes de placement collectif et  
 – portant transposition de la directive 2009/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant certains organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM) (refonte) ;

- portant modification :
- de la loi modifiée du 20 décembre 2002 concernant les organismes de placement collectif ;
- de la loi modifiée du 13 février 2007 relative aux fonds d’investissement spécialisés ;
- de l’article 156 de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l’impôt sur le revenu (Mém. A 2010, N° 239). (Loi de 2010)

## **Ranska**

Code monétaire et financier. Version en vigueur au 24 juin 2021.

## **Singapore**

Variable Capital Companies Act 2018 (No. 44 of 2018).

## *Muut ulkomaiset virallislähteet*

- Securities and Exchange Commission, United States, Institutional investor study report of the Securities and Exchange Commission. March 1971.
- Kungl. Maj:ts proposition med förslag till aktiefondslag, m.m. Proposition 1974:128.
- Securities and Investments Board, Regulated Collective Investment Schemes. Key Policy Issues. Discussion Paper. October 1993.
- Securities and Investments Board, Open Ended Investment Companies. Consultative Paper 93. October 1995.
- Securities and Investments Board, Proposed Regulations for Open Ended Investment Companies. October 1996.
- Company Law Review Group (Ireland), First Report (2000 - 2001).
- Investeringsfonder förslag till ny lag. SOU 2002:56.
- European Commission, COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT Accompanying the Proposal for a DIRECTIVE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on Alternative Investment Fund Managers and amending Directives 2004/39/EC and 2009/.../EC. IMPACT ASSESSMENT. {COM(2009) 207} {SEC(2009) 577} /\* SEC/2009/0576 final \*/.
- Department of Taoiseach, Strategy for the International Financial Services Industry in Ireland 2011–2016. July 2011.
- Ehdotus EUROOPAN PARLAMENTIN JA NEUVOSTON DIREKTIIVI tietyntyyppisten yritysten vuositilinpäätöksistä, konsolidoiduista tilinpäätöksistä ja niihin liittyvistä kertomuksista. KOM/2011/0684 / 3 - 2011/0308 (COD). (COM 2011/0684).
- ESMA, Guidelines on key concepts of the AIFMD. 13 August 2013.
- General Scheme of the Irish Collective Asset-management Vehicle Bill 2014.
- Financial Services and the Treasury Bureau (Hong Kong), Open-ended Fund Companies consultation paper. March 2014.
- Regulatory Impact Analysis (RIA) of the Irish Collective Asset-management Vehicles Bill 2014.

- ESMA, Guidelines for competent authorities and UCITS management companies. Guidelines on ETFs and other UCITS issues. 1 August 2014. (ESMA 2014a)
- ESMA, Discussion paper. Share classes of UCITS. 23 December 2014. (ESMA 2014b)
- Irish Collective Asset-Management Vehicles Bill 2014. Explanatory Memorandum. January 2015.
- FCA, UCITS V implementation and other changes to the Handbook affecting investment funds. Consultation Paper 15/27. September 2015.
- Financial Services and the Treasury Bureau (Hong Kong), Open-ended Fund Companies. Consultation conclusions. January 2016.
- ESMA, Discussion paper. UCITS share classes. 06 April 2016.
- En hållbar, transparent och konkurrenskraftig fondmarknad. Slutbetänkande av 2014 års fondutredning. SOU 2016:45.
- ESMA, Share classes of UCITS. Opinion. 30 January 2017.
- Monetary Authority of Singapore, Consultation Paper on the Proposed Framework for Singapore Variable Capital Companies. March 2017.
- The Securities and Futures Commission of Hong Kong, Consultation Paper on the Securities and Futures (Open-ended Fund Companies) Rules and Code on Open-ended Fund Companies. June 2017.
- Treasury (Australia), Treasury Laws Amendment (Corporate Collective Investment Vehicle) Bill 2017. Exposure draft explanatory materials.
- Regeringens proposition 2017/18:5. Bättre förutsättningar för fondsparande och hållbara val.
- Treasury (Australia), Treasury Laws Amendment (Corporate Collective Investment Vehicle) Bill 2018. Exposure draft explanatory materials.
- Monetary Authority of Singapore, Response to feedback received on the proposed framework for Singapore Variable Capital Companies. September 2018.
- Monetary Authority of Singapore, Consultation Paper on the Proposed Framework for Variable Capital Companies. Part 2. Response to Feedback Received. January 2020.
- The Securities and Futures Commission of Hong Kong, Consultation Conclusions on Proposed Enhancements to the Open-ended Fund Companies Regime and Further Consultation on Customer Due Diligence Requirements. September 2020.
- ESMA, Guidelines on Article 25 of Directive 2011/61/EU. Final report. 17 December 2020.
- Treasury (Australia), Treasury Laws Amendment (Corporate Collective Investment Vehicle) Bill 2021. Exposure draft explanatory materials.

## Muut lähteet

- CSSF, Basic statistical data on UCIs – March 2022, <https://www.cssf.lu/en/Document/basic-statistical-data-on-ucis-march-2022/> (viitattu 21.5.2022).
- Danske Invest SICAV, articles of incorporation 31.7.2020.
- Invesco Funds SICAV, articles of incorporation 30.9.2016.
- Rolinco N.V. Prospectus 10 March 2021.

Suomen Pankki, sijoitusrahastolista 31.3.2022, <https://www.suomenpankki.fi/fi/Tilastot/sijoitusrahastot/sijoitusrahastolista/> (viitattu 10.5.2022)

## OIKEUSTAPAUKSET

Helsingin HAO 09.07.2020 20/1327/3.

E v. Veronsaajien oikeudenvallontayksikkö, C-480/19, ECLI:EU:C:2021:334.

A SCPI v. Veronsaajien oikeudenvallontayksikkö, C-342/20, ECLI:EU:C:2022:276.



## LYHENTEET

AIF	Alternative Investment Fund
AIFM	Alternative Investment Fund Manager
ALFI	Association of the Luxembourg Fund Industry
CCIV	Corporate Collective Investment Vehicle
CIS	Collective Investment Scheme
CLRG	Company Law Review Group (Ireland)
COLL	Collective Investment Schemes sourcebook
COM	European Commission
CSSF	Commission de Surveillance du Secteur Financier
EC	Commission of the European Communities
ECB	European Central Bank
ESMA	European Securities and Markets Authority
ETF	Exchange-Traded Fund
ETY	Euroopan talousyhteisö
EU	Euroopan unioni
EUT	Euroopan unionin tuomioistuin
EY	Euroopan yhteisö
FCA	Financial Conduct Authority
FSDC	Financial Services Development Council (Hong Kong)
FSTB	Financial Services and the Treasury Bureau (Hong Kong)
HAO	Hallinto-oikeus
HE	Hallituksen esitys
ICAV	Irish Collective Asset Management Vehicle
IMA	Investment Management Association (UK)
InvestmentAG	Investmentaktiengesellschaft
IOSCO	International Organization of Securities Commissions
KHO	Korkein hallinto-oikeus
MAS	Monetary Authority of Singapore
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development
OEIC	Open-Ended Investment Company
OYL	Osakeyhtiölaki (646/2006)
PRH	Patentti- ja rekisterihallitus
RIA	Regulatory Impact Analysis
SFC	Securities and Futures Commission of Hong Kong
SI	Statutory Instrument
SIB	Securities and Investments Board
SICAF	Société d'Investissement à Capital Fixe
SICAV	Société d'Investissement à Capital Variable
SOU	Statens offentliga utredningar
SRL	Sijoitusrahastolaki (213/2019)
SVOP	Sijoitettu vapaa oma pääoma

TilinpäätösVMA	Valtiovarainministeriön asetus rahastoyhtiön, sijoitusrahaston ja vaihtoehdorasaston tilinpäätökseen sisältyvän tuloslaskelman ja taseen kaavasta, tilinpäätökseen liitettävästä toimintakertomuksesta sekä sijoitusrahaston puolivuotiskatsauksesta (231/2014)
TVL	Tuloverolaki (1535/1992)
UCI	Undertakings for collective investment
UCITS	Undertakings for Collective Investments in Transferable Securities
VCC	Variable Capital Company
VM	Valtiovarainministeriö
Vuoden 1978 OYL	Osakeyhtiölaki (734/1978, kumottu)
Vuoden 1987 SRL	Sijoitusrahastolaki (480/1987, kumottu)

## ABSTRACT

In Finland, a UCITS cannot be set up in the form of an investment company, even though the UCITS Directive allows it. The purpose of this article is to examine what kind of capital system would be appropriate for investment companies with variable capital if their establishment were allowed under Finnish law. The examination found that, as far as collective investment activities are concerned, the provisions of the Limited Liability Companies Act (*osakeyhtiölaki 646/2006*, “the Companies Act”) on varying the share capital and the amount of shares are complex, administratively inappropriate and time consuming, as the processes often require the involvement of both corporate bodies and authorities. Therefore, conducting collective investment activities as a limited liability company by varying the number of shares and share capital is not the most appropriate solution; instead, a more flexible outcome would be achieved by utilizing the limited liability company’s invested unrestricted equity fund.

In principle, the Companies Act’s provisions do allow for collective investment activities, but the framework of the Companies Act’s requirements would make collective investment activities more disadvantageous for a limited liability company compared to using existing contractual fund forms, namely investment funds or special investment funds. Inflexible provisions on the varying of share capital and the number of shares for the operation of investment companies would force them to use the limited liability company’s unrestricted equity capital. A limited liability company operating through investments in the unrestricted equity fund would be a completely new and as yet unknown structure. In addition to the unfavourable position of the national market, such structures would not be easily marketable abroad, as the structure would be unfamiliar for foreign investors and require considerable learning costs. In addition, the limited liability company is at a tax disadvantage compared to investment funds and its form does not allow for the typical characteristics of investment companies, such as the umbrella fund structure. The unsuitability of the Companies Act’s provisions for conducting collective investment activities and the lack of related tax regulations are the main reasons why only a few alternative investment funds have been established in the form of a limited liability company in Finland, although this is not directly prevented by legislation.

From the international regulatory practice and regulatory competitiveness point of view, building an investment company to operate based on the current Companies Act would be an artificial and coercive solution that

would not recognize the need for special regulation of investment companies. If the regulation of investment companies were built imprecisely and in deviation from established international practice, the new fund form would risk not being introduced in the fund industry. Investment companies need genuinely variable share capital, so they should be able to vary the size of their share capital in order to organize subscriptions and redemptions flexibly. The total share capital of an investment company must always be equal to the net asset value of investment company. Correspondingly, the book value of an investment company's share is equal to the share of the investment company's net asset value allocated to one share, in which case the shares have no nominal value. The shares of the investment company must be issued, redeemed or repurchased at a price equal to the net asset value of the investment company divided by the number of shares issued by the investment company. The investment company must cancel the redeemed shares, in which case the share capital must be reduced for the amount that the investment company paid for the redeemed shares.

Due to the different capital regime required for a variable capital investment company and the internationally accepted regulatory practices, it is not appropriate to think of a variable capital investment company as a limited liability company but as an investment fund. The regulation of variable capital investment companies should not be based on the regulation and principles of limited liability companies. The issue should be assessed in the light of the specific needs of collective investment schemes, which means seeking solutions from fund regulations and regulation of similar foreign structures. As a legal phenomenon, a typical variable capital investment company is not like any other commercial limited liability company but is a special purpose company tailored for the needs of collective investment activities. A variable capital investment company is a kind of special purpose company, where fund-specific regulations deviate in particular from the requirements of the company law regarding the capital system. From Finland's point of view, the investment company is a justified construction and in order to operate successfully, it must meet the international standards of similar structures.

# Kirjoittajat

## **Kristiina Koivukari**

OTT, tutkijatohtori, Helsingin yliopisto

## **Sara Lehtilä**

OTM, Project Planner, Helsingin yliopisto; ratsastaja, Kohlschmidt Dressage

## **Juho Mäki-Lohiluoma**

OTM, tohtorikoulutettava, Lapin yliopisto

## **Sami Myöhänen**

OTL, VT, HuK, markkinaoikeustuomari, markkinaoikeus

## **Johanna Tuohino**

OTM, Senior Associate, Dittman & Indrenius Asianajotoimisto Oy

## **Antti Vepsä**

OTM, KTM, lakimies, Asianajotoimisto Castren & Snellman Oy