

OIKEUSTIEDE

JURISPRUDENTIA

LII

2019

SUOMALAISEN LAKIMIESYHDISTYKSEN VUOSIKIRJA

Toimitusneuvosto

Pasi Pölönen, puheenjohtaja

Katja Lindroos

Taina Pihlajarinne

Elina Pirjatanniemi

Toimittaja

Janne Kaisto

Tilausosoite

Suomalainen Lakimiesyhdistys

Kasarmikatu 23 A 17

00130 Helsinki

www.lakimiesyhdistys.fi

© kirjoittajat ja Suomalainen Lakimiesyhdistys 2019

ISSN-L 0355-8215

ISSN 0355-8215

ISBN 978-951-855-378-9

ISBN 978-951-855-720-6 (verkkokirja)

Oy Nord Print Ab, Helsinki 2019

Sisällys

<i>Aleksi Heinilä</i>	Maankäytön suunnittelu ja turvallisuus	5
<i>Jaakko Markus</i>	Prosessikynnys ja asianajajien tulospalkkiot	103
<i>Mika Mäkilä</i> ja <i>Janne Holopainen</i>	Yksityisen radiotoiminnan ULA-taajuuksien allokaatiovaihtoehtoja – hallintopäätöksistä Coasen jälkimarkkinaehtoihin?	171
<i>Raimo Siltala</i>	”...ei luonnollisella järjellä vaan keinotekoisella juridisella järjellä ja oikeudellisella arvostelmalla”. Normit ja konstruktiot oikeudellisessa päättelyssä.....	249
<i>Tuukka Vähätalo</i>	Euroopan ihmisoikeussopimuksen loukkaus ja kansallisen tuomion lopullisuus	309
Kirjoittajat		427

Alexi Heinilä

**MAANKÄYTÖN
SUUNNITTELU JA TURVALLISUUS**

Sisällys

1	JOHDANTO	9
1.1	Tutkimuksen lähtökohdat	9
1.2	Tutkimuskysymykset	13
2	TURVALLISUUDESTA	16
2.1	Turvallisuuden monet käsitteet	16
2.2	Turvallisuuden vuorovaikutussuhteet	25
2.3	Resilienssi turvallisuuden tekijänä.....	28
2.4	Havaintoja turvallisuudesta.....	31
3	MAANKÄYTÖN SUUNNITTELU TURVALLISUUDEN TYÖVÄLINEENÄ	34
3.1	Maankäytön suunnittelu ympäristönkäytön ohjauksena.....	34
3.1.1	Intressit ja oikeudet kaavoituksessa	34
3.1.2	Valtakunnalliset alueidenkäyttötavoitteet turvallisuusintressien välittäjänä	40
3.1.3	Intressien välittämismekanismit päätöksentekoon	43
3.1.4	Polkuriippuvuudesta.....	52
3.2	Kaavoituksen mahdollisuudet turvallisuuden ja resilienssin luomisessa	54
3.2.1	Ympäristöonnettomuudet, ympäristön pilaantuminen ja muut häiriötilanteet	54
3.2.2	Ilmastonmuutos	60
3.2.3	Biodiversiteetin suojelu.....	65
3.2.4	Muita turvallisuusnäkökohtia kaavoituksessa.....	69
3.3	Maankäytön suunnittelu ja viranomaisten turvallisuusstrategiat.....	76
3.4	Maankäytön suunnittelujärjestelmän viimeaikaisia kehityslinjoja	79
4	JOHTOPÄÄTÖKSIÄ	91
	LÄHTEET.....	96
	LAND USE PLANNING AND SECURITY	102

Maankäytön suunnittelu ja turvallisuus

1 JOHDANTO

1.1 Tutkimuksen lähtökohdat

Erilaiset nykyajan yhteiskuntaan ja sen yksilöihin kohdistuvat uhkat ovat dynaamisia, toisiinsa nähden monenlaisissa vuorovaikutussuhteissa ja yhä useammin perimmiltään globaaleja. Nämä uhkat tulevat ilmi sekä pidempiaikaisen kehityksen kuluessa hitaasti tapahtuvina muutoksina (esimerkiksi ilmastonmuutos, väestönkasvu, erilaisten luonnonvarojen niukkuus suhteessa niiden kasvavaan tarpeeseen, elinympäristöjen heikentyminen ja biodiversiteetin köyhtyminen) että osittain edellisiin liittyvinä äkillisinä tapahtumina (kuten esimerkiksi sään ääri-ilmiöt).

Esimerkiksi hallitustenvälisen ilmastopaneelin IPCC:n viimeisimmän raportin mukaan maapallon lämpötilan nousu olisi rajoitettava 1,5 asteeseen. Jo tämä lämpeneminen aiheuttaa vaarallisia muutoksia ympäristössä, mutta aiempien tavoitteiden mukaisen kahden asteen lämpenemisen vaikutukset olisivat vielä tätä huomattavasti vaarallisempia. Nykyisellä tahdilla ilmaston lämpeneminen saavuttaa raportin mukaan puolentoista asteen rajan todennäköisesti vuosien 2030 ja 2052 välillä. Lämpenemisen rajaaminen tälle tasolle edellyttäisi hiilidioksidipäästöjen kääntämistä jyrkkään laskuun ja hiilidioksidipäästöjen ja poistojen tasapainoa vuosisadan puoliväliin mennessä.¹ Näiden tavoitteiden osalta katset ovat ylikansallisella tasolla kääntymässä entistä enemmän – laajemmin tai suppeammin ymmärrettyyn – maankäyttösektoriin.² Kaavoituksen merkitystä korostaa myös se, että

¹ IPCC 2018, s. 6, 9–14.

Kirjoitus on laadittu osana Strategisen tutkimuksen neuvoston rahoittamia hankkeita From Failand to Winland (303623/303628) ja Yhteistoiminnallisia ratkaisuja sirpaloituvien yhteiskuntien ongelmiin – käänne yhteishallintaan ympäristöpääöksenteossa (313013/313304). Kiitän kirjoituksen refereearvioijia ja rakentavasta palautteesta.

² Ks. esim. IPCC 2018, s. 17. Ilmastonmuutoskontekstissa puhutaan maankäyttösektorista usein kapeammassa merkityksessä käsittäen maankäytön, maankäytön muutokset ja metsien käytön (land use, land use change and forestry, LULUCF) jossa on kyse paljolti

kaupungistuminen on yksi, muihin megatrendeihin linkittyvä kehityskulku. Se on sitä niin globaalilla tasolla kuin kansallisestikin.

Vastaavasti hallitusten välisen luontopaneelin IPBES:n tuoreen raportin mukaan luonnon monimuotoisuus köyhtyy vauhdilla, joka on ennennäkemätön. Luonnon köyhtyminen uhkaa myös ihmiskunnan hyvinvointia muun muassa ruokaturvallisuuden heikkenemisen kautta, kun luonnon tuottamat ekosysteemipalvelut heikentyvät.³ Raportin mukaan 75 prosenttia maapallon maapinta-alasta on ihmisen muokkaamaa ja ihmisen vaikutukset kohdistuvat myös valtaosaan merien pinta-alasta. Myös biodiversiteetin osalta maankäyttö on hyvin keskeisessä roolissa. Viesti on hyvin samankaltainen kuin ilmastopaneelin raportissa: suunnan muuttamiseksi tarvitaan hyvin nopeita toimenpiteitä.⁴

Tämän artikkelin tarkoituksena on tarkastella maankäyttö- ja rakennuslain (132/1999, MRL) mukaista maankäytön suunnittelua laaja-alaisesti ymmärretyn turvallisuuden näkökulmasta. Erityisesti tarkastelun kohteena on pidemmän aikavälin turvallisuus, kun kaavoituksella luodaan ympäristöä ja yhdyskuntarakennetta, joka on olemassa mahdollisesti vuosisatoja. Yksittäisten yleispiirteisten kaavojen toteutumisen tavoitevuodetkin voivat olla 20–30 vuoden päässä. Tätä aikajännettä voidaan verrata esimerkiksi edellä kuvattuun ilmastomuutoskehitykseen. Näiden seikkojen vuoksi on välttämätöntä tarkastella turvallisuutta aikaperspektiivistä ja nimenomaan pidemmällä aikavälillä.⁵

Pelkästään jo edellä sanotun perusteella voidaan arvioida, että maankäytön suunnittelulla on, tai ainakin tulisi olla merkittävä rooli laajasti ymmärretyn turvallisuuden edellytysten luomisessa. Tämä tehtävä käsittää muun ohella

hiilinieluista ja maankäytön muutosten vaikutuksista niihin. Tämä käsite määrittyy muun ohella EU:n vuonna 2018 annetun, niin kutsutun LULUCF-asetuksen (2018/841/EU) kautta ja liittyy erityisesti siihen, että maankäyttö ja metsät ovat toistaiseksi käytännössä ainoa keino hiilidioksidipäästöjen poistamiseksi ilmakehästä. LULUCF-asetus edellyttää vähintään sektorin päästöjen ja poistumien tasapainoa (art. 4).

Maankäytön suunnittelun näkökulmasta tämä maankäyttökäsite näyttäytyy jossain määrin kapeana, kun maankäytön suunnittelulla voidaan vaikuttaa ilmastomuutokseen ja sen hillintään liittyviin kysymyksiin huomattavasti tätä laajemminkin. Tämä ei tietenkään vähennä sen tosiasian merkitystä, että maankäytön suunnittelulla on keskeinen rooli myös hiilinielujen vähenemisen ehkäisemisessä ja että metsillä on avainrooli nettopäästöjen tasapainotavoitteen saavuttamisessa. LULUCF-sektori vaikuttaa niin ikään merkittävästi myös luonnon monimuotoisuuteen ja niin sanottuihin ekosysteemipalveluihin.

³ IPBES 2019, s. 2. Raportissa (mp.) myös todetaan, että nämä ekosysteemipalvelut ovat osin korvattavissa vain osittain, osin ne ovat korvaamattomia.

⁴ IPBES 2019, s. 3–4.

⁵ Turvallisuutta tarkastellaan vakiintuneesti erilaisista aikaperspektiiveistä. Ks. esim. Belinskij – Soininen – Huhta 2017, esim. s. 334–335 ja laajemmin passim, jossa turvallisuuskysymykset on ryhmitelty lyhytaikaisten häiriötilanteiden tarkasteluun, niihin varautumiseen ja pitkän aikavälin turvallisuuteen (ennaltaehkäisyyn).

erilaisten uhkien ennalta ehkäisyyn, hitaampien muutosten vaikutuksiin sopeutumiseen ja myös erilaisten häiriötilanteiden vaikutusten minimointiin ja mahdollisimman nopeaan häiriötilanteista palautumiseen tähtäävät toimenpiteet. Maankäytön suunnittelulla sen eri tasoilla voidaan vaikuttaa laajasti turvallisuuden erilaisiin ja eritasoisiin osatekijöihin. Turvallisuuden osatekijöitä, ulottuvuuksia ja niiden välisiä kytköksiä tarkastelemalla on mahdollista tunnistaa niiden liityntöjä maankäytön suunnitteluun.

Turvallisuus voidaan mieltää yhtä lailla joko MRL:n järjestelmän ulkoiseksi taikka sen sisäiseksi kysymykseksi; turvallisuus ja siihen liittyvät kysymykset ovat keskeinen osa lain järjestelmän sisäänrakennettuja tavoitteita. MRL 1 §:n mukaan lain yleisenä aineellisena tavoitteena on järjestää alueiden käyttö ja rakentaminen niin, että siinä luodaan edellytykset hyvälle elinympäristölle sekä edistetään ekologisesti, taloudellisesti, sosiaalisesti ja kulttuurisesti kestävää kehitystä. Hyvään elinympäristöön sisältyy itseisarvoisesti myös sen turvallisuus, mikä käy ilmi sekä alueiden käytön suunnittelua että rakentamisen ohjausta koskevista erityisistä tavoitesäännöksistä. MRL 5 §:n mukaan alueiden käytön suunnittelun tavoitteena on muun ohella edistää turvallisen, terveellisen, viihtyisän, sosiaalisesti toimivan ja eri väestöryhmien, kuten lasten, vanhusten ja vammaisten, tarpeet tyydyttävän elin- ja toimintaympäristön luomista samoin kuin muun muassa ympäristönsuojelua ja ympäristöhaittojen ehkäisemistä, liikenteen tarkoituksenmukaista järjestämistä, yhdyskuntien toimivuutta ja hyvää rakentamista, luonnonvarojen säästeliästä käyttöä, palvelujen saatavuutta ja elinkeinoelämän toimintaedellytyksiä.

Rakentamisen ohjauksen tavoitteena puolestaan on MRL 12 §:n mukaan muun ohella edistää hyvän ja käyttäjien tarpeita palvelevan, terveellisen, turvallisen ja viihtyisän sekä sosiaalisesti toimivan ja esteettisesti tasapainoisen elinympäristön aikaansaamista.⁶ Kun otetaan huomioon maankäytön suunnittelun ja sillä luodun yhdyskuntarakenteen aikajänne lienee selvää, että maankäytön suunnittelulla tulisi pyrkiä luomaan turvallista elin- ja toimintaympäristöä koko tuon ympäristön olemassaolon ajaksi. Tätä koko rakennetun ympäristön elinkaaren aikaista turvallisuutta pyrkivät turvaamaan myös muun ohella erilaiset, rakennetun ympäristön kunnossapitoa ja käyttöä koskevat vaatimukset.⁷

⁶ MRL sisältää siis sekä yleisen tavoitepykälän että erityiset maankäytön suunnittelujärjestelmälle (5 §) ja rakentamisen ohjausjärjestelmälle (12 §) asetetut tavoitteet. Maankäytön suunnittelun tavoitteisiin sisältyvästä elinympäristön turvallisuudesta on todettu, että se kattaa säännöksessä sekä henkilökohtaisen turvallisuuden että turvallisuuden yleisemmässä merkityksessä, Ekroos – Majamaa 2018, s. 34.

⁷ Esimerkiksi MRL 166.1 §:n mukaan rakennus ympäristöineen on pidettävä sellaisessa kunnossa, että se jatkuvasti täyttää terveellisyden, turvallisuuden ja käyttökelpoisuuden

Maankäyttö- ja rakennuslain tavoitteena olevalla kestävästä kehityksen edistämishänkeellä on niin ikään yhteys erityisesti turvallisuuden pidemmällä aikajänteellä, sen sisältäessä olennaisena osana tulevien sukupolvien mahdollisuudet hyvään elämään. Voidaan esittää, että kestävästä kehityksen tavoitteen kautta kaavojen tavoitteenasettelu tulisi ulottaa vielä edellä kuvatuakin pidemmälle.⁸ Monet kestävästä kehityksen elementit ovatkin sinänsä jo enemmän taikka vähemmän sisäänrakennettuina muihin, konkreettisempiin MRL:n tavoitteisiin. Tällaisia ovat esimerkiksi resurssitehokkuus ja sekä ilmastonmuutoksen hillitseminen että sen vaikutuksiin varautuminen ja sopeutuminen, jotka ovat ainakin välillisesti löydettävissä lain edellä kuvatuista tavoitteista. Näiden tavoitteiden toteuttamiseen tähtääviä maankäyttö- ja rakennuslain oikeudellisia rakenteita tarkastellaan jäljempänä.

Rakentamisen ohjausjärjestelmällä (joka sisältää muun ohella rakentamisen lupamenettelyt, rakennusaikaisen ja rakennusten käytönaikaisen valvonnan ja erilaiset näihin liittyvät rakennushankkeiden suunnittelua ja toteuttamista koskevat yleiset vaatimukset) on tietenkin niin ikään olennainen merkitys rakennetun ympäristön turvallisuuden näkökulmasta.⁹ Maankäytön suunnittelulla ja rakentamisen ohjauksella on myös kiinteä yhteys, kun rakentamisen ohjauksessa on kyse paljolti kaavojen toteuttamisesta ja kaavojen toteuttamisen valvonnasta. Myös rakentamisen ohjauksen piiriin kuuluvissa kysymyksissä on välttämätöntä ottaa huomioon muun muassa ilmastonmuutokseen liittyvät sään ääri-ilmiöt ja niiden asettamat vaatimukset rakentamiselle.¹⁰ Ilmastonmuutoksen hillinnän näkökulmasta rakennussektori muodostaa merkittävän osan energian loppukulutuksesta, mikä tarkoittaa että rakennusten energiatehokkuudella voidaan vaikuttaa merkittävästi hiilidioksidipäästöihin.¹¹ Tässä artikkelissa keskitytään kuitenkin pääasiassa maankäytön suunnittelujärjestelmän tarkasteluun

vaatimukset eikä aiheuta ympäristöhaittaa tai rumenna ympäristöä. MRL 167 §:ssä on muun ohella säädetty, että kevyen liikenteen väylät tulee säilyttää liikkumiselle esteettöminä ja turvallisina (MRL 167.2 §) ja että rakennusluvassa osoitetut ja hälytysajoneuvoja tai huoltoajoa varten tarkoitetut kulkuyhteydet tulee säilyttää ajokelpoisina (MRL 167.4 §). Rakennetun ympäristön turvallisuuteen liittyviä kunnossapitoa koskevia säännöksiä sisältyy tietenkin huomattavassa määrin myös muualle lainsäädäntöön, esimerkiksi pelastuslakiin (379/2011, PelastusL) ja lakiin kadun ja eräiden yleisten alueiden kunnossa- ja puhtaanapidosta (669/1978, KunnossapitoL).

⁸ Ks. kestävästä kehityksestä esim. Kumpula 2004, s. 117–122.

⁹ Tämä käy ilmi esimerkiksi siitä, että MRL 117 a-g §:ssä säädettyissä rakennuksen olennaisissa teknisissä vaatimuksissa on suurelta osin kyse nimenomaan turvallisuuteen liittyvistä kysymyksistä. MRL 117 a § koskee rakenteiden lujuutta ja vakautta, MRL 117 b § paloturvallisuutta, 117 c § terveellisyyttä ja 117 d § käyttöturvallisuutta.

¹⁰ Ilmastonmuutos lisää muun ohella monin eri tavoin rakennusten kosteusrasitusta, ks. esim. Maa- ja metsätalousministeriö 2011, s. 99–100.

¹¹ Ks. Bickerstaff – Hinton 2013, s. 361.

turvallisuuden näkökulmasta, vaikkakaan minkäänlaista tarkkaa rajaa maankäytön suunnittelun ja rakentamisen ohjauksen välille ei sinänsä pyritäkään tekemään.

1.2 Tutkimuskysymykset

Turvallisuutta, joka osoittautuu varsin moniulotteiseksi käsitteeksi, tarkastellaan artikkelissa pyrkien tunnistamaan sen kaikki ulottuvuudet, mutta erityistä huomiota kiinnitetään globaalien megatrendien aiheuttamien turvallisuushaasteiden tunnistamiseen. Näin siksi, että näiden globaalien megatrendien voidaan sanoa aiheuttavan tulevaisuudessa joko välittömästi taikka välillisten vaikutustensa kautta huomattavan osan turvallisuuteen kohdistuvista, osittain uusista, uhkista. Näitä, toisiinsa eri tavoin vaikuttavia megatrendejä ovat ainakin väestönkasvu, luonnonvarojen kasvava kulutus ja ympäristön pilaantuminen, ilmastonmuutos ja eliölaajien elinympäristöjen heikentyminen ja häviäminen, joka ihmisen näkökulmasta näkyy muun ohella niin kutsuttujen ekosysteemipalvelujen heikentymisenä.¹² Nämä muutokset eivät tietenkään ole ainoita ympäristössä ja yhteiskunnassa tapahtuvia, maankäytön suunnittelun näkökulmastakin relevantteja muutoksia, mutta ne muodostavat niistä merkittävimmän osan, joko välittömästi taikka välillisesti.¹³

Maankäytön suunnittelujärjestelmän suhdetta yllä kuvattuihin kysymyksiin tarkastellaan artikkelissa yleisellä tasolla. Tämän ohella arvioidaan suunnittelujärjestelmässä tapahtuneita muutoksia turvallisuuteen liitty-

¹² Ks. esim. Dalby 2009, s. 78–89; ks. myös Diamond 2005, s. 510–524. Maailman väkiluku jatkaa nopeaa kasvua ja globalisaation ja kaupungistumisen myötä myös kulutustottumukset esimerkiksi ruoan suhteen muuttuvat. Väestönkasvuun ja kulutuksen muutokseen vastaimiseksi ruoantuotantoa olisi lisättävä merkittävästi, ja sekä vedestä että viljelymaista on monin paikoin pulaa eikä niiden käyttöä ole mahdollista lisätä kestävästi. Esimerkiksi metsää raivataan maatalouden tieltä 300 neliökilometriä päivittäin. Sojamo – Keskinen – Kumu 2017, s. 115, 127. Ruoantuotannon käytössä onkin yli kolmannes maapallon maapinta-alasta. Vajaa neljännes maapinta-alasta on säästynyt merkittävilta ihmisaikutuksilta, mutta vuoteen 2050 mennessä tämän pinta-alan on arvioitu kutistuvan alle 10 prosenttiin. Maankäytön muutokset ja ympäristön pilaantuminen hävittävät ja heikentävät elinympäristöjä ja luonnon monimuotoisuutta, jotka nekin ovat uhkia ihmiskunnalle ja vaikuttavat haitallisesti muun muassa ruoantuotantoon. On arvioitu, että vuoteen 2050 mennessä elinympäristöjen heikentyminen yhdessä ilmastonmuutoksen kanssa lisää yhteiskunnallista epävakautta ja konflikteja, johtaa massapakolaisuuteen ja laskee viljelysmaiden tuotantokykyä. Niemelä – Kotiaho – von Weissenberg 2018, s. 1. Ilmastonmuutoksen voidaan sanoa lisäävän kaikkiin näihin kehityskulkuihin liittyviä haitallisia vaikutuksia ja uhkia.

¹³ Esimerkiksi sisäisen turvallisuuden strategiassa tunnistetaan neljä keskeistä globaalia megatrendiä: globaali keskinäisriippuvuus, teknologia, kestävyyskriisi ja demokratian heikkeneminen. Ks. Sisäministeriö 2017, s. 19–21.

vien yhteiskunnallisten intressien kannalta.¹⁴ Kyse on siten maankäytön suunnittelujärjestelmän tarkastelusta laajasti ymmärretyn turvallisuuden näkökulmasta.¹⁵ Paljolti on kyse siitä, minkälaisia turvallisuuteen liittyviä yhteiskunnallisia intressejä voidaan edistää maankäytön suunnittelun keinoin ja miten niitä voidaan maankäytön suunnittelulla edistää.

Itse maankäytön suunnittelujärjestelmää ja siihen perustuvaa päätöksentekoa on toisaalta tarkasteltava myös siitä näkökulmasta, minkälaisin mekanismein tämä järjestelmä sen tavoitteiksi asetettuja yleisiä etuja toteuttaa. Erityisesti on selvitettävä sitä, minkälaisia mahdollisia hidasteita taikka rajoituksia – jotka voivat olla enemmän taikka vähemmän perusteltuja – MRL:n järjestelmä sisältää sille asetettujen yhteiskunnallisten tavoitteiden saavuttamisen kannalta. Ilman tällaista tarkastelua kokonaiskuva MRL:n suunnittelujärjestelmän mahdollisuuksista tulevaisuuden turvallisuutta koskeviin haasteisiin vastaamisessa jää olennaisesti puutteelliseksi.

Tutkimuksessa onkin tarkasteltava turvallisuutta, maankäytön suunnittelujärjestelmää ja näitä yhdessä. Tutkimuskysymykset voidaan edellä sanotun perusteella määritellä seuraavasti:

1. Mitä turvallisuudella tarkoitetaan ja minkälaisia tasoja ja ulottuvuuksia siihen liittyy?
2. Miten tulevaisuuden keskeiset turvallisuushaasteet heijastuvat niihin vastaamiseen käytettäviin keinoihin?
3. Minkälaisin mekanismein maankäyttö- ja rakennuslaki toteuttaa sille asetettuja yhteiskunnallisia tavoitteita ja minkälaisia rajoitteita ja hidastevoimia tähän liittyy?
4. Minkälaisia mahdollisuuksia MRL:n suunnittelujärjestelmä tarjoaa turvallisuutta koskeviin haasteisiin vastaamiseksi?
5. Miltä MRL:n järjestelmään viime vuosina tehdyt muutokset näyttävät turvallisuuteen liittyvien intressien toteuttamisen näkökulmasta?

¹⁴ Turvallisuus on tietenkin mitä suurimmassa määrin samanaikaisesti myös yksityinen intressi (ja perus- ja ihmisoikeus). Ks. yleisistä ja yksityisistä eduista (ympäristö) oikeudellisina jäsenyskriteereinä Heinilä 2017, s. 72, laajemmin s. 49–75. Ympäristön laatuun liittyvät seikat käsitetään useimmiten nimenomaan yleisinä etuina, vaikka terveellinen ja turvallinen elinympäristö voidaan nähdä yhtä lailla yksityisenä intressinä tai jopa oikeutena. Ks. esim. Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytännön näkökulmasta Heiskanen 2018, s. 94–96. Euroopan ihmisoikeussopimus ei sinänsä sisällä eksplisiittistä oikeutta ympäristöön; ks. oikeudesta ympäristöön ja Euroopan ihmisoikeussopimuksesta Kumpula 2004, s. 73–76, 147–188.

Sama näkökulmaero tulee esiin myös tarkasteltaessa jäljempänä turvallisuuden eri käsitteitä: turvallisuudella on sekä yhteiskunnallinen että yksilöllinen ulottuvuutensa.

¹⁵ Turvallisuutta tarkastellaan tässä kirjoituksessa osin sekä oikeuden ulkoisesta näkökulmasta, muun ohella turvallisuutta koskevan yhteiskuntatieteellisen tutkimuksen käsitteistön kautta, että oikeusjärjestelmän sisäisestä näkökulmasta, pyrkien yhdistämään nämä näkökulmat.

Tutkimuskysymysten perusteella artikkelissa pyritään perustelevaan käsitykseen, että turvallisuuden painopiste on siirtynyt perinteisestä turvallisuuskäsityksestä entistä enemmän laajemman turvallisuuskäsityksen suuntaan. Tähän inhimilliseen turvallisuuteen kohdistuvat riskit ovat yhä useammin ympäristömuutoksiin liittyviä. Tämä merkitsee myös turvallisuuden tavoittelussa käytettävien välineiden painopisteen muutosta, ja maankäytön suunnittelu on kokonaisvaltaisena, sektorit ylittävänä maankäytön ohjauksena tärkeässä asemassa.

Maankäyttö- ja rakennuslain kokonaisuudistus on tätä kirjoitettaessa vireillä, ja on luontevaa tarkastella edellä kuvattuja kysymyksiä myös siitä näkökulmasta, nouseeko nykyisestä sääntelystä esiin sellaisia piirteitä, joiden muuttamiseen voisi olla sille asetettavien tavoitteiden näkökulmasta perusteita. Juuri lopullisen muotonsa saaneessa hallitusohjelmassa on todettu, että maankäyttö- ja rakennuslain uudistuksen päätavoitteita ovat hiilineutraali yhteiskunta, luonnon monimuotoisuuden vahvistaminen sekä rakentamisen laadun parantaminen ja digitalisaation edistäminen. Lisäksi on hallitusohjelman mukaan otettava huomioon yhdyskuntarakenteen sosiaalinen ja taloudellinen kestävyys. Edelleen hallitusohjelman mukaan ilmastonmuutoksen torjunta otetaan huomioon niin kaavoituksessa, rakentamisessa kuin rakennuskannan ylläpidossa; yhdyskuntarakenteen tulee tukea ilmastonmuutokseen sopeutumista sekä suosia kävelyä, pyöräilyä ja joukkoliikennettä erityisesti kaupunkiseuduilla.¹⁶ Myös muilta osin hallitusohjelman tavoitteet ovat ilmastonmuutoksen ja biodiversiteetin köyhtymisen suhteen erittäin kunnianhimoiset.¹⁷ Näihin tavoitteisiin pyrkiminen ja niiden saavuttaminen kuitenkin edellyttävät sitä, että ne myös muuntuvat tosiasiallisiksi välineiksi joilla niitä pyritään toteuttamaan. Jäljempänä tuodaan esiin käsitys, jonka mukaan maankäyttö- ja rakennuslain tämänhetkinen aineellinen sääntely ei välttämättä erityisen tehokkaasti toteuta sille asetettuja, aiemmin kuvattuja tavoitteita. Tämän artikkelin havainnot ovat siis sekä aineellisia että maankäyttö- ja rakennuslain järjestelmään liittyviä.

¹⁶ Valtioneuvosto 2019, s. 47.

¹⁷ Valtioneuvosto 2019, esim. s. 32–33.

2 TURVALLISUUDESTA

2.1 Turvallisuuden monet käsitteet

Turvallisuuden käsitteiden määrittely näyttää turvallisuuden tutkimusta koskevan kirjallisuuden perusteella vaikealta. Perusmerkitykseltään turvallisuus voitaneen kuitenkin määritellä uhkan tai huolen puuttumiseksi.¹⁸ Jos huoli ymmärretään subjektiiviseksi kokemukseksi tai tunteeksi (ja huolen puute turvallisuudentunteeksi), voidaan puhua *subjektiivisesta* turvallisuudesta. Voitaneen kuitenkin sanoa, ettei yksinomaan huolen puuttuminen vielä merkitse turvallisuutta, koska huolen puuttuminen voi olla myös enemmän taikka vähemmän perusteetonta. *Objektiivisella* turvallisuudella viitataan nimenomaan näiden uhkien tosiasialliseen puuttumiseen.¹⁹ Turvallisuus ei kuitenkaan ole joko/tai-kysymys vaan turvallisuus on suhteellista: sitä on enemmän taikka vähemmän, se vaihtelee riippuen siitä minkä tahon turvallisuutta ja minkälaisia uhkia tarkastellaan ja turvallisuuden määrästä voidaan esittää erilaisia väitteitä.²⁰ Ja kun uhkia ei voida kokonaan poistaa, turvallisuudessa ja sitä koskevassa keskustelussa ja päätöksenteossa kyse on paljolti siitä, miten erilaisiin uhiin voidaan vaikuttaa. Kyse on ollut paljolti pyrkimyksestä uhkien *hallintaan*.²¹ Turvallisuus onkin siirtynyt perimmiltään yksilötason kysymyksestä yhteiskunnallisen ja 1900-luvulla erityisesti valtiollisen tason kysymykseksi.²²

Turvallisuudella on siis erilaisia tasoja ja ulottuvuuksia ja turvaamisen kohteet, uhkat ja toimijat vaihtelevat. Turvallisuus saakin erilaisia merkityksiä eri konteksteissa, ja turvallisuuskäsityksiä ja näkökulmia turvallisuuden on näin ollen monia.²³ Turvallisuuden tutkimus voikin olla ainoastaan

¹⁸ Zedner 2009, s. 9, 14; Hall 2013, s. 337.

¹⁹ Ks. Laitinen 1999, s. 98, 100, Silvasti 2017, s. 265, 270; Zedner 2009, s. 14–19.

²⁰ Laitinen 1999, s. 110–111.

²¹ Laitinen 1999, s. 95–96, 98. Esim. valtioneuvoston periaatepäätöksessä kokonaisturvallisuudesta tämä kokonaisturvallisuus on määritelty tavoitetilaksi, jossa valtion itenäisyyteen, väestön elinmahdollisuuksiin ja muihin yhteiskunnan elintärkeisiin toimintoihin kohdistuvat uhkat ovat *hallittavissa*. Puhutaan myös ilmastonmuutoksen *hallinnasta* synonyyminä ilmastonmuutokseen sopeutumiselle; tällöinkin kyse on paljolti erilaisiin sen aiheuttamiin uhiin varautumisesta. Toisaalta jälkimodernissa turvallisuudentutkimuksessa on kyseenalaistettu se, missä määrin tällainen hallinta on mahdollista. Myös tämä hallinta on siten suhteellista ja epävarmaa. Laitinen 1999, esim. s. 95.

²² Silvasti 2017, s. 265; Laitinen 1999, s. 98. Nämä turvallisuuden tasot ovat tietenkin eri tavoin yhteydessä toisiinsa, mutta esimerkiksi valtion olemassaolon turvaaminen voi edellyttää yksilöiden uhraamista; Silvasti 2017, s. 287.

²³ Zedner 2009, s. 9–14, Silvasti 2017, s. 271, 273, 275, ks. myös Juntunen 2014, s. 17 ja Koskela 2009, s. 103. Esim. Cochrane ja Talbot (2008, s. 2) mainitsevat turvallisuus- ulottuvuuksista emotionaalisen turvallisuuden, taloudellisen turvallisuuden, sosiaalisen

monitieteistä, koska se on käsitteenä moniulotteinen ja sen määritelmät ja erilaiset alakäsitteet ovat kontekstisidonnaisia ja suhteellisia.²⁴

Turvallisuus on myös kiistanalainen käsite, joka saa erilaisia merkityksiä tulkitsijasta, ajasta ja paikasta riippuen.²⁵ Vaikka lähtökohtaisesti turvallisuus mielletään hyvin tärkeäksi intressiksi – ja se on sellaisenaan myös poliittisesti ja retorisesti hyödynnettävissä²⁶ – siihen liittyy myös ongelmallisia kysymyksiä. Turvallisuuden merkityksen yhteiskunnassa voidaan sanoa kasvaneen ja pyrkimys turvallisuuteen voi synnyttää myös ongelmia. Turvallisuuden maksimoinnin nimissä tehdyt toimenpiteet voivat toisesta näkökulmasta myös synnyttää turvattomuutta.²⁷

Turvallisuuskäsitykset jaetaan tavallisesti perinteiseen, kapeaan turvallisuuskäsitykseen ja toisaalta laajaan turvallisuuskäsitykseen. Perinteisessä, *kansalliseksi* tai valtiolliseksi luonnehdittavassa turvallisuuskäsityksessä kyse on lähinnä *valtion ulkoisesta ja sisäisestä turvallisuudesta*. Tällä turvallisuuskäsityksellä on kiinteä yhteys valtion perinteisiin tehtäviin, ja nämä valtion tehtävät liittyvät kansallisen vapauden, alueellisen koskemattomuuden ja itsenäisyyden suojaamiseen ja sisäisen järjestyksen ylläpitämiseen sekä kansalaisten fyysisen koskemattomuuden ja oikeuksien suojaamiseen.²⁸ Vaikka tätä turvallisuuskäsitelmää kutsutaan perinteiseksi, turvallisuuden muotoutumista nimenomaan valtiollisen tason kysymykseksi on siis kuitenkin pidetty erityisesti viime vuosisadan kehityskulkuna.²⁹

Tämä edelleen kansainvälisissä suhteissa ja politiikassa vahvasti vaikuttava turvallisuuskäsitys on kuitenkin haastettu erityisesti sillä perusteella, että yksilöiden turvallisuutta koskevat uhat liittyvät paljon useammin

turvallisuuden, henkilökohtaisen turvallisuuden, terveydellisen turvallisuuden, kodin turvallisuuden, asumisturvallisuuden, resurssiturvallisuuden, kansallisen turvallisuuden ja ympäristöturvallisuuden, todeten, ettei luettelo ole tyhjentävä. On huomattava, että turvallisuuden ulottuvuuksia voidaan luokitella eri tavoin, esimerkiksi edellä mainittu resurssiturvallisuus kattaa esimerkiksi vesi-, ruoka- ja energiaturvallisuuden. Monet yllä mainituista turvallisuuskäsitelmistä sisältyvät jäljempänä käsiteltävään inhimilliseen turvallisuuteen.

²⁴ Niemelä–Lahikainen 2000, s. 10; Virta 2007, s. 121–122; Lonka 2016, s. 34. Jäljempänä mainittujen turvallisuuden käsitteiden ohella on puhuttu myös esimerkiksi yhteiskunnan tai yhteiskunnallisesta turvallisuudesta ja kansalaisturvallisuudesta; ks. Kekki 2014, s. 16, 20.

²⁵ Zedner 2009, s. 9; Juntunen 2014, s. 17; Dalby 2009, s. 46.

²⁶ Esim. McDonald 2008, s. 75–77. Yleisemmin riskeistä hallinnan välineinä esim. Lupton 1999, s. 84–103, riskiyhteiskunnasta tiivistetysti esim. Beck 2007, s. 6–9; Macnaghten 2006, s. 132–133, Lupton 1999, s. 58–72.

²⁷ Koskela 2009, esim. s. 13–25; Dalby 2009, s. 46–49; ks. myös Laitinen 1999, s. 110.

²⁸ Niemelä 2000, s. 26; McDonald 2008, s. 48–49; ks. myös Virta 2007, s. 116–118.

²⁹ Laitinen 1999, s. 101, 116, Silvasti 2017, s. 265. Laitinen (mt., s. 101) toteaa, että ”1900-luvun turvallisuus kapeudessaan on itse asiassa oman aikansa, kylmän sodan, tuote, ja siten pikemminkin poikkeus kuin sääntö”. Ks. myös esim. Zedner 2009, s. 36–39.

muihin syihin kuin valtioiden välisiin konflikteihin.³⁰ Kansallisen turvallisuuden näkökulma on siten riittämätön. Laajan turvallisuuskäsityksen mukaan turvallisuus liittyykin kaikkiin ihmisen elämänalueisiin, ja sitä on hahmotettava inhimillisen elämän alueita jäsentämällä.³¹ Tällaisesta laajasta turvallisuuskäsitteestä käytetään käsitettä *inhimillinen turvallisuus* ja se sisältää suuren joukon ulottuvuuksia, kuten esimerkiksi talouteen, toimeentuloon, ravintoon ja terveyteen liittyvän turvallisuuden, ympäristöturvallisuuden (sekä luonnon että rakennetun ympäristön osalta), henkilökohtaisen turvallisuuden (fyysinen ja henkinen koskemattomuus) sekä yhteisöjen ja poliittisen turvallisuuden. Siihen liittyvät ja sisältyvät sekä erilaiset etäisemmät globaalit turvallisuutta uhkaavat tekijät (kuten globaalit ympäristöongelmat) että läheisemmät turvallisuutta tai turvattomuutta luovat tekijät (kuten ihmissuhteet). Inhimillisen turvallisuuden näkökulmassa huomion kohteena ovat myös uhkien keskinäiset seuraussuhteet ja riskien kasautuminen.³² Kyse on turvallisuudesta *yksilön* näkökulmasta kansallisten valtioiden sijaan³³, vaikka inhimillistä turvallisuutta tarkastellaan samalla objektiivisena ja yhteiskunnallisena kysymyksenä. Tämän turvallisuuden laajentumisen on kuvattu tapahtuneen erityisesti viime vuosituhaten loppua kohti varsinkin kylmän sodan päättymisen jälkeen, vaikka se voidaankin nähdä ehkä myös tietynlaisena paluuna turvallisuuden alkulähteille.³⁴ Inhimillisen turvallisuuden käsite tunnistaa uhkiksi huomattavasti laajemman joukon ilmiöitä kuin perinteinen, valtiollisen turvallisuuden näkökulma.³⁵

Valtiollisen turvallisuuden ja yksilökeskeisen turvallisuuden näkökulmat voivat olla jännitteisessä suhteessa. Esimerkkinä voidaan mainita kansalaisten perusoikeuksien rajoittaminen kansallisen turvallisuuden nimissä. Kansainvälisiä esimerkkejä varsin pitkälle menevistäkin rajoituksista on runsaasti³⁶, mutta Suomessakin on vastikään muutettu perustuslain

³⁰ MacDonald 2008, s. 49, jossa huomautetaan (mp.) myös, että valtiot yhä useammin ovat globaalilla tasolla tarkasteltuna kykenemättömiä huolehtimaan kansalaisten hyvinvoinnista ja turvallisuudesta, ja valtio saattaa olla jopa suorainen uhka kansalaistensa turvallisuudelle.

³¹ Niemelä – Lahikainen 2000, s. 10–11; laajemmin turvallisuuden inhimillisistä ulottuvuuksista Niemelä 2000, s. 25–36.

³² Niemelä 2000, s. 25, Kekki 2014, s. 16–17, Zedner 2009, s. 39–44.

³³ YK:n kehitysohjelman raportissa vuonna 1994 todettiin: ”The concept of security has for too long been interpreted narrowly: as security of territory from external aggression, or as protection of national interests in foreign policy or as global security from the threat of a nuclear holocaust. It has been related more to nation-states than to people.” UNDP 1994, s. 22.

³⁴ Ks. Silvasti 2017, s. 266, Hall 2013, s. 337.

³⁵ Zedner 2009, s. 42; ks. myös McDonlad 2008, s. 48–49.

³⁶ Ks. esim. Denney 2005, s. 141–144.

(731/1999, PL) yksityiselämän suojaa koskevaa 10 §:ää. Uuden PL 10.4 §:n, johon on koottu luottamuksellisen viestin salaisuuden rajoittamista koskeva sääntely, mukaan lailla voidaan säätää välttämättömistä rajoituksista viestin salaisuuteen yksilön tai *yhteiskunnan turvallisuutta* taikka kotirauhaa vaarantavien rikosten torjunnassa, oikeudenkäynnissä, turvallisuustarkastuksessa ja vapaudenmenetyksen aikana sekä tiedon hankkimiseksi sotilaallisesta toiminnasta taikka sellaisesta muusta toiminnasta, joka vakavasti uhkaa *kansallista turvallisuutta*. Näistä nimenomaan kansallisen turvallisuuden nimissä tapahtuva tiedon hankkiminen on uusi luottamuksellisen viestin salaisuuden rajoittamisperuste, ja se liittyy uuden sotilas- ja siviilitiedustelulainsäädännön säätämiseen.³⁷ Yksilön perusoikeuden rajoituksen perusteena ovat nimenomaan valtiolliseen turvallisuuteen liittyvät kysymykset. Sekä yhteiskunnan turvallisuuden että kansallisen turvallisuuden käsitteiden voidaan arvioida liittyvän sekä sisäiseen että ulkoiseen turvallisuuteen, vaikka kansallisessa turvallisuudessa painopiste on hieman enemmän ulkoisessa turvallisuudessa.³⁸ Valtiollinen näkökulma käy ilmi siitä, että hallituksen esityksen mukaan ilmaisu kansallinen turvallisuus tarkoittaa sitä, ettei säännöksessä tarkoitettu uhkaava toiminta kohdistuisi ensisijaisesti kehenkään yksilönä vaan yleisemmin yhteiskuntaan ja sen ihmisyyhteisöön.³⁹

Kansainvälisissä suhteissakin turvallisuuden käsite on laajentunut, muun ohella ja ehkä erityisestikin ympäristökysymysten vaikutuksesta. Edellä inhimillisen turvallisuuden osaksi mainitulla *ympäristöturvallisuudella*

³⁷ Ks. HE 198/2017 vp, s. 29–32, PeVM 4/2018 vp, s. 2–5.

³⁸ Kansallista turvallisuutta vakavasti uhkaavalla toiminnalla tarkoitetaan esitöiden mukaan säännöksessä kansanvaltaista valtio- ja yhteiskuntajärjestystä, yhteiskunnan perustoimintoja, suuren ihmismäärän henkeä tai terveyttä tai kansainvälistä rauhaa ja turvallisuutta uhkaavaa toimintaa. Edellytyksenä olisi se, että toiminnalla olisi jokin kytkentä Suomeen ja että se uhkasi nimenomaan Suomen kansallista turvallisuutta, vaikka toiminta voisikin maantieteellisesti tapahtua Suomen rajojen ulkopuolella. Kyse voisi olla esimerkiksi Suomen kansallista turvallisuutta vakavasti uhkaavasta terrorismiin liittyvästä toiminnasta, väkivaltaisesta radikalisoitumisesta tai ulkomaisten tiedustelupalvelujen toiminnasta taikka Suomen turvallisuuden kannalta keskeisen valtion levottomuuksista. PeVM 4/2018 vp, s. 8, ks. HE 198/2017 vp, s. 36. PL 10.4 §:ssä tarkoitettujen yksilön tai yhteiskunnan turvallisuutta vaarantavien rikosten piiriin kuuluvat hallituksen esityksen mukaan (HE 309/1993 vp, s. 54) esimerkiksi huumausainerikokset, törkeät väkivaltarikokset sekä maan- ja valtiopetosrikokset. Ks. säännöksen tulkinnasta Viljanen 2011, s. 407–410.

³⁹ HE 198/2017 vp, s. 36, jossa todetaan toisaalta, että kuitenkin myös esimerkiksi yksityishenkilöihin kohdistuvat väkivallanteot voisivat olla säännöksessä tarkoitettua toimintaa, jos ne laajuudeltaan tai merkitykseltään olisivat kansallisen turvallisuuden kannalta merkittäviä ja voisivat siten muodostaa vakavan uhan sille. Hallituksen esityksen mukaan on selvää, että esimerkiksi valtiojohtoon tai yhteiskunnan perustoiminnoista huolehtiviin henkilöihin samoin kuin heidän turvallisuusjärjestelyistään vastaaviin kohdistuvat uhat voivat muodostaa vakavan uhan kansalliselle turvallisuudelle.

viitataan laajaan turvallisuuden ulottuvuuteen, jossa tarkastellaan erityisesti ihmisen toiminnasta johtuvasta ympäristön tilan ja laadun heikentymisestä esiin nousseita ja nousevia uhkia, jotka uhkaavat ihmisten hyvinvointia ja viime kädessä olemassaoloa.⁴⁰ Ihmisen toiminta tuottaa merkittävässä määrin päästöjä ja jätettä, ilmastollisia muutoksia, elinympäristöjen vähenemistä ja heikkenemistä sekä pulaa muun ohella raaka-aineista, puhtaasta vedestä ja ruuasta. Nämä luovat yhdessä ja erikseen olosuhteita, joissa yksilöt, alueet ja myös valtiot joutuvat alttiiksi erilaisille turvallisuusuhkille. Ympäristöongelmat synnyttävät samalla perusteita myös konflikteille.⁴¹ Ympäristöturvallisuuden näkökulma poikkeaa näin väistämättä perinteisestä valtiokeskeisestä turvallisuuskäsityksestä.⁴² Ympäristöturvallisuuden näkökulma ei siis kuitenkaan ole erillinen inhimillisestä turvallisuudesta, vaan globaaleissa ympäristöongelmissa on kyse sosioekologisesta kysymyksestä, jossa ekologinen ja sosiaalinen kietoutuvat monin tavoin yhteen ja jossa on löydettävä uusia ratkaisumalleja sekä ihmisen että luonnon selviytymiseen.⁴³ Ihminen ja ihmisen perustarpeiden, kuten esimerkiksi ravinnon ja veden saannin, tyydyttäminen on täysin riippuvaista ympäristöstä eikä esimerkiksi valtiollisilla rajoilla ole tästä näkökulmasta merkitystä.⁴⁴ Esimerkiksi ilmastonmuutos synnyttää sekä suoria uhkia inhimilliselle turvallisuudelle (myrskyt, tulvat, kuivuus, helleaallot) että epäsuoria, hitaasti realisoituvia uhkia esimerkiksi ruoka- ja vesiturvallisuudelle.⁴⁵

Ilmastoturvallisuus voidaan mieltää ympäristöturvallisuuden osatekijäksi. Ilmastonmuutos onkin ympäristöturvallisuuden ehkä keskeisin yksittäinen kysymys, vaikka se kietoutuu yhteen ja vaikuttaa yhdessä muiden ympäristöturvallisuuteen liittyvien tekijöiden kanssa. Esimerkiksi väestönkasvu ja elintason nousu jo sinänsä aiheuttavat niukkuutta luonnonvaroista, mutta ilmastonmuutos ja esimerkiksi siihen liittyvät sään ääri-ilmiöt kasvattavat osaltaan ongelmia.⁴⁶ *Hakalan* mukaan ilmastonmuutoksen ymmärtäminen turvallisuuskysymykseksi on Suomessa ollut hidasta ja ilmastonmuutoksen

⁴⁰ Laitinen 1999, s. 13, 228–229. On todettu, että ihmiskunnasta on tullut luonnonvoimia vastaava tekijä, joka kykenee omalla toiminnallaan järkyttämään luonnonjärjestelmien toimintakykyä. Ks. Dalby 2009, s. 96–99, Räikkönen 2016, s. 21.

⁴¹ Laitinen 1999, s. 229–230.

⁴² Mt., s. 318–319. Laitinen esittääkin väitöskirjansa johtopäätöksenä kestävän turvallisuuden idean, joka irrottautuu monin tavoin perinteisestä ajattelusta ja jossa ympäristöllä on keskeinen rooli sen edustaessa monialaisesti kaikille välttämätöntä ulottuvuutta; mt., s. 320–322.

⁴³ Räikkönen 2016, s. 19, laajemmin s. 19–23;

⁴⁴ Valtiollisten rajojen ja nationalismien voidaan tästä näkökulmasta katsoa tuottavan pikemminkin ongelmia, ks. esim. Beck 2007, s. 161–166.

⁴⁵ Scheffran – Remling 2013, s. 140.

⁴⁶ Denney 2005, s. 165, Dalby 2013, s. 30–32.

on katsottu olevan lähinnä kansainvälisen politiikan kysymys. Kansallisella tasolla huoli ilmastonmuutokseen liittyvistä turvallisuuskysymyksistä on jäänyt taloudellisten intressien varjoon.⁴⁷

Globalisoituvassa maailmassa yhä useammat asiat, kuten ympäristöön ja talouteen liittyvät kysymykset, tuottavat siis vastaavanlaisen hallinnan tarpeen kuin perinteisen turvallisuuden sodan ja rauhan kysymykset. Turvallisuutta ei enää takaakaan pelkästään se, ettei aseellisia konflikteja ole, kun uudenlaisia turvallisuusuuhkia on syntynyt nimenomaan ihmisen toiminnan seurauksena.⁴⁸ Näin turvallisuuskysymysten ala on laajentunut horisontaalisesti samalla kun se on laajentunut valtiollisesta kysymyksestä vertikaalisesti yhäältä yhteis- ja yksilötasolle ja ylikansalliseksi kysymykseksi.⁴⁹ Merkittävimpiin turvallisuuskysymyksiin vastaaminen voikin edellyttää aivan toisenlaisia keinoja kuin aiemmin on tavattu ajatella.

Suomalaisissa viranomaisyhteyksissä käytetään niin ikään useampia turvallisuuden käsitteitä, joissa näkyy turvallisuuskäsitysten laajentuminen, vaikka niiden juuret ovat varsin syvällä perinteisessä turvallisuuskäsityksessä. Sisäisellä turvallisuudella tarkoitetaan valtioneuvoston sisäisen turvallisuuden strategiassa ”niitä yhteiskunnan ominaisuuksia, joiden johdosta väestö voi nauttia oikeusjärjestelmän takaamista oikeuksista ja vapauksista ilman rikollisuudesta, häiriöistä, onnettomuuksista ja kansallisista tai kansainvälisistä ilmiöistä johtuvaa pelkoa tai turvattomuutta”. Käsitteen on päätöksessä mainittu laajentuneen alkujaan vain yleisen järjestyksen ja turvallisuuden ylläpitämisestä kattamaan uhkien torjunnan lisäksi yksilöiden ja yhteisöjen mahdollisuudet nauttia kaikista perus- ja ihmisoikeuksistaan.⁵⁰ Lähestymistavan muutos näkyy esimerkiksi sisäisen

⁴⁷ Ks. esim. Hakala 2016, erit. s. 3–4.

⁴⁸ Mm. Dalby (2009, esim. s. 2) on viitannut siihen, että sotilaallisilla toimenpiteillä ei ole tällaisten uhkien näkökulmasta kohdetta, kun uhkat ovat itse aiheutettuja.

⁴⁹ Laitinen 1999, s. 102–103, 113.

⁵⁰ Sisäministeriö 2017, s. 10–11. Perusoikeudet kattavat perinteisten vapausoikeuksien ohella myös taloudellisia, sosiaalisia ja sivistyksellisiä oikeuksia (TSS-oikeuksia) sekä yhteisöllisiä ja kollektiivisia oikeuksia ja ympäristöön liittyviä oikeuksia. Ks. Hallberg 2011, s. 39–40; Karapuu 2011, s. 71–75. On myös puhuttu turvallisuus-oikeuksista, viitaten lähinnä TSS-oikeuksiin, ks. Niemelä 2000, s. 22–23.

Suomen perustuslain (731/1999, PL) 7.1 §:n mukaan jokaisella on oikeus elämään sekä henkilökohtaiseen vapauteen, koskemattomuuteen ja turvallisuuteen. Turvallisuus on siten myös itsessään perusoikeus. Ks. säännöksestä Pellonpää 2011, s. 281–301, henkilökohtaisesta turvallisuudesta s. 285–286. Henkilökohtaisen turvallisuuden osalta perusoikeussäännös korostaa julkisen vallan positiivisia toimintavelvoitteita yhteiskunnan jäsenten suojaamiseksi rikoksilta ja muilta heihin kohdistuvilta oikeudenvastaisilta teoilta, olivatpa niiden tekijät julkisen vallan käyttäjiä taikka yksityisiä tahoja. Säännös vastaa kansainvälisiä ihmisoikeussopimuksia. HE 309/1993 vp, s. 47. Turvallisuutta olisi näin mahdollista tarkastella myös valtiosääntöisenä kysymyksenä sekä yksittäisen perusoikeuden että koko perusoikeusjärjestelmän tasolla.

turvallisuuden ohjausta koskevassa toimenpidekokonaisuudessa, jonka tavoitteenasettelussa on todettu, että monimutkaistuva turvallisuusympäristö, uudet turvallisuushaasteet ja niiden juurisyyt eivät noudata vanhoja hallinnonalojen rajoja. Suuri osa ongelmista edellyttää useiden hallinnonalojen samanaikaisia ja yhteen sovitettuja toimia, jotta niihin voidaan vastata yhteiskunnan kannalta kustannustehokkaasti.⁵¹ Voidaan sanoa, että kaikki perusoikeudet liittyvät inhimilliseen turvallisuuteen ja turvaavat sen eri elementtejä. Näin ollen muun ohella sisäisen turvallisuuden ala muodostuu niiden kautta tarkasteltunakin lähtökohtaisesti hyvin laajaksi.⁵²

Oikeudellinen turvallisuus on yksi keskeinen sisäisen ja inhimillisen turvallisuuden elementti. Yhteiskunnan turvallisuusstrategian mukaan ”[v]äestön oikeusturvasta ja perustuslain suomista oikeuksista huolehditaan kaikissa tilanteissa turvaamalla riippumaton oikeuslaitos ja oikeusvaltioperiaate. Tämä vahvistaa ja kasvattaa turvallisuuden tunnetta ja luottamusta viranomaisiin.”⁵³ Oikeusvaltioperiaate, jota kutsutaan myös hallinnon lainalaisuusperiaatteeksi edellyttää, että viranomaisten tehtävien ja toimivallan on perustuttava aina viime kädessä eduskuntalakiin ja että viranomaiset noudattavat toiminnassaan lakia.⁵⁴ Kun viranomaisten toiminnassa on kyse vallan käytöstä, on olennaisen tärkeää että tuon vallan käytön kohteet voivat luottaa siihen, että viranomaisten toiminta ei ole mielivaltaista, heidän perusoikeuksiaan ei loukata ja että heidän kannaltaan tärkeät viranomaisten ratkaisut eivät ole oikeudellisen kontrollin ulottumattomissa.

Kuten edellä todettiin, valtiollisen ja yksilöllisen turvallisuuden näkökulmat voivat olla jännitteisessä suhteessa. Tämä heijastuu myös perusoikeusjärjestelmään, jossa esimerkiksi aiemmin kuvatulla tavalla on punnittu yksilön perusoikeuksien suhdetta yhteiskunnalliseen ja kansalliseen turvallisuuteen. Esimerkiksi kansallisen turvallisuuden voimakas painottaminen perusoikeuksien kustannuksella on omiaan heikentämään oikeudellista ja inhimillistä turvallisuutta. Valtion turvallisuuden lisääminen voi siten sa-

⁵¹ Sisäasiainministeriö 2017, s. 44.

⁵² Tästä huolimatta voitaneen arvioida, ettei esimerkiksi sisäisen turvallisuuden käsite lähtökohtaisesti kata kaikkea inhimillisen turvallisuuden alaan sisältyvää, kuten esimerkiksi ihmissuhteiden luomaa turvallisuutta. Toisaalta yhteiskunnan tason toimenpitein on mahdollista monin tavoin edistää myös sosiaaliin verkostoihin liittyvää turvallisuutta; ks. esim. Niemelä 2000, s. 31.

⁵³ Valtioneuvoston periaatepäätös 2017, s. 19.

⁵⁴ Oikeusvaltioperiaate lainalaisuusperiaatteen merkityksessä ei yksin vielä riitä määrittelemään oikeusvaltion riittäviä ja välttämättömiä ehtoja, vaan oikeusvaltioon kuuluvat lainalaisuusperiaatteen ohella sen välttämättöminä rakenneosina ainakin perusoikeudet ja riittävä oikeussuojajärjestelmä. Ks. esim. Heinilä 2017, s. 83–84 ja siinä viitattu. Voisikin olla perusteltua puhua pikemminkin monikossa oikeusvaltioperiaatteista.

malla heikentää sen kansalaisten turvallisuutta, mikäli näiden näkökulmien punninta ei ole tasapainoista ja kaikki ulottuvuudet huomioivia.

Kokonaisturvallisuus puolestaan on yhteiskunnan turvallisuusstrategian mukaan tila, jossa yhteiskunnan elintärkeisiin toimintoihin kohdistuviin uhkiiin ja riskeihin on varauduttu.⁵⁵ Valtioneuvoston periaatepäätöksessä kokonaisturvallisuudesta se on määritelty tavoitetilaksi, jossa valtion itsenäisyyteen, väestön elinmahdollisuuksiin ja muihin yhteiskunnan elintärkeisiin toimintoihin kohdistuvat uhkat ovat hallittavissa. Periaatepäätöksen mukaisiin turvaamisen toimiin kuuluvat uhkiiin varautuminen, häiriötilanteiden ja poikkeusolojen hallinta sekä niistä toipuminen. Päätöksen mukaan kokonaisturvallisuuden käsite pohjautuu laajaan turvallisuuskäsitykseen, johon sisältyvät kaikki sellaiset turvallisuuskysymykset, joihin liittyvät uhkat voivat aiheuttaa merkittävää haittaa tai vaaraa Suomelle ja sen väestölle. Kokonaisturvallisuus kuvaa valtionhallinnon määrittämien yhteiskunnan elintärkeiden toimintojen turvaamiseen liittyviä periaatteita.⁵⁶ Elintärkeät toiminnot sisältävät muun ohella kuljetuksiin, vesihuoltoon, elintarvikehuoltoon, jätehuoltoon, energiantuotantoon ja sosiaali-, terveys ja koulutuspalveluihin liittyvän infrastruktuurin.⁵⁷ Elintärkeät toiminnot kuvaavat päätöksen mukaan varautumisen kohteiden laaja-alaisuutta ja poikkisektoraalisuutta. Yhteiskuntaan kohdistuvia uhkia on päätöksessä kuvattu dynaamisiksi, rajat ylittäviksi ja muuntuviksi ja uhkien tunnistaminen ja niiden vaikuttavuuden arviointi on osoittautunut vaikeaksi.⁵⁸ Kokonaisturvallisuus on siis tila jota tavoitellaan ja jossa näihin uhkiiin on välineitä vastata. Määritelmästä voidaan havaita, että ajallisesti se kattaa häiriötilanteisiin varautumisen, niissä toimimisen ja niistä palautumisen. Tämä on paljolti perinteisen turvallisuuspolitiikan ja siihen liittyvän viranomaistoiminnan kenttä, vaikka siihen liittyvätkin aiempaa enemmän myös ennaltaehkäisyä koskevat kysymykset normaalioloissa. Kokonaisturvallisuuden näkökulma onkin nimenomaan perinteisen valtiokeskeinen.⁵⁹

⁵⁵ Valtioneuvoston periaatepäätös 2017, s. 93.

⁵⁶ Valtioneuvoston periaatepäätös 2012, s. 7.

⁵⁷ Valtioneuvoston periaatepäätös 2017, s. 21–22. Yhteiskunnan elintärkeä toiminto on määritelty valtioneuvoston periaatepäätöksessä toiminnoksi, joka on välttämätön yhteiskunnan toimivuuden kannalta. Yhteiskunnan elintärkeitä toimintoja ovat periaatepäätöksen mukaan johtaminen, kansainvälinen toiminta, puolustuskyky, sisäinen turvallisuus, talous, infrastruktuuri ja huoltovarmuus, väestön toimintakyky ja palvelut sekä henkinen kriisinkestävyys. Mt., s. 93.

⁵⁸ Mt., s. 6.

⁵⁹ Silvestin mukaan kokonaisturvallisuuden käsitteen etymologinen tausta on aiemmassa kokonaismaanpuolustuksen käsitteessä, jonka se korvasi: ”[k]un turvallisuusympäristö muuttui, tehtiin yksinkertainen kielellinen ’manööveri’ ja kokonaismaanpuolustus korvattiin kokonaisturvallisuuden käsitteellä.” Kokonaismaanpuolustukseen sisältyivät sotilaallisen

Olennaista nykyisissä turvallisuutta koskevista käsityksissä ja niiden muutoksessa on joka tapauksessa turvallisuuden moniulotteisuuden ja sen ulottuvuuksien vuorovaikutuksen tunnistaminen. Turvallisuuden eri sektorit ovat erottamaton osa turvallisuuden kokonaisuutta ja ne ovat moninaisissa riippuvuussuhteissa toisiinsa. Esimerkiksi yksilötason (subjektiivisella) turvallisuudella on yhteys yhteisötason (objektiiviseen) turvallisuuteen ja merkitys sen kannalta. Viranomaisten turvallisuusstrategioissa perusasetelma kuitenkin edelleen paljolti on, että turvallisuudessa on kyse tilapäisiin häiriötilanteisiin varautumisesta ja niiden aikana toimimisesta. Tämä on sinänsä perusteltua, koska varautumista, häiriötilannetoimintaa ja niistä palautumista koskien väistämättä tarvitaan suunnitelmia ja toimintamalleja.

Ympäristöä koskeva turvallisuuden tutkimus kuitenkin lähtee pikemminkin ajatuksesta, että ympäristöongelmissa on kyse väistämättömistä, globaaleista ja pysyvistä erilaisia turvallisuussuhkia aiheuttavista muutoksista. Näin on esitetty, että ympäristö tulisi asettaa turvallisuusajattelun keskiöön pikemmin kuin sen yhdeksi, enemmän taikka vähemmän kapeaksi sektoriksi.⁶⁰ Toisaalta on samalla tunnistettava turvallisuuden moniulotteisuus ja vuorovaikutussuhteet, eikä pyrkä redusoimaan turvallisuutta myöskään yksinomaan ympäristönäkökulmaan.⁶¹ Ajallisesta perspektiivistä tarkasteltuna globaaleihin megatrendeihin liittyvät (ympäristö)turvallisuuskysymykset kuitenkin voivat merkitä sitä, että häiriötilanteiden ja normaalitilan välinen rajanveto ylipäättään hämärtyy.⁶² Nykyajan uhkat ovat avoimia ja ajallisesti määrittämättömiä pikemmin kuin jotakin, josta on mahdollista palata normaalitilaan.⁶³ Samalla tämä merkitsee, että näihin kysymyksiin tulee – turvallisuusstrategioissakin tarkoitettuilla tavoin – vastata entistä selvemmin kaikilla yhteiskuntapolitiikan sektoreilla pelkän varautumisen sijasta.⁶⁴

maanpuolustuksen ohella myös varautumisen muut sektorit kuten esimerkiksi huoltovarmuus ja väestönsuojelu, ja käsitteen sisältö vakiintui käyttöön nimenomaan valtiojohtoisen varautumisen viitekehyksessä. Silvasti 2017, s. 284.

⁶⁰ Ks. Laitinen 1999, esim. s. 318–319; Räikkönen 2016, esim. s. 19–23.

⁶¹ Hakala 2016, s. 5.

⁶² On tietenkin sopimuksenvaraista, missä määrin mitään stabiilia normaalitilaa on koskaan olemassakaan, kun muutos on jatkuvaa. Ks. Laitinen 1999, s. 95.

⁶³ Ks. esim. Lupton 1999, s. 62.

⁶⁴ Esimerkiksi kansallisen ilmastonmuutoksen sopeutumissuunnitelman 2022 toimeenpanon väliarvioinnissa todetaan, että ”ilmastonmuutoksen vaikutusten poikkihallinnollinen luonne ja toimialarajat ylittävien välillisten vaikutusten sekä kansainvälisten heijastevaikutusten hallitseminen korostavat toimialojen välisen yhteistyön tarvetta sopeutumistyössä”; Mäkinen – Sorvali – Lipsanen – Hildén 2019, s. 54.

2.2 Turvallisuuden vuorovaikutussuhteet

Turvallisuutta koskevissa pohdinnoissa katseet ovat siis kohdistuneet enimmäkseen erilaisten turvallisuuteen liittyvien kysymysten keskinäisiin kytköksiin ja vuorovaikutussuhteisiin. Eräs tämänkaltaisten tarkastelujen motiiveista on ollut tarve päästä pois siiloutuneista suunnittelu- ja päätöksentekoprosesseista. Yhteyksien tunnistaminen lisää yhteistyötä ja näiden prosessien lopputulosten johdonmukaisuutta. Kytkösten tarkastelu ja mallintaminen voi myös tukea olemassa olevia suunnittelu- ja päätöksentekoprosesseja paljastamalla sektoreiden välillä tapahtuvat kompromissit ja tuoden esiin esimerkiksi mahdollisuudet eri sektoreiden välisiin synergiaetuihin. Toisaalta kun pääpaino ei ole yksittäisillä sektoreilla vaan niiden välisissä kytköksissä, kyse voi olla myös aivan uudenlaisesta diskurssista, joka tarjoaa uudenlaisen tavan sekä ongelmien määrittelyyn että ratkaisemiseen.⁶⁵

Lähde käyttää käsitettä *ympäristön yhteishyvä* kuvaamaan sitä monenlaisissa suoremmissa ja epäsuoremmissa keskinäisissä vaikutussuhteissa olevaa kokonaisuutta, jolla ympäristö muodostaa inhimillisen toiminnan välttämättömät taustaehdot. Esimerkiksi vettä tuottavat ja säilövät luonnonjärjestelmät, ravinteita säilyttävät ja kierrättävät pieneliöt ja ihmisen toiminnalle suotuisat ilmasto-olosuhteet ovat osa tätä. Käsite on samankaltainen kuin laajemmin käytetty ekosysteemipalvelun käsite. Käsitteillä pyritään tuomaan esiin sitä, ettei ympäristö ole vain hyödynnettävä *resurssi*. Ympäristön yhteishyvän ja ekosysteemipalveluiden käsitteet kiinnittävät huomionsa nimenomaan ympäristön eri ilmiöiden välisiin vuorovaikutussuhteisiin; yhden resurssin käyttö voi esimerkiksi vaurioittaa toisen resurssin varantoja taikka sellaista ympäristön yhteishyvä, joka ylläpitää resurssien uusiutumista tai tekee niiden käytön mahdolliseksi.⁶⁶ Juuri tästä syystä erilaisten kytkösten tunnistaminen ja huomioiminen on keskeistä.

Laajasti ymmärrettyyn turvallisuuteen liittyvien kysymysten välisiä kytköksiä ja vuorovaikutusta voidaan tarkastella esimerkiksi vesi-, ruoka- ja

⁶⁵ Keskinen – Rekolainen – Sojamo – Varis 2016, s. 24–25. Muun ohella mainitussa kirjoituksessa operoidaan *nexus*-käsitteen tai -lähestymistavan avulla, joka kiinnittää huomionsa nimenomaan vesi-, ruoka- ja energiaturvallisuuden välisiin kytköksiin ja vuorovaikutussuhteisiin. Ks. lähestymistavasta esim. Hoff 2011, s. 7–13, jossa *nexus*-tarkastelun välttämättömyys linkitetään niin ikään globaaleihin megatrendeihin kuten ilmastonmuutokseen, väestönkasvuun ja kaupungistumiseen, elintason kasvuun ja resurssipulaan.

⁶⁶ Lähde 2013, s. 86–91.

energiaturvallisuuden näkökulmista⁶⁷. Nämä elämän perusedellytykset – toisin sanoen inhimillisen turvallisuuden olennaiset osatekijät – kytkeytyvät toisiinsa muun ohella siten, että vesi mahdollistaa ja yhä useammin myös rajoittaa sekä ruoan- että energiantuotantoa ja ruoan ja energiantuotanto ovat entistä enemmän sidoksissa toisiinsa.⁶⁸ Samalla on kyse alueidenkäytön⁶⁹ (mukaan lukien suojele), veden ja energian välisistä suhteista: alueita ja vettä tarvitaan niin ihmisten käyttöön maatalouteen ja yhdyskuntien käyttöön kuin eliöläjien ja ekosysteemienkin käyttöön, jotta maapallo pystyy kestävästi ylläpitämään elämää.⁷⁰ Ilmaston, veteen ja maaperään liittyvillä monimutkaisilla *luonnonjärjestelmillä* on merkittävä osa siinä, että ruokaa, puhdasta vettä ja energiaa on mahdollista tuottaa nykyisenkaltaisilla menetelmillä.⁷¹ Luonnonjärjestelmiä koskevassa tutkimuksessa on tehty havainto, että elämä osaltaan myös säätelee biosfääriä, se on aktiivinen osa maailmaamme muotoavia prosesseja pikemminkin kuin jotakin erillistä suhteessa maaperään, meriin ja ilmakehään.⁷²

⁶⁷ Tiiviisti ilmaista vesi-, ruoka- ja energiaturvallisuudella viitataan siihen, että niitä on kestävästi saatavilla riittävästi ja että vesi ja ruoka täyttävät tietyt vähimmäisvaatimukset laatusuhteen; ks. esim. Sojamo – Keskinen – Kummum 2017, s. 118, 121.

⁶⁸ Keskinen – Rekolainen – Sojamo – Varis 2016, s. 24. Ihmiskunnan vedenkäytöstä 75–95 prosenttia kuuluu maataloudessa ja varsinkin ruoantuotannossa, mikä vastaa jopa 40 prosenttia kestävästi saatavilla olevista vesivaroista. Ruoka ja vesi ovat siis globaalisti kiinteästi sidoksissa toisiinsa. Ilmastonmuutos ja sen aiheuttama sääolojen äärevöityminen vaikuttaa niin ikään myös veden saantiin, johtaen yhtäältä kuivuuteen ja tulviin samoilakin alueilla. Suomi on osa globaalia ruokajärjestelmää, ja noin 40 prosenttia Suomessa kulutetusta ruoasta tuotetaan ulkomailla. Sojamo – Keskinen – Kummum 2017, s. 116.

⁶⁹ Tässä käytetään sanaa alueidenkäyttö yleisemmän maankäyttö-käsitteen sijasta, koska esimerkiksi energian- ja ruoantuotanto voi vaatia myös vesialueiden käyttöä ja suunnittelua. Esimerkiksi maankäyttö- ja rakennuslakia sovelletaan yhtä lailla sekä maa- että vesialueilla, ks. MRL 2 § ja sen yksityiskohtaiset perustelut, HE 101/1998 vp, s. 61.

⁷⁰ Ks. esim. European Report on Development (ERD) 2011–2012 2012, s. 27, jossa mm. käytetään ilmausta *land-water-energy-nexus* ja jossa vuorovaikutussuhteita kuvataan seuraavasti: ”[a]n integrated view of natural and economic systems allows us to see water, energy and land not as independent inputs, but rather as a nexus – a group in which the behaviour of the individual components is tightly interconnected. Water, energy and land perform a crucial role as building blocks of the economic system, as well as parts of the natural cycles and regulating functions of ecosystems. Yet these three components are also related in complex feedbacks; the management of land and water resources has become increasingly intertwined with the provision of energy. Concerns about global warming are prompting a radical shift in the market for energy sources away from fossil fuels. In this context, interest in renewable energy is growing steadily, and land and water play a major role in the provisioning of key forms of renewable energy such as biofuels and hydroelectric power.”

⁷¹ Lähde 2013, s. 87; ks. luonnonjärjestelmistä ja ihmisen vaikutuksista niihin Dalby 2009, s. 78–79, 96–100.

⁷² Dalby 2009, s. 97.

Ympäristöongelmia, kuten ilmastonmuutosta, biodiversiteettikatoa ja ympäristön pilaantumista tarkastellaan poliittisesti usein erillisinä kysymyksinä, vaikka ne ovat erottamattomasti toisiinsa sidoksissa.⁷³ Maankäyttöön liittyvä kysymys myös Suomessa on erilaisten luonnonympäristöjen ja eliölajien elinympäristöjen pirstoutuminen metsätalouden ja muun ihmisen toiminnan seurauksena, joka johtaa sekä elinympäristöjen vähenemiseen että niiden heikkenemiseen. Esimerkiksi tähän kysymykseen voi olla nykyjärjestelmässä mahdollista löytää oikeudellisesti vaikuttavia ratkaisuja vain maankäytön suunnittelun keinoin.⁷⁴ Ilmastonmuutoksella on usein samansuuntaisia, elinympäristöjä heikentäviä vaikutuksia, jolloin vaikutukset kumuloituvat. Yhteisvaikutusten erilaisia, enemmän taikka vähemmän epäsuoria mekanismeja on kuitenkin vaikea ennustaa.⁷⁵

Kyse ei tietenkään ole vain ympäristöturvallisuuden piiriin luettujen turvallisuustekijöiden kytköksistä, vaan ympäristöturvallisuus on kiinteästi sidoksissa muihin inhimillisen turvallisuuden osatekijöihin. Ympäristökysymykset ja esimerkiksi sosiaaliset ja taloudelliset kysymykset kietoutuvat monin tavoin yhteen, kuten edellä on todettu. Esimerkiksi *Dalby* puhuu *sosioekologisista* systeemeistä viitaten siihen, että kyse on aina myös inhimillisestä turvallisuudesta.⁷⁶ Näistä kytköksistä kuvaava esimerkki ovat vuoden 2005 hirmumyrsky Katrinan tuhot New Orleansissa, joiden laajuuteen vaikuttivat itse myrskyn ohella myös se, että ekonomiset seikat olivat vauhdittaneet maankäytön muutoksia tulvasuojelun kannalta merkittävillä kosteikkoalueilla, varautumissuunnitelmat eivät olleet riittäviä, resurssit oli kohdennettu ympäristön suojelun sijaan terrorismintorjuntaan ja sosiaalinen eriarvoisuus oli hyvin suurta (vähöosaiset ja vähemmistöryhmät olivat yliedustettuina uhrien joukossa).⁷⁷ Kytkökset tulevat ilmi myös turvallisuuden tietynlaisen lähikäsitteen taikka osatekijän, resilienssin tarkastelun yhteydessä.

⁷³ Denney 2005, s. 165; ks. myös Dalby 2009, s. 5.

⁷⁴ Ks. VNS 2/2000, s. 24–26. On myös esitetty, ettei Suomen nykyisenkaltaisen oikeudellisen sääntelyn puitteissa elinympäristöjen pirstoutumiseen ja vähenemiseen vastaamiseen ole olemassa erityisen tehokkaita välineitä. Ks. Kuusiniemi 2001, s. 298, erit. alav. 348, jossa viitataan erityisesti metsiin, koska Suomen maapinta-alasta yli 80 % on metsätalousmaata ja Suomen uhanalaisista lajeista valtaosa elää metsissä. Maankäytön suunnittelullakaan ei Kuusiniemen mukaan välttämättä pystytä erityisen tehokkaasti tätä kehitystä estämään (mp.).

⁷⁵ Ks. esim. Dalby 2009, s. 5–6, 97–98. Yhtenä kotimaisena esimerkkinä voidaan mainita esimerkiksi metsäkanalintujen kantojen tulevaisuutta koskevat arviot. Ks. esim. Maa- ja metsätalousministeriö 2014, s. 13–14.

⁷⁶ Ks. Dalby 2009, s. 109–110, samoin Räikkönen 2016, s. 19.

⁷⁷ Räikkönen 2016, s. 23; Dalby 2009, s. 113.

2.3 Resilienssi turvallisuuden tekijänä

Resilienssin käsitteellä on hyvin kiinteä sidos turvallisuuteen. Se liittyy erilaisten häiriö- taikka muutostilanteiden sietokykyyn ja niistä palautumiseen. Myös resilienssillä on useampia erilaisia käyttöyhteyksiä ja ulottuvuuksia, se voi olla esimerkiksi yksilöiden, yhteisöjen taikka muiden järjestelmien ominaisuus. Turvallisuuskäsitteiden tapaan voidaan puhua monenlaisista resiliensseistä. Sillä kuitenkin tarkoitetaan yleisesti kykyä reagoida (sopeutua, toimia joustavasti ja uusiutua) häiriötilanteissa, palautua niistä ja kehittyä niiden jälkeen.⁷⁸ Jos kyse on jostakin järjestelmästä, tämän tulisi tapahtua ilman, että sen ydintoiminnot kärsivät.⁷⁹ Mitä suuremmasta häiriötilanteesta järjestelmä kykenee palautumaan, sitä resilientimpi järjestelmä on.⁸⁰ Mikäli tietty kynnyks ylitetään, järjestelmä ei kykene palautumaan perustilanteeseen ja se muuttuu, usein ennustamattomalla tavalla.⁸¹ Myös resilienssikäsitteen tarkastelu tuo esiin turvallisuuteen liittyvien kysymysten laaja-alaisuuden ja keskinäiset vuorovaikutussuhteet.

Resilienssiajattelu on kasvattanut merkitystään, kun globaalissa, epävarmemmaksi ja yllätysherkemmäksi muuttuvassa maailmassa voimavaroja on käytettävä ongelmien ratkaisun ohella entistä enemmän haittavaikutusten huomioimiseen.⁸² Esimerkiksi ilmastonmuutoksen torjumisen ohella joudutaan koko ajan sopeutumaan sen vaikutuksiin. Globaalit megatrendit kuten edellä kuvatut ihmisen toiminnan aiheuttamat muutokset ympäristössä ja luonnonvarojen liikakäyttö ovat johtaneet tai johtamassa tilanteeseen, jossa minkäänlainen tasapainotila tai sen palauttaminen ei ole mahdollista (kuin ehkä näennäisesti tai tilapäisesti), vaan turvallisuudessa on yhä enemmän kyse erilaisiin häiriötilanteisiin ja muutoksiin sopeutumisesta.⁸³ Resilienssistä onkin tullut osa myös kestävästä kehitystä koskevaa keskustelua ympäristökysymysten ja sosiaalisten sekä taloudellisten olosuhteiden kietoutuessa yhteen.⁸⁴ Keskeinen haaste on, kuinka järjestelmistä, josta olemme riippuvaisia, kyetään tekemään resilienttejä tilanteessa, jossa

⁷⁸ Dalby 2009, s. 110.

⁷⁹ Walker – Salt 2006, s. 1–2; Räikkönen 2016, s. 23, Belinskij – Soininen – Huhta 2017, s. 283–284 ja niissä viitattu.

⁸⁰ Dalby 2009, s. 110.

⁸¹ Walker – Salt 2006, s. 53.

⁸² Ks. Räikkönen 2013, s. 34.

⁸³ On puhuttu erilaisista keikahduspisteistä (engl. tipping point), joiden jälkeen paluu entiseen ei enää ole mahdollinen; Räikkönen 2016, s. 21–22; Ks. Finger 2015, s. 121–122, 124–126; Walker – Salt 2006, s. 53–55; Hakala 2016, s. 6, jossa todetaan tällaisten keikahduspisteiden merkitsevän ilmiä ja perustavanlaatuisia turvallisuusuhkia.

⁸⁴ Räikkönen 2016, s. 23.

ihmisen vaikutukset luonnonjärjestelmiin ovat entistä suurempia ja epävarmempia.⁸⁵

Turvallisuuskontekstissa⁸⁶ resilienssi siis sisältää ajatuksen siitä, että erilaiset poikkeustilanteet ja hitaammat muutokset ovat enemmän taikka vähemmän sisäänrakennettuja esimerkiksi ekologiisiin ja sosiaalisiin järjestelmiin. Tämä edellyttää sitä, että tällaisiin muutoksiin tulee varautua ennakolta.⁸⁷ Varautuminen tapahtuu pyrkimällä mahdollisuuksien mukaan ennaltaehkäisemään haitallisia muutoksia ja minimoimaan äkillisten tapahtumien ja hitaampien muutosten haitalliset vaikutukset sekä itse häiriötilanteen aikana että niiden jälkeen.⁸⁸ Resilienssin näkökulmasta ennaltaehkäisy ja häiriötilanteiden hallinta kulkevat käsi kädessä.

Yksilötason kysymyksenä resilienssin käsitettä on hyödynnetty erityisesti psykologiassa trauman- ja kriisinsietokykyä ja niistä selviytymistä tarkasteltaessa. Yksilö osoittaa resilienssiä säilyttäessään toimintakykynsä henkilökohtaisesta kriisitilanteesta huolimatta ja kykenee jatkamaan elämänsä mukautumalla uuteen tilanteeseen huolimatta haavoittuvuuden kokemuksesta. Se ei kuitenkaan ole sosiaalisesta taustasta irrotettavissa oleva synnynnäinen kapasiteetti, vaan resilienssin yhteys henkilökohtaisiin, demografisiin sekä sosioekonomisiin tekijöihin sekä näiden keskinäisiin suhteisiin on merkityksellinen. Työtilanne ja laajemmat sosiaaliset resurssit (yhteisön ja yhteiskunnan tuki) ovat empiiristen tutkimusten mukaan yksilötason resilienssiä vahvistavia tekijöitä. Niin ikään kognitiiviset resurssit näyttävät tutkimusten mukaan korreloivan yksilötason resilienssin kanssa, mikä viittaa esimerkiksi yhteiskunnan tasolla koulutuspolitiikan mahdollisuuksiin vaikuttaa yksilötason resilienssiin.⁸⁹

Yksilötason resilienssi on siis yhteydessä ja keskinäisessä vuorovaikutussuhteessa laajempiin sosiaalisiin ja yhteiskunnallisiin järjestelmiin ja niiden resilienssiin. Kaikki ihmisyksilöt ovat osa erilaisia sosioekologia

⁸⁵ Walker – Salt 2006, s. 2.

⁸⁶ Resilienssin käsitettä käytetään monissa muissakin yhteyksissä kuin turvallisuuteen liittyvänä kysymyksenä, ks. Räikkönen 2016, s. 24–26 ja siinä viitattu. Resilienssiä on käytetty esimerkiksi ekologisessa systeemiajattelussa, jossa sillä on tarkoitettu systeemin kapasiteettia imeä itseensä häiriöitä sekä uudelleenorganisoiua muutosten keskellä säilyttäen toimintonsa, rakenteensa ja identiteettinsä. Resilienssi viittaa ennustamattomien häiriöiden ja ailahtelevuuden aikana aktivoituvan mukautumiskapasiteettiin sekä sen säilyttämisen ja kehittämisen edellytyksiin. Juntunen 2014, s. 6.

⁸⁷ Varautumisen käsitteellä viitataan turvallisuuskeskustelussa yleensä nimenomaan poikkeustilanteisiin varautumiseen, ks. esim. Valtioneuvoston kanslia 2010, s. 22–23.

⁸⁸ Ks. resilienssin käsitteestä ja resilienssidiskurssista laajemmin ja myös kriittisestä näkökulmasta Juntunen 2014 passim; ks. myös Hyvönen – Juntunen 2016 passim.

⁸⁹ Juntunen 2014, s. 6, 8.

systemejä.⁹⁰ Yksilöiden resilienssi tukee yhteisötason järjestelmien resilienssiä ja päinvastoin. Yksilöä laajemmat resilienssin ulottuvuudet on ryhmitelty esimerkiksi yhteisötason, institutionaalisen tason ja kansainväliseen ulottuvuuteen. Näiden ulottuvuuksien yhdessä voidaan ajatella muodostavan *kokonaisresilienssin*, jolla viitataan poliittisen järjestelmän, yhteisöjen sekä yksilöiden kykyyn jatkaa toimintaansa kriisitilanteissa ja uudistaa itseään demokraattisia kanavia käyttäen.⁹¹

Resilienssissäkin on näin kyse kytköksistä.⁹² Sen eri ulottuvuudet tukevat ideaalitulanteessa toisiaan. Yhteiskunnan turvaverkot ja sosiaalinen tasa-arvoisuus on nähty tärkeiksi yksilötason resilienssiä vahvistaviksi piirteiksi. Yhteisötason resilienssi johtaa yksilöresilienssin kasvuun, sillä sosiaalisesti korkean koheesion yhteisöt vahvistavat ihmisten välisiä suhteita ja positiivisia kytköksiä, mikä edesauttaa yksilöiden kykyä merkityksellistää yhteiskunnallisia tapahtumia ja vastata niihin koordinoitusti yhdessä muiden kanssa. Paikallisverkostot sekä sosiaaliset ja yhteiskunnalliset resurssit edistävät luottamusta ja sosiaalista pääomaa. Resilientin yhteisön ei tarvitse kuitenkaan koostua arvomaailmaltaan taikka sosioekonomiselta tai kulttuuriselta taustaltaan samankaltaisista yksilöistä. Tärkeintä on, että erimieliset yksilöt ja erilaiset ryhmät kokevat tulevaisuutensa kuulluiksi ja näkevät itsensä yhteisön jäseninä. Mielipide-erot ja kritiikki voivat tukea resilienssiä paremmin kuin liiallinen yksimielisyys.⁹³

Myös institutionaalisen tason resilienssi vaikuttaa keskeisesti yksilö- ja yhteisötason resilienssiin. Sen on katsottu muodostuvan kolmesta osa-alueesta, jotka ovat 1) kapasiteettien rakentaminen (esimerkiksi sosiaali-, terveys- ja koulutuspolitiikka ja niiden vaikutus erityisesti yksilöiden positiivisen mukautumisvalmiuden kehittymiseen), 2) valtionhallinnon ja muiden toimijoiden yhteistyössä toteuttama varautuminen poikkeusoloihin sekä kriittisen infrastruktuurin toimivuuden takaaminen häiriötilanteissa ja 3) demokraattisen yhteiskunnan keskeisten instituutioiden (hallinto, riippumaton media, poliittinen päätöksentekojärjestelmä, tuomioistuinlaitos jne.) toimivuus ja niiden legitimitetti kansalaisten silmissä.⁹⁴ Globaalissa, kutistuvassa maailmassa resilienssillä on myös kansainvälinen ulottuvuutensa joka liittyy kansainväliseen vakauteen ja globaaleihin kysymyksiin

⁹⁰ Ks. Walker – Salt 2006, s. 1.

⁹¹ Hyvönen – Juntunen 2018, s. 3–4, laajemmin passim.

⁹² Walker ja Salt (2006, s. 114) toteavat: ”Resilience thinking is a way of looking at the world. It’s about seeing systems, linkages, thresholds, and cycles in the things that are important to us and in the things that drive them. It’s about understanding and embracing change, as opposed to striving for constancy.”

⁹³ Hyvönen – Juntunen 2018, s. 6, 9.

⁹⁴ Mt., s. 7.

(kuten ilmastonmuutos) ja valtion kykyyn toimia näihin liittyvissä prosesseissa.⁹⁵ Globalisaatio merkitsee sitä, että erilaiset järjestelmät (kuten ruokajärjestelmä), joiden osa olemme, ovat entistä enemmän globaalisti kytköksissä toisiinsa.⁹⁶ Tästä näkökulmasta voidaan sanoa, että resilienssi (kuten myös turvallisuus) on pikemminkin planetaarinen kuin kansallinen kysymys siitä huolimatta, että suuri osa resilienssiin tähtäävistä toimenpiteistä ja mekanismeista tapahtuu paikallisella, alueellisella ja kansallisella tasolla. Esimerkiksi ilmastonmuutoksen vaikutuksilla Suomen alueen ulkopuolella on väistämättömiä vaikutuksia turvallisuuteen liittyviin kysymyksiin Suomessa.

Resilienssiin liittyvien kysymysten tarkastelu korostaa näin entisestään sitä, kuinka turvallisuuskysymykset kietoutuvat yhteen yksilö- ja yhteisötasolla, yhteiskunnallisen toiminnan eri sektoreilla ja alueellisilla tasoilla. Näin ollen voidaan esittää väite, että myös erilaisiin turvallisuuteen liittyviin haasteisiin vastaamisen ainakin ennaltaehkäisyyn, muutoksiin sopeutumisen ja resilienssin luomisen osalta tulisi tapahtua mahdollisimman kokonaisvaltaisesti.⁹⁷ Maankäyttöön liittyvien kysymysten ja toimenpiteiden osalta maankäytön suunnittelu on ainoa tällainen kokonaisvaltainen, oikeudellisia vaikutuksia omaava instrumentti.⁹⁸

2.4 Havaintoja turvallisuudesta

Turvallisuutta koskevaksi sääntelyksi on perinteisesti mielletty nimenomaan poikkeusoloihin varautumista koskeva lainsäädäntö.⁹⁹ Kuitenkin

⁹⁵ Mt., s. 8.

⁹⁶ Walker – Salt 2006, s. 140.

⁹⁷ Eri sektorit läpäisevän tarkastelun tarvetta korostaa myös se, että tietoisuus erilaisista riskeistä vaihtelee toimialoittain. Esimerkiksi ilmastonmuutoksen osalta on kansallisen ilmastonmuutoksen sopeutumis suunnitelman 2022 toimeenpanon väliarvioinnissa todettu, että ”[k]aikilla toimialoilla ilmatoriskejä ja sopeutumistarvetta ei kuitenkaan vielä tunnusteta riittävän hyvin. Ilmatorisken hallinta on osin puutteellista eikä kaikkien sopeutumistoimien suunnitteluun ja toimeenpanoon ole paneuduttu niin hyvin, että voitaisiin tehokkaasti rajoittaa ilmastonmuutoksen haitallisia seurauksia. (...) Vaikka edistystä on tapahtunut aiempiin arviointeihin verrattuna erityisesti hallinnon toimijoiden keskuudessa, on hallinnon sisälläkin edelleen huomattavaa vaihtelua tietoisuudessa. Se ilmenee sekä eri hallinnonalojen välillä että organisaatioiden sisällä. Hallinnon ulkopuolella tietoisuus on yleisesti heikommalla tasolla, ja joillakin toimialoilla jopa hyvin alhaista.” Mäkinen – Sorvali – Lipsanen – Hildén 2019, s. 9.

⁹⁸ Ks. MRL:n sääntelyn merkityksestä esim. Kuusiniemi 2001, s. 196.

⁹⁹ Poikkeusoloiksi on valmiuslain (1552/2011) 3 §:ssä määritelty: 1) Suomeen kohdistuva aseellinen tai siihen vakavuudeltaan rinnastettava hyökkäys ja sen välitön jälkitila; 2) Suomeen kohdistuva huomattava aseellisen tai siihen vakavuudeltaan rinnastettavan hyökkäyksen uhka, jonka vaikutusten torjuminen vaatii tämän lain mukaisten toimivaltuuksien välitöntä

edellä kuvattujen megatrendien vaikutusten näkökulmastakin huomion painopistettä on välttämätöntä siirtää sääntelyssä yhä enemmän normaaliolojen häiriötilanteisiin varautumiseen ja niiden ennaltaehkäisyyn mahdollisuuksien mukaan.¹⁰⁰ Muun ohella *riskiyhteiskuntaa* koskevassa yhteiskuntatieteellisessä keskustelussa on huomautettu, että ihmisen vaikutukset ympäristöön ovat niin perustavia, että niiden aiheuttamat uhkat ovat pikemminkin normi kuin minkäänlainen poikkeustila, ja vaarat ovat ajallisesti määrittämättömiä pikemmin kuin hetkellisiä häiriötilanteita.¹⁰¹ Samalla tavoin *antroposeenia* koskeva monitieteinen keskustelu korostaa ihmisen perustavanlaatuisia vaikutuksia maapallon toimintaan, tämän toiminnan moninaisia ja osin ennustamattomia yhteisvaikutuksia ja sitä, että paluuta ei välttämättä enää ole.¹⁰² Molemmissa näkökulmissa korostetaan sitä, ettei yhteiskuntaa ja ympäristöä voida enää tarkastella erillisinä ja ympäristöä jonakin ulkopuolisena ja tietyltä osin ”säilytettävänä” (ja muilta osin vapaasti muokattavana), koska ympäristö on suuressa määrin ihmisen omaa tekoa (samoin kuin siihen liittyvät ongelmat).¹⁰³

Voidaan arvioida, että tulevaisuuden turvallisuushaasteet tulevat merkittävimmit osin liittymään joko välittömästi taikka välillisesti näihin ihmisen toiminnasta aiheutuneisiin globaaleihin megatrendeihin ja niiden välittömiin ja välillisiin seurannaisvaikutuksiin.¹⁰⁴ Ne vaikuttavat myös niin, että kyse on entistä enemmän sopeutumisesta jatkuviin muutoksiin ja niiden haitallisiin vaikutuksiin. Myös turvallisuudentutkimuksen näkökulmasta poikkeusoloihin varautuminen näyttäytyy suppeana tapana tarkastella turvallisuutta koskevaa sääntelyä. Jäljempänä pyritään perustelevaan se, että maankäytön suunnittelulla on keskeinen rooli turvallisuuden luomisessa nykyisessä toimintaympäristössä, jossa yhteiskuntien suurimmat tulevaisuuden haasteet liittyvät globaaleihin megatrendeihin. Voidaankin

käyttöön ottamista; 3) väestön toimeentuloon tai maan talouselämän perusteisiin kohdistuva erityisen vakava tapahtuma tai uhka, jonka seurauksena yhteiskunnan toimivuudelle välttämättömät toiminnot olennaisesti vaarantuvat; 4) erityisen vakava suuronnettomuus ja sen välitön jälkiltä; sekä 5) vaikutuksiltaan erityisen vakavaa suuronnettomuutta vastaava hyvin laajalle levinnyt vaarallinen tartuntatauti.

¹⁰⁰ Belinskij – Soininen – Huhta 2017, esim. s. 280–281, 332.

Jäljempänä käsitellyn inhimillisen turvallisuuden käsitteen näkökulmasta voitaisiin sinänsä sanoa, että hyvin suuri osa *kaikesta* sääntelystä liittyy tavalla tai toisella inhimillisen turvallisuuden eri osatekijöihin. Onkin aina jossain määrin sopimuksenvaraista, mikä osa sääntelyä kulloinkin katsotaan turvallisuutta koskevaksi tai siihen liittyväksi.

¹⁰¹ Beck 1990, s. 31; Lupton 1999, s. 62–63.

¹⁰² Dalby 2009, s. 96–99, Räikkönen 2016, s. 19–23. Antroposeenia on ehdotettu uudeksi geologiseksi aikakaudeksi, jolle on keskeistä ihmisen toiminnan merkittävät vaikutukset maapalloon ja tästä johtuva epävakaus ja arvaamattomuus; ks. esim. Kotzé 2017, s. vii–viii.

¹⁰³ Beck 1990, s. 62–68, Dalby 2009, esim. s. 6, 159.

¹⁰⁴ Dalby 2009, esim. s. 78–104, Hakala 2016, s. 3–4.

sanoa, että turvallisuuden ulottuvuuksien painopiste on muuttumassa, tai sen ainakin pitäisi olla muuttumassa, perinteisestä kansallisen turvallisuuden ja sotilaallisen voiman korostamisesta kohti ihmisen toiminnasta globaalisti aiheutuvien ympäristöuhkien torjuntaa. Perinteisten turvallisuuskoneistojen näkökulma taikka välineet eivät ole tästä näkökulmasta parhaita mahdollisia. Ne on viritetty toisenlaisia uhkia ja epätavallisia poikkeustilanteita varten, kun taas ympäristössä tapahtuvat muutokset ovat vähittäisiä, epämääräisiä, epäsuoria ja tapahtuvat pitkän ajan kuluessa. Niitä vastaan ei voida taistella sotilaallisella voimalla, eikä niiden synnyttämälle poikkeustilalle voida määritellä alku- tai päätepistettä.¹⁰⁵ Vaikka varautuminen esimerkiksi ilmastonmuutoksen mukanaan tuomiin poikkeuksellisiin tilanteisiin on välttämätöntä, ovat tästä näkökulmasta vaikkapa maankäytön suunnittelun tarjoamat keinot näihin haasteisiin vastaamiselle aivan yhtä keskeisiä.

Niin kutsutun ympäristöturvallisuuden kysymysten tulisi siis saada varsin keskeinen sija turvallisuutta tarkasteltaessa. Samalla on kuitenkin tunnistettava se, että ympäristö- ja sosiaaliset kysymykset ovat kiinteästi kytköksissä. Ympäristöturvallisuus on osa inhimillistä turvallisuutta.¹⁰⁶ Kytkösten ja vuorovaikutussuhteiden vuoksi pelkästään johonkin yksittäiseen turvallisuusnäkökulmaan kiinnittyminen jättää kokonaiskuvan puutteelliseksi. Seuraavassa tarkastelussa kehikkona on inhimillisen turvallisuuden koko kirjo, vaikka painopiste onkin edellä kuvatuissa ympäristöturvallisuuteen liittyvissä tekijöissä niiden merkityksen vuoksi. Viranomaisten strategioissa määritelty turvallisuus näyttäytyy laajentumisestaan huolimatta edelleen jossain määrin kapeana ja sektoroituneena, kun sitä tarkastellaan maankäytön suunnitteluun liittyvien turvallisuusnäkökohtien näkökulmasta.

¹⁰⁵ Dalby 2009, s. 49–50. Perinteiseen valtiolliseen turvallisuuteen kiinnittyvää turvallisuusajattelua on pidetty jopa ongelmallisena suhteessa globaaleihin kestävyysongelmiin vastaamiseen; mt., s. 4, 92–96, 144.

Ympäristössä tapahtuvien muutosten vähittäisyyttä onkin pidetty yhtenä syynä sille, miksi niihin on ollut vaikea reagoida ajoissa. ”Normaalina” pidetty tilanne muuttuu asteittain, jolloin olosuhteiden asteittainen huononeminen jää havaitsematta. Diamond 2005, s. 447–449. Ks. myös Beck 2007, s. 162, joka (mt., s. 161–162) toteaa samalla tavalla vaikuttavan sen, että globaalit ympäristöongelmat ovat tavallaan paikasta irrallisia. Ylipäätään modernin yhteiskunnan riskit ovat avoimia ja näkymättömiä; ks. myös esim. Macnaghten 2006, s. 133. Tästä huolimatta ne edellyttävät silti paikkaan sidottujakin ratkaisuja.

¹⁰⁶ Ks. esim. Dalby 2013, s. 29, laajemmin passim.

3 MAANKÄYTÖN SUUNNITTELU TURVALLISUUDEN TYÖVÄLINEENÄ

3.1 Maankäytön suunnittelu ympäristönkäytön ohjauskeinona

3.1.1 Intressit ja oikeudet kaavoituksessa

Maankäyttö- ja rakennuslain tavoitteena on siis muun ohella hyvä ja turvallinen elinympäristö ja kestävä kehityksen edistäminen. MRL:n järjestelmä ja siihen sisältyvä maankäytön suunnittelujärjestelmä on kuitenkin hyvin monien, osin keskenään kilpailevien yleisten ja yksityisten intressien kyllästäminen. Näiden intressien huomioon ottaminen on lähtökohtaisesti järjestetty maankäyttö- ja rakennuslain säännösten kautta, mutta joustava aineellinen sääntely jättää sijaa niiden keskinäisten painoarvojen punninnalle myös yksittäisiä päätöksiä tehtäessä.¹⁰⁷

Maankäyttö- ja rakennuslain sääntely ja sen nojalla tapahtuva päätöksenteko voidaankin mieltää kentäksi, jossa vaikuttavat yhtäältä erilaiset yhteiskunnallisesti tärkeitä pidetyt intressit ja tavoitteet (yleiset edut), maanomistajien ja muiden yksityisten tahojen intressit ja oikeudet ja toisaalta kuntien tietynasteinen oikeus päättää maankäytöstään (kaavamonomoli) ja määrittellä tässä roolissa lähtökohtaisesti lain asettamissa puitteissa sen, minkälaisia intressejä yksittäisillä kaavoilla kulloinkin pyritään edistämään. Tämä merkitsee myös sitä, että yleiset edut (ja turvallisuus niiden osana) ovat vain yksi osa MRL:n moninaista intressikenttää ja tämä vaikuttaa myös näiden intressien toteuttamiseen ja toteutumiseen maankäytön suunnittelussa. Yleisten etujen kanssa kaavapäätöksenteossa kilpailevat erilaiset muut intressit, ja myös yleisiksi eduiksi mielletävät kysymykset kilpailevat osittain keskenään.

Vaikka turvallisuus mielletään yhteiskunnallisesta näkökulmasta yleiseksi eduksi, on turvallisuus inhimillisen turvallisuuden näkökulmasta samalla hyvin painava yksityinen etu (ja oikeus). Operoitaessa yleisen

¹⁰⁷ Näin esim. Kuusiniemi 2001, s. 170. Ks. yleisistä ja yksityisistä eduista oikeudellisina jäsennyskriteereinä ja ympäristöä koskevasta päätöksenteosta esim. Heinilä 2018, s. 37–75. Esimerkiksi turvallisuus on edelläkin kuvatulla tavoin aivan näkökulmasta riippuen yhtäaikaaisesti sekä yleinen että yksityinen kysymys ja intressi. Se kuitenkin mielletään monien yhtäaikaaisesti sekä yleisten että yksityisten intressien tapaan lähtökohtaisesti yleiseksi eduksi, koska se ei ole sidoksissa vain määrättyjen yksilöiden taikka ryhmien intressiin. Ks. mt., s. 56. Näin turvallisuuteen liittyviä kysymyksiä käsitellään tässäkin kirjoituksessa nimenomaan yleisinä etuina. Artikkelin painottuminen nimenomaan pitkän aikavälin turvallisuuteen liittyviin, globaaleihinkin kysymyksiin tietenkään vain korostaa turvallisuutta nimenomaan yleisenä etuna, kun kyse on esimerkiksi vielä syntymättömienkin ihmisyksilöiden turvallisuuteen liittyvistä kysymyksistä.

ja yksityisen edun käsiteparilla onkin syytä huomata se, että erilaiset intressit eivät ole yksiselitteisesti luokiteltavissa joko yleisiksi taikka yksityisiksi eduiksi. Kyse on näkökulmista.¹⁰⁸ Kaavoituksessa turvallisuus voi aktualisoitua yksittäistapauksessa yhtä lailla joko tietyn, määriteltävissä olevan henkilöjoukon intressiksi (yksityiseksi eduksi) taikka yleisemmäksi kysymykseksi. Kyse on vastaavasta erottelusta kuin tarkasteltaessa turvallisuutta yksilön tai yhteiskunnan näkökulmasta.

Vaikka turvallisuus yleisesti ottaen mielletään edellä kuvatulla tavalla hyvin painavaksi intressiksi, siihen liittyvien eri ulottuvuuksien tunnistaminen ja huomioiminen maankäyttö- ja rakennuslain mukaisessa päätöksenteossa voi olla eri tavoin haastavaa. Kun ollaan turvallisuuskysymysten perinteisessä ytimessä – eli kysymys on vaikkapa maanpuolustukseen liittyvistä kansallisen turvallisuuden intresseistä – nämä intressit saavat lähtökohtaisesti suuren painoarvon päätöksenteossa, mutta välillisemmin ja pidemmällä aikajänteellä turvallisuuteen liittyvät näkökohdat voivat jäädä helpommin tunnistamatta ja huomioimatta. Voitaneen sanoa, että yleisesti ottaen kaavoitukseen liittyvät ensisijaiset tavoitteet (syyt kaavojen laatimiseen ylipäätään) eivät liity yleensä ensisijaisesti esimerkiksi ilmastonmuutoksen hillintään taikka (ekosysteemipalveluita tuottavien) elinympäristöjen säilyttämiseen, vaan primääritavoitteet liittyvät ensisijaisesti välittömämpiin, erityisesti taloudellisiin tavoitteisiin.¹⁰⁹ Silloin kun nämä intressit ovat keskenään ristiriitaisia, jäävät välilliset, pidemmän aikavälin enemmän taikka vähemmän aineettomilta vaikuttavat kysymykset helposti alisteisiksi lyhyen aikavälin taloudellisille hyödyille.¹¹⁰

Oikeudellisia rakenteita siis välttämättä tarvitaan turvaamaan muun ohella erilaisten turvallisuusintressien huomioon ottaminen päätöksenteossa. Maankäyttö- ja rakennuslain järjestelmässä tällaisten yleisten etujen huomioon ottaminen on oikeudellisesti järjestetty paljolti kaavojen sisältövaatimusten kautta.¹¹¹ Niiden asettamisissa puitteissa kaavoituksesta

¹⁰⁸ Ks. yleisistä ja yksityisistä eduista Heinilä 2017, s. 72, laajemmin s. 49–75, jossa todetaan monien intressien olevan näkökulmasta riippuen samanaikaisesti sekä yleisiä että yksityisiä.

¹⁰⁹ Rakentaminen on taloudellisesti tuottoisin tapa käyttää maata, ja aktiivinen maankäyttö on omiaan kohentamaan kunnan taloudellista asemaa; ks. Kuusiniemi 2001, s. 190. Toki on samalla tunnistettava se, että yksittäisiä kaavoja voidaan laatia hyvin moninaisista syistä.

¹¹⁰ Ks. esim. Mäkinen 2007, s. 25. Hakala (2016, s. 3) on edellä mainitulla tavoin viitannut samaan kansallisen tason poliittisessa päätöksenteossa. Maankäytön suunnittelua koskevan paikallisen päätöksenteon osalta esim. Rannila (2018 passim) on tunnistanut jännitteen valtakunnan tason lainsäädännön ja paikallisen, tähän lainsäädäntöön perustuvan päätöksenteon välillä.

¹¹¹ On huomattava, etteivät erilaisia intressejä ja oikeuksia maankäyttö- ja rakennuslain mukaisessa päätöksenteossa turvaavat oikeudelliset rakenteet rajoitu myöskään maankäyt-

vastaavat tahot voivat lähtökohtaisesti vapaasti päättää kaavojen sisällöstä. Esimerkiksi yleiskaavan sisältövaatimuksista on säädetty MRL 39 §:ssä, ja monista sen sisältämän luettelon sisältövaatimuksista on tunnistettavissa joko välitön taikka välillisempi turvallisuusulottuvuus.

Yleiskaavaa laadittaessa on maakuntakaava otettava huomioon siten kuin siitä edellä säädetään.

Yleiskaavaa laadittaessa on otettava huomioon:

- 1) yhdyskuntarakenteen toimivuus, taloudellisuus ja ekologinen kestävyys;
- 2) olemassa olevan yhdyskuntarakenteen hyväksikäyttö;
- 3) asumisen tarpeet ja palveluiden saatavuus;
- 4) mahdollisuudet liikenteen, erityisesti joukkoliikenteen ja kevyen liikenteen, sekä energia-, vesi- ja jätehuollon tarkoituksenmukaiseen järjestämiseen ympäristön, luonnonvarojen ja talouden kannalta kestäväällä tavalla;
- 5) mahdollisuudet turvalliseen, terveelliseen ja eri väestöryhmien kannalta tasapainoiseen elinympäristöön;
- 6) kunnan elinkeinoelämän toimintaedellytykset;
- 7) ympäristöhaittojen vähentäminen;
- 8) rakennetun ympäristön, maiseman ja luonnonarvojen vaaliminen; sekä
- 9) virkistykseen soveltuvien alueiden riittävyys.

Edellä 2 momentissa tarkoitettut seikat on selvitettävä ja otettava huomioon siinä määrin kuin laadittavan yleiskaavan ohjaustavoite ja tarkkuus sitä edellyttävät.

Yleiskaava ei saa aiheuttaa maanomistajalle tai muulle oikeuden haltijalle kohtuutonta haittaa.

Kuten yleiskaavaa koskevasta säännöksestäkin käy ilmi, sisältövaatimukset ovat joustavia, jännitteisiä ja sellaisina keskenään punnittavia normeja.¹¹² Ne kuitenkin tästä huolimatta määrittelevät aineellisen minimitason jonka jokaisen kaavan tulee täyttää. Ne eivät siten ole periaatenormeja, jotka voisivat yksittäisessä tapauksessa kokonaan väistyä, mikäli toinen vastakkainen periaate sitä yksittäistapauksessa edellyttäisi.¹¹³ Sisältövaatimusten tulkinnalle yksittäisessä tapauksessa voidaan hakea johtoa muun ohella

tö- ja rakennuslain järjestelmään, vaan oikeudellisia vaatimuksia kohdistuu maankäyttö- ja rakennuslain mukaiseen päätöksentekoon myös esimerkiksi perusoikeuksista ja hallinto-oikeudellisesta sääntelystä käsin. Ks. esim. Heinilä 2017, esim. s. 11, 83.

¹¹² Ks. niin kutsutuista joustavista normeista esim. Heinilä 2017, s. 97–106, kaavoitusta koskevan sääntelyn ja kaavojen sisältövaatimusten joustavuudesta esim. Pölönen – Malin 2011, s. 129–131. Yleiskaavan sisältövaatimusten tulkinnasta ks. esim. Ekroos – Majamaa 2018, s. 193–206.

¹¹³ Ks. esim. Heinilä 2017, s. 47–49.

maankäyttö- ja rakennuslain tavoitesäännöksistä.¹¹⁴ Kaavan sisältövaatimusten mukaisuuden ja niiden vastaisuuden välinen rajanveto on kuitenkin yksittäistapauksissa usein vaikea tulkintatilanne. Näin voi olla vaikea ennakoita, mihin esimerkiksi tietyn turvallisuuteen liittyvän intressin riittävän huomioon ottamisen raja yksittäisessä tapauksessa asettuu.¹¹⁵

Perinteisen turvallisuuden osalta tällaisiin tulkintatilanteisiin on tulossa periaatteessa uusi elementti, kun lain 467/2019 muutokset MRL:iin tulevat voimaan 1.1.2020. Muutoksella lakiin sisällytetään uusi *kansallista turvallisuutta alueidenkäytössä* koskeva 4 a §, jonka mukaan alueidenkäytön suunnittelussa on turvattava maanpuolustuksen, rajaturvallisuuden ja rajavalvonnan, väestönsuojelun sekä huoltovarmuuden edellyttämät kehittämistarpeet ja varmistettava, ettei niistä vastaavien tahojen toimintamahdollisuuksia heikennetä. Kyse on kaikkia kaavatasoja koskevasta, sisältövaatimuksen kaltaisesta vaatimuksesta.¹¹⁶ Voitaneen arvioida, että tällaiset vaatimukset tulisi jo voimassa olevan MRL:n sääntelyjärjestelmän puitteissa muutoinkin ottaa huomioon, mutta säännöksellä on haluttu nimenomaan korostaa tarvetta ottaa nämä kysymykset ennakkolisesti huomioon kaavoituksessa.¹¹⁷ Tältä osin sääntelyllä on siten tarkoitettu

¹¹⁴ Ks. esim. Määttä 2011 passim, Heinilä 2017, s. 169–174 ja siinä viitattu vuosikirjaratkaisu KHO 2015:56. KHO:n voidaan arvioida viittaavan varsin säännöllisesti sääntelyn tavoitteisiin muun ohella kaavoitus- ja rakentamislainsäädännön joustavia normeja tulkittaessaan. Sääntelyn tavoitteet eivät tietenkään tyhjenny pelkästään lakien tavoitesäännöksissä mainittuihin seikkoihin (ks. esim. mp.).

¹¹⁵ Kyse on siis siitä, minkälaiset ratkaisut ovat kaavan hyväksyvälle viranomaiselle sen harkintavallan nojalla lain puitteissa sallittuja. Kaavoitusharkintaan sisältyy paljolti kunnalliseen itsehallintoon liittyvää poliittista, ei-oikeudellista harkintaa. Esim. Vihervuori (2004, s. 500) on todennut rajanvedon vaikeuteen liittyen, että ” – kunnilla on kaavoitusvaltansa nojalla aidosti myös sellaista vaihtoehtojen valintaan ja kaavan sisältöön liittyvää harkintavaltaa, jossa ei ole kysymys edes joustavien oikeusnormien soveltamisesta ja joka on tuomioistuinkontrollissa vain harkinnan rajojen osalta, olkoonkin että tuo osa kaavoitusvallasta toisaalta ja joustavien normien soveltamisen oikeudellinen maailma ovat rajatapauksissa hankalasti ja ehkä vain hallintolainkäyttöviranomaisen ratkaisulla *ex post* toisistaan erotettavissa.”

¹¹⁶ Ks. HE 253/2018 vp, s. 45. Säännöksen yksityiskohtaisten perustelujen mukaan (mp.) Puolustusvoimien turvattavat kehittämistarpeet voisivat liittyä aluevalvonnan, varuskuntien, harjoitusalueiden, varikoiden tai muiden Puolustusvoimien toimintojen järjestämiseen. Rajavalvonnan ja rajaturvallisuuden turvattavat kehittämistarpeet voisivat liittyä rajaturvallisuustehtävien hoitamiseen esimerkiksi alueilla, joilla on rajavalvontatekniikkaa. Väestönsuojelun osalta olisi turvattava esimerkiksi johtokeskusten, väestönsuojien ja muiden väestönsuojelun toimintojen kehittämistarpeet. Huoltovarmuuden kehittämistarpeet alueidenkäytössä voisivat liittyä esimerkiksi energiantuotantoverkkojen ja viestintäverkkojen kehittämiseen tai elintarvikehuollon kannalta merkittäviin toimintoihin.

¹¹⁷ Mp. Hallituksen esityksen nykytilan arvioinnissa (s. 6) toisaalta todetaan, että MRL:iin ei sisälly nimenomaista säännöstä kansallisen turvallisuuden varmistamisesta alueidenkäytössä, viitaten kuitenkin jäljempänä mainittuihin turvallisuutta koskeviin valtakunnallisiin alueidenkäyttötavoitteisiin.

parantaa näiden kysymysten huomioon ottamista alueidenkäyttöä koskevassa päätöksenteossa.¹¹⁸ Maankäyttö- ja rakennuslaissa ei ole säädetty erilaisten maankäytön suunnittelussa huomioon otettaviksi edellytetyjen intressien keskinäisistä painoarvoista, eikä ehdotetun säännöksenkään voida arvioida tätä tilannetta muuttavan.¹¹⁹ Nimenomaan perinteiseen turvallisuuskysymysten ytimeen liittyvien kysymysten painoarvo voidaan kuitenkin edellä mainitulla tavoin arvioida lähtökohtaisesti hyvin suureksi alueidenkäyttöäkin koskevissa päätöksentekotilanteissa. Toiselta puolen säännös ilmentää maankäyttöön liittyvien kysymysten huomattavaa merkitystä myös kansallisen turvallisuuden kannalta.

Siihen, että kaavoituksella aina yksittäistapauksessa turvattaisiin tietyn, laissa huomioon otettavaksi säädetyn intressin toteutuminen, voidaan kuitenkin edellä sanotun perusteella suhtautua varauksellisesti. Esimerkiksi *Kuusiniemi* on todennut kaavoituksella toteutettavan keskenään osaksi ristiriitaisia käyttö- ja suojelupyrkimyksiä, minkä vuoksi lopulta hyväksyttävä kaavaratkaisu saattaa jonkin intressin kannalta olla epätydyttävä. Väljät sisältövaatimukset sallivat maankäytöllisten intressien painottamisen monilla eri tavoilla. Kuusiniemen mukaan kaavojen laatimissäännöissä ei juurikaan anneta millekään intressille selkeää minimisuojeatasoa tai nimenomaisesti määriteltyä tavoitetasoa.¹²⁰ Näin tietyn yhteiskunnallisesti tärkeänä pidetyn tavoitteen toteutuminen voi yksittäistapauksessa olla puutteellista. Jos tämä toistuu kaavoituksessa, vaikutukset kumuloituvat.

Maankäyttö- ja rakennuslain mukaisessa päätöksenteossa ei toisaalta ole myöskään kyse pelkästään erilaisten intressien punninnasta, vaan kyse on myös (keskeisesti yksityisten tahojen) *oikeuksista*. Oikeusjärjestys rakentuu

¹¹⁸ Kyseisessä hallituksen esityksessä ehdotettujen muutosten pääpaino on hallituksen esityksenkin mukaan kiinteistönomistukseen liittyvissä kysymyksissä, johon myös maankäyttö- ja rakennuslakia koskevat muutokset osin liittyvät. Muutos sisältää MRL 4 a §:n ohella myös muutoksen maakuntakaavaan liittyvää rakentamisrajoitusta koskevaan MRL 33 §:ään. Muutoksella tämä rakentamisrajoitus ulotetaan koskemaan myös Puolustusvoimien tai Rajavartiolaitoksen käyttöön tarkoitettuja alueita. Rakentamisrajoituksen mukaan lupaa rakennuksen rakentamiseen Puolustusvoimien tai Rajavartiolaitoksen käyttöön maakuntakaavassa osoitetulle alueelle ei saisi myöntää siten, että maakuntakaavan toteutuminen vaikeutuu. Maakuntakaavan ehdolliseen rakentamisrajoitukseen liittyy niin sanottu rahat tai lupa -menettely, joka merkitsee, että jos maakuntakaavasta johtuva luvan epääminen aiheuttaisi hakijalle huomattavaa haittaa, lupa olisi myönnettävä, jollei valtio lunastaisi aluetta tai suorittaisi haitasta kohtuullista korvausta. Ks. ehdollisesta rakentamisrajoituksesta ja rahat tai lupa -menettelystä Heinilä 2017, s. 293–298 ja siinä viitattu.

¹¹⁹ Näin totesi myös eduskunnan ympäristövaliokunta katsoessaan, että hallituksen esitys selkeyttää lainsäädäntöä maankäytön suunnittelun osalta mutta ei varsinaisesti muuta suunnittelujärjestelmän sisältöä. Valiokunnankin mukaan muutosehdotus kuitenkin korostaa velvollisuutta ottaa kansalliseen turvallisuuteen liittyvät seikat kaavoitusprosessissa huomioon. YmVL 44/2018 vp, s. 2.

¹²⁰ Kuusiniemi 2001, s. 187–188; ks. myös Pölönen 2016, s. 70.

oikeusvaltioajattelulle joka puolestaan perustuu siihen, että yksilöille taataan (perusoikeuksin) valtion puuttumiselta suojattu yksityisautonomian alue, valtion toiminnan tulee olla lakiin sidottua ja yksilöille tulee taata riittävä oikeussuoja valtion yksilöiden oikeuksiin puuttumista vastaan.¹²¹ Nämä oikeudet ovat samalla osaltaan muotoamassa inhimillistä turvallisuutta. Kun oikeusjärjestyksen tehtävänä on suojata yksilöiden oikeuksia ja vapauksia, sitä voidaan kuvata säilyttäväksi ja konservatiiviseksi.¹²² Näihin oikeuksiin ja niiden turvaamiseen tähtääviin oikeussuojaperiaatteisiin ja muihin oikeudellisiin rakenteisiin nähden erilaisten, esimerkiksi ympäristöön liittyvien yleisten etujen toteuttaminen näyttäytyy usein jännitteisenä.¹²³ Yleisten etujen toteuttamisen keinoja näin ollen rajoittavat myös yksityisten oikeusjärjestyksen suojaamat oikeudet, ja maankäyttö- ja rakennuslain mukaiseen päätöksentekoon vaikuttavatkin MRL:n sääntelyn lisäksi myös muun ohella perustuslain (731/1999, PL) mukaiset perusoikeudet ja hallinto-oikeudelliset periaatteet.¹²⁴ Sekä sääntelyllä tavoiteltavat yleiset edut että yksityisten perusoikeudet ovat näin molemmat turvallisuuden eri ulottuvuuksien kannalta merkityksellisiä.

Erityisesti ympäristöoikeudellisessa sääntelyssä ja sen soveltamisessa on paljolti kyse näiden näkökulmien yhteensovittamisesta. Nämä näkökulmat ovat tasapainotettavissa, vaikka niiden välillä käydäänkin tietynlaista kamppailua ja oikeudessa yleisten etujen toteuttamiseen tähtäävät yhteiskunnalliset tavoitteet saatetaan joskus nähdä alisteisina yksilöiden oikeuksille ja oikeudelliset rakenteet perinteisesti painottavat näitä oikeuksia tavoitteiden sijaan.¹²⁵ Monet turvallisuuteen erityisesti pidemmällä aikavälillä liittyvät yleiset edut kuitenkin voidaan nähdä pikemminkin yksilöiden oikeuksien toteutumisen suoranaيسina ennakkoehtoina. Tästä huolimatta määrättyjen

¹²¹ Ks. esim. Heinilä 2017, s. 80, 83.

¹²² Kuusiniemi 2001, s. 169.

¹²³ Esimerkiksi ilmastonmuutoksen hillintään taikka biodiversiteetin suojeluun kiinnittyvät ajatukset tulevien sukupolvien taikka peräti luonnon oikeuksista ovat olleet perinteiselle oikeuskäsitteelle ja siihen sisältyville opeille ja rakenteille vieras asia. Kuusiniemi (mt. passim) on kutsunut tällaisia jännitteitä oikeusjärjestyksen ristiriitatensseiksi.

¹²⁴ On kuitenkin tärkeä huomata, ettei esimerkiksi perusoikeusjärjestelmä korosta yksinomaan yksityisten oikeuksia, vaan PL 20 §:n ympäristöperusoikeussäännöksen kautta järjestelmä sisältää myös vastuun ympäristöstä. Säännös vaikuttaa paitsi suoraan lainsäädäntöön, myös tulkintavaikutuksensa kautta oikeuskäytäntöön. Ks. Vihervuori 2011, s. 781, ympäristöperusoikeudesta yleisemmin passim. Osana perusoikeusjärjestelmää se vaikuttaa muun ohella omaisuudensuojaperusoikeuden tulkintaan, ks. esim. Ojanen 2004, s. 925.

¹²⁵ Ks. Kuusiniemi 2001, s. 289, laajemmin 285–292, jossa keskustellaan myös tarpeesta uudelleenarvioida erilaisten oikeudellisten konstruktioiden keskinäissuhteita, jotta myös esimerkiksi tulevien sukupolvien oikeudet pystyttäisiin turvaamaan. Oikeuskaan ei ole staattinen, ja esimerkiksi ilmastonmuutos on omiaan korostamaan tällaisten uudelleenarviointien tarvetta.

yksilöiden oikeudet kuitenkin siis yksittäisissä päätöksentekotilanteissa asettuvat usein ensisijaisesti vastakkain näiden yleisten etujen kanssa. Yhteiskunnallisten tavoitteiden näkökulmasta ne näin usein rajoittavat niiden toteuttamista.¹²⁶

Kaavoituksella järjestetäänkin myös oikeudellisia suhteita. Kaavoilla muodostuu esimerkiksi rakennusoikeuksia ja mahdollisuuksia sijoittaa erilaisia toimintoja kaavoissa osoitetuilla tavoin joko suoraan kaavojen nojalla taikka niihin perustuvien, MRL:n taikka muun lainsäädännön mukaisten päätösten nojalla. Kaavat toteutuvat pääosin oikeusvaikutustensa kautta, jotka voivat kohdistua joko viranomaisiin (ohjausvaikutus alemman asteiseen suunnitteluun, vaikutukset muuhun viranomaispäätöksentekoon) taikka maanomistajiin (erilaiset rakentamisrajoitukset).

3.1.2 Valtakunnalliset alueidenkäyttötavoitteet turvallisuusintressien välittäjänä

Sisältövaatimukset eivät sinänsä ole ainoa kaavojen aineellista sisältöä maankäyttö- ja rakennuslain järjestelmän sisälläkään normatiivisesti ohjaava väline. Muun ohella 22 §:n mukaiset valtakunnalliset alueidenkäyttötavoitteet on huomioitava kaavoja laadittaessa. Tavoitteiden keskeisimpänä tarkoituksena on varmistaa valtakunnallisesti merkittävien kysymysten huomioon ottaminen maakuntien ja kuntien kaavoituksessa sekä valtion viranomaisten toiminnassa. Tavoitteiden tarkoituksena on myös edistää kansainvälisten sopimusten ja sitoumusten täytäntöönpanoa Suomessa.¹²⁷ Globaalien ympäristökysymysten ratkaisemisessa kansainvälisillä sopimuksilla ja niiden velvoitteilla, samoin kuin EU-oikeudellisella sääntelyllä, on merkittävä asema. MRL:n perustelujen mukaan valtakunnallisten alueidenkäyttötavoitteiden tulee tukea ja edistää lain yleisten tavoitteiden ja laissa määriteltävien alueiden käytön suunnittelun tavoitteiden saavuttamista.¹²⁸

¹²⁶ On kuitenkin samalla kiinnitettävä huomiota siihen, että ympäristöoikeudellisessa päätöksenteossa ei kuitenkaan ole kyse päätöksenteosta, jossa olisivat vastakkain pelkätään yleinen etu ja joukko yksityisten oikeuksia, vaan kyse on erityisesti kaavoituksessa monimutkaisemmasta asetelmasta, jossa ratkaisussa harkittavien intressien konstellatiossa vastakkain voivat enemmän taikka vähemmän olla myös eri yksityisten tahojen intressit ja oikeudet, samoin kuin erilaiset yleiset edutkin.

¹²⁷ Valtioneuvoston päätös 2017, s. 3. Valtakunnallisten alueidenkäyttötavoitteiden on kuvattu konkretisoivan lain tavoitesäännöksiä, mutta ne eivät laajenna kaavojen sisältövaatimusten alaa eivätkä luo uusia oikeudellisia perusvaatimuksia kaavoitukselle; mp.

¹²⁸ HE 101/1998, s. 69. Valtakunnallisista alueidenkäyttötavoitteista osana MRL:n järjestelmää erityisesti KHO:n ratkaisukäytännön perusteella ks. Heinilä – Wähä 2013, s. 50–53, jossa tavoitteiden asemaa kuvataan muun ohella siten, että ne ”ovat kaavojen sisältövaatimusten lailla kokonaisuus, joka sisältää suhteessa toisiinsa vastakkaisiakin elementtejä. Ne kuitenkin täsmentävät ja konkretisoivat usein merkittävästikin kaavojen yleensä hyvin yleispiirteisiä

Turvallisuuskysymysten näkökulmasta valtakunnallisia alueidenkäyttötavoitteita voidaan pitää keskeisenä välineenä erityisesti valtakunnalliseksi luokiteltavien turvallisuusintressien välittämisessä yksittäisiin kaavoihin. Erityisesti viimeisimmän tavoitteiden uudistamisen ja tiettyjen jäljempänä käsiteltävien viime vuosina tehtyjen ja suunniteltujen lainsäädäntömuutosten kautta niiden tosiasiallisesti kaavoitusta ohjaavaan rooliin ja vaikuttavuuteen voidaan kuitenkin suhtautua jossain määrin pessimistisesti. Tavoitteet sisältävät tästä huolimatta merkittävän määrän turvallisuuteen liittyviä kysymyksiä, jotka maankäytön suunnittelussa tulisi huomioida. Tavoitteiden sisältö ilmentää samalla osaltaan erilaisia turvallisuutta koskevia seikkoja, joihin alueidenkäyttöä koskevassa päätöksenteossa voidaan vaikuttaa. Esimerkiksi terveellistä ja turvallista elinympäristöä koskevien tavoitteiden mukaan

[v]araututaan sään ääri-ilmiöihin ja tulviin sekä ilmastonmuutoksen vaikutuksiin. Uusi rakentaminen sijoitetaan tulvavaara-alueiden ulkopuolelle tai tulvariskien hallinta varmistetaan muutoin.

Ehkäistään melusta, tärinästä ja huonosta ilmanlaadusta aiheutuvia ympäristö- ja terveyshaittoja.

Haitallisia terveysvaikutuksia tai onnettomuusriskejä aiheuttavien toimintojen ja vaikutuksille herkkien toimintojen välille jätetään riittävän suuri etäisyys tai riskit hallitaan muulla tavoin.

Suuronnettomuusvaaraa aiheuttavat laitokset, kemikaaliratapihat ja vaarallisten aineiden kuljetusten järjestelyratapihat sijoitetaan riittävän etäälle asuinalueista, yleisten toimintojen alueista ja luonnon kannalta herkistä alueista.

Otetaan huomioon yhteiskunnan kokonaisturvallisuuden tarpeet, erityisesti maanpuolustuksen ja rajavalvonnan tarpeet ja turvataan niille riittävät alueelliset kehittämisedellytykset ja toimintamahdollisuudet.¹²⁹

Laajasti ymmärrettyyn turvallisuuteen liittyen kuitenkin myös muut valtakunnalliset alueidenkäyttötavoitteet sisältävät merkittäviä seikkoja. Esimerkiksi toimivia yhdyskuntia ja kestävästä liikkumisesta koskevissa tavoitteissa edellytetään luomaan edellytykset vähähiiliselle ja resurssitehokkaalle yhdyskuntakehitykselle, joka tukeutuu ensisijaisesti olemassa olevaan rakenteeseen ja edistämään muun ohella palvelujen, työpaikkojen ja vapaa-ajan

ja laaja-alaisia sisältövaatimuksia valtakunnallisesta näkökulmasta. Tavoitteet eivät kuitenkaan laajenna sisältövaatimusten alaa eivätkä luo uusia oikeudellisia perusvaatimuksia kaavoitukselle. Kaavan sisältövaatimukset ja valtakunnalliset alueidenkäyttötavoitteet tulevat huomioon otettaviksi samanaikaisesti ja rinnakkain.”

¹²⁹ Valtioneuvoston päätös 2017, s. 7. Yhteiskunnan kokonaisturvallisuutta koskevasta maininnasta voidaan todeta, että kokonaisturvallisuuden käsite näytetään ymmärrettävän tässä sängen kapeasti ja perinteisesti kattaen lähinnä vain varautumisnäkökulman.

alueiden hyvää saavutettavuutta eri väestöryhmien kannalta sekä kävelyä, pyöräilyä ja joukkoliikennettä.¹³⁰ Myös yhdyskuntarakenteeseen liittyvät kysymykset liittyvät turvallisuuteen monin eri tavoin, ilmastonmuutoksen hillintään liittyvistä kysymyksistä sosiaaliin seikkoihin, kuten vapaa-ajan alueiden ja erilaisten palvelujen saavutettavuuteen.

Elinvoimaisia luonto- ja kulttuuriympäristöjä ja luonnonvaroja koskevien valtakunnallisten alueidenkäyttötavoitteiden mukaan esimerkiksi luonnon monimuotoisuuden kannalta arvokkaiden alueiden ja ekologisten yhteyksien säilymistä edistetään ja huolehditaan virkistyskäyttöön soveltuvien alueiden riittävydestä sekä viheralueverkoston jatkuvuudesta. Samojen tavoitteiden mukaan myös luodaan edellytykset bio- ja kiertotaloudelle sekä edistetään luonnonvarojen kestävää hyödyntämistä. Edelleen huolehditaan maa- ja metsätalouden kannalta merkittävien yhtenäisten viljely- ja metsäalueiden sekä saamelaiskulttuurin ja -elinkeinojen kannalta merkittävien alueiden säilymisestä.¹³¹ Nämäkin tavoitteet siis liittyvät monin tavoin turvallisuuden eri elementteihin, muun ohella ekosysteemipalveluihin ja ruokaturvaan (jotka edelleen liittyvät kiinteästi toisiinsa). Myös esimerkiksi saamelaiskulttuuria ja -elinkeinoja koskevien tavoitteiden toteutumisella on huomattava merkitys saamelaisyhteisön yhteisöllisen turvallisuuden ja resilienssin näkökulmasta. Tämän kaltaiset turvallisuuskohdat heijastuvat turvallisuuden kytkösten kautta edelleen muihin turvallisuusulottuvuuksiin aiemmin kuvatulla tavalla.

Uusiutumiskykyistä energiahuoltoa koskevien valtakunnallisten alueidenkäyttötavoitteiden mukaan uusiutuvan energian tuotannon ja sen edellyttämien logististen ratkaisujen tarpeisiin varaudutaan. Tuulivoimalat sijoitetaan ensisijaisesti keskitetysti usean voimalan yksiköihin. Edelleen tavoitteiden mukaan turvataan valtakunnallisen energiahuollon kannalta merkittävien voimajohtojen ja kaukokuljettamiseen tarvittavien kaasuputkien linjaukset ja niiden toteuttamismahdollisuudet. Voimajohtolinjauksissa hyödynnetään ensisijaisesti olemassa olevia johtokäytäviä.¹³² Energiaturvallisuuteen liittyvät kysymykset ovat siis niin ikään seikkoja, joihin merkittävästi vaikutetaan ja jotka tulee valtakunnallisten alueidenkäyttötavoitteiden mukaan ottaa huomioon alueidenkäyttöä koskevassa päätöksenteossa.

¹³⁰ Mt., s. 6.

¹³¹ Mt., s. 8.

¹³² Mt., s. 9.

3.1.3 *Intressien välittämismekanismit päätöksentekoon*

Aineellisessa sääntelyssä siis tunnustetaan laajasti erilaisia turvallisuuteen liittyviä seikkoja, jotka maankäytön suunnittelussa tulisi lähtökohtaisesti huomioida. Oma kysymyksensä kuitenkin on, kuinka nämä seikat tulevat huomioon otetuksi päätöksenteossa sekä maankäyttö- ja rakennuslain järjestelmän sisäisessä että muiden lakien mukaisessa päätöksenteossa. Edelleen kyse on siitä, minkälaisin oikeudellisin mekanismein esimerkiksi yllä mainittuja valtakunnallisia alueidenkäyttötavoitteita pyritään toteuttamaan.

Kysymys on kahtalainen. Ensinnäkin voidaan tarkastella, minkälaisin mekanismein maankäyttö- ja rakennuslain järjestelmän sisällä nämä intressit toteutuvat ja toiseksi, minkälaisia vaikutuksia maankäyttö- ja rakennuslain mukaisilla maankäytön suunnitelmilla ja tavoitteilla on tai voi olla tämän järjestelmän ulkopuolella. MRL:n oman järjestelmän piirissä ohjataan vain niitä toimenpiteitä joita MRL:lla säännellään (ensisijaisesti rakentamista), mutta alueidenkäytön kannalta merkityksellisiä toimenpiteitä tehdään paljon myös muun lainsäädännön nojalla. Kaavojen sisältövaatimusten luonnetta yleisesti tarkasteltiin jo edellä, mutta on syytä vielä tarkastella kuinka suunnittelujärjestelmän välineet ulottavat vaikutuksensa lopulta rakentamista ja muita toimenpiteitä ohjaaviin kaavoihin ja sitä kautta lupamenettelyihin, kun valtakunnalliset samoin kuin ylikansalliset, planeetaarisiksikin luonnehdittavat intressit ovat edellä kuvatulla tavalla varsin keskeisiä tarkasteltavana olevien turvallisuuskysymysten kannalta.

Maankäyttö- ja rakennuslain järjestelmä ohjaa alueiden ja rakennusten suunnittelua, rakentamista ja käyttöä (MRL 2 §). Lain tavoitteita toteutetaan maankäytön suunnittelun ja paljolti näitä suunnitelmia toteuttavan lupajärjestelmän mutta myös muiden mekanismien kuten yleisnormien kautta. Maankäytön suunnittelujärjestelmän tavoitteet toteutuvat keskeisesti kaavahierarkian kautta: kullakin kaavalla on oma hierarkkinen asemansa ja kullakin kaavatasolla oma, määrätty tehtävänsä. Hierarkiassa ylemmän asteinen instrumentti ohjaa alemman asteisen kaavan laadintaa.¹³³ Esimerkiksi valtakunnallisten alueidenkäyttötavoitteiden osalta on säädetty, että maakunnan suunnittelussa ja muussa alueiden käytön suunnittelussa on huolehdittava valtakunnallisten alueidenkäyttötavoitteiden huomioon ottamisesta siten, että edistetään niiden toteuttamista (MRL 24.2 §). Maakuntakaavan sisältövaatimuksissa puolestaan on säädetty, että maakuntakaavaa laadittaessa on valtakunnalliset alueidenkäyttötavoitteet otettava huomioon siten kuin siitä edellä säädetään (MRL 28.1 §). Maakuntakaava puolestaan on ohjeena laadittaessa ja muutettaessa yleiskaavaa ja asemakaavaa sekä

¹³³ Ks. Ekroos – Majamaa 2018, s. 269.

ryhdyttäessä muutoin toimenpiteisiin alueiden käytön järjestämiseksi (MRL 32.1 §). Voimassa olevat kaavat puolestaan ohjaavat erityisesti MRL:n mukaista lupapäätöksentekoa.¹³⁴

Muiden sisältövaatimusten tapaan kuitenkin myös se, milloin ylempään asteinen kaava taikka valtakunnalliset alueidenkäyttötavoitteet ovat olleet riittävästi ohjeena tai otettu riittävästi huomioon on yksittäistapauksissa tulkinnanvarainen kysymys.¹³⁵ Näin ollen ei ole itsestään selvää, että esimerkiksi valtakunnallisissa alueidenkäyttötavoitteissa esiin tuodut valtakunnalliset intressit tulevat huomioituksi paikallisen tason päätöksenteossa, jossa vaikuttavat monet muut, muun ohella kaavoituksesta vastaavan tahon määrittelemät tavoitteet. Kun punnittavana ovat kaavoituksesta vastaavan tahon omat, esimerkiksi kunnalliseen kaavamonopoliin nojaavat tavoitteet ja jostakin ulkopuolelta annetut tavoitteet, on melko selvää, että nämä ulkoa tulevat tavoitteet näyttäytyvät jännitteisissä tilanteissa päätöksenteossa pikemminkin rajoitteina varsinaisten tavoitteiden toteuttamiselle kuin jonakin, jonka toteutuminen pyrittäisiin maksimoimaan. Kun intressien huomioon ottaminen on oikeudellisesti järjestetty yllä kuvatulla tavalla, tämä on myös juridisesti ainakin johonkin mittaahan mahdollista. Luonnon monimuotoisuuteen liittyen *Kuusiniemi* on kirjoittanut: ”[m]aankäyttö- ja rakennuslain tavoite, alueiden käytön suunnittelun yleiset tavoitteet ja kaavojen laatimissäännöt *velvoittavat* kaavoittajaa kiinnittämään asianmukaista huomiota luontoarvoihin ja mahdollistavat luontoarvojen voimakkaankin painottamisen suhteessa muihin alueidenkäyttötavoitteisiin ja -intresseihin. Mutta kääntäen: monien kovien tavoitteiden joukossa muut kuin selvästi

¹³⁴ Esimerkiksi rakennusluvan edellytyksiä asemakaava-alueella koskeva MRL 135 § edellyttää, että rakennushanke on voimassa olevan asemakaavan mukainen. MRL 137 §:n mukaisen suunnittelutarveratkaisun edellytyksenä on muun ohella, ettei rakentaminen aiheuta haittaa asemakaavoitukselle, yleiskaavoitukselle tai alueiden käytön muulle järjestämiselle. MRL 139 §:n mukaan purkamisluvan edellytyksenä on, ettei purkaminen merkitse rakennettuun ympäristöön sisältyvien perinne-, kauneus- tai muiden arvojen hävittämistä eikä haittaa kaavoituksen toteuttamista. MRL 140 §:n mukaan maisematyöluvan edellytyksenä voimassa olevan asema- tai yleiskaavan alueella on, ettei toimenpide vaikeuta alueen käyttämistä kaavassa varattuun tarkoitukseen taikka turmele kaupunki- tai maisemakuvaa.

Kuusiniemi (2001, s. 192) on huomauttanut, että yleispiirteisillä kaavoilla ohjataan lähinnä viranomaisten toimintaa ja maanomistajiin kohdistuu MRL:n järjestelmän puitteissa lähinnä rakentamisrajoituksia. Näin ollen kaavojen merkitystä muun lainsäädännön mukaisessa päätöksenteossa määrittävät erityissäännökset ovat merkittävässä asemassa kaavojen ja alueidenkäyttöön liittyvien tavoitteiden toteuttamisessa.

¹³⁵ Ks. esim. vuosikirjaratkaisu KHO 2012:67, jossa oli kyse yleiskaavalla osoitetun, noin 19 000 asukkaan uuden asuinalueen suhteesta valtakunnallisiin alueidenkäyttötavoitteisiin ja maakuntakaavaan. Ratkaisussa on sovellettu aiemmin voimassa olleita valtakunnallisia alueidenkäyttötavoitteita, viimeisimmän muutoksen jälkeen yhtä täsmällisiä alueidenkäyttötavoitteita ei ole, eikä esimerkiksi Helsingin seudun erityiskysymyksiä koskevia tavoitteita ole annettu erikseen.

alueellisesti kohdennetut ja huomattavan arvokkaat luontoarvot saattavat laillisesti jäädä heikoille.”¹³⁶ Valtakunnalliset alueidenkäyttötavoitteet nähtäneen usein kaavan laatijan harkintavaltaa rajoittavana tekijänä kaavan sisältövaatimusten tapaan.¹³⁷ Tässäkin on tosin huomattava erilaisten, esimerkiksi turvallisuuteen kytkeytyvien intressien moninaisuus: jotkin turvallisuuteen liittyvät intressit epäilemättä mielletään välttämättömämiksi huomioida kuin jotkin muut. Jäljempänä tarkastellaan vielä erikseen maankäytön suunnittelujärjestelmän viimeaikaisia kehityslinjoja ja niiden merkitystä esimerkiksi valtakunnallisten intressien huomioon ottamisen kannalta.

Toisaalta on tarkasteltava myös sitä, minkälainen merkitys MRL:n nojalla laadituilla maankäytön suunnittelua koskevilla välineillä on muiden lakien mukaisessa päätöksenteossa. Maankäyttö- ja rakennuslakia säädettäessä pyrkimyksenä oli parantaa ja selkeyttää nimenomaan kaavojen merkitystä muun lain mukaisessa päätöksenteossa.¹³⁸ Tässä suhteessa vaikutuksia on tavoiteltu muun ohella niin sanotun *viranomaisvaikutuksen* avulla. MRL 24.1 §:n mukaan valtion viranomaisten tulee toiminnassaan ottaa huomioon valtakunnalliset alueidenkäyttötavoitteet, edistää niiden toteuttamista ja arvioida toimenpiteidensä vaikutuksia aluerakenteen ja alueiden käytön kannalta. On huomattava, että tältä osin viranomaisvaikutus siis koskee vain valtion viranomaisia. Kuntien ja maakuntien päätöksentekoon valtakunnalliset alueidenkäyttötavoitteet siis välittyvät vain kaavoituksen ohjausvaikutuksen kautta. Maakuntakaavan osalta puolestaan viranomaisten – siis muidenkin kuin valtion viranomaisten – on suunnitellessaan alueiden käyttöä koskevia toimenpiteitä ja päättäessään niiden toteuttamisesta otettava maakuntakaava huomioon, pyrittävä edistämään kaavan toteuttamista ja katsottava, ettei toimenpiteillä vaikeuteta kaavan toteuttamista (MRL 32.2 §). Yleiskaavan osalta MRL 42.2 §:ssä on säädetty, että viranomaisten on suunnitellessaan alueiden käyttöä koskevia toimenpiteitä ja päättäessään niiden toteuttamisesta katsottava, ettei toimenpiteillä vaikeuteta yleiskaavan toteutumista.¹³⁹

¹³⁶ Kuusiniemi 2001, s. 188.

¹³⁷ Heinilä – Wähä 2013, s. 51. Aiemmin on pyritty tuomaan esiin se seikka, että kaavoitukseen liittyvät primääritavoitteet voivat usein olla jännitteisessä suhteessa erilaisiin, valtakunnallisiksi mielletäviin yleisiin intresseihin. On kuitenkin samalla huomioitava, että yksittäiset kaavahankkeet voivat poiketa tässä suhteessa toisistaan merkittävästi.

Myös esimerkiksi Mäkinen (2010, s. 117–118) on tuonut esiin kuntien ja valtion viranomaisten vastakkainasettelun yksittäisissä kaavahankkeissa.

¹³⁸ Ks. HE 101/1998 vp, s. 46.

¹³⁹ Ks. säännöksissä viitatus viranomaiskäsitteen osalta, erityisesti maakuntakaavan viranomaisvaikutukseen liittyen Huttunen 2012, s. 36–42.

Viranomaisvaikutus kuitenkin osoittautuu lähemmässä tarkastelussa oikeudelliselta merkitykseltään jossain määrin epämääräiseksi mekanismiksi MRL:n mukaisten maankäytön suunnitelmien huomioon ottamisen varmistamisessa muun lain mukaisessa päätöksenteossa. Näin on, jos ja kun sen katsotaan olevan erillinen mekanismi suhteessa erikseen erityislaeissa säädettyihin kaavojen huomioonottamisvelvollisuuksiin. Vaikka edellä mainittu, MRL 2 §:ssä säädetty lain soveltamisala on laaja, lain suhdetta muuhun, kaavoituksen kannalta merkitykselliseen lainsäädäntöön ei ole yleisellä tasolla määritelty vaan se määräytyy kulloisenkin erityislain perusteella. MRL 3 §:n mukaan lain mukaiset alueiden käyttöä koskevat tavoitteet ja suunnitelmat on, siten kuin erikseen säädetään, otettava huomioon suunniteltaessa ja päätettäessä muun lainsäädännön nojalla ympäristön käytön järjestämisestä.¹⁴⁰ Käytännössä muun lain mukaisessa päätöksenteossa oikeudellisesti velvoittava merkitys (siten, että velvoitteen sivuuttaminen voi toimia päätöksen kumoamisperusteena muutoksenhaussa) edellyttää sitä koskevia säännöksiä kulloisessakin sektorilaissa.¹⁴¹ Esimerkiksi ympäristönsuojelulain (527/2014, YSL) mukaista turvetuotannon lupaharkintaa ja muun ohella valtakunnallisten alueidenkäyttötavoitteiden merkitystä siinä koskeneessa vuosikirjaratkaisussa KHO 2010:32 todettiin, että maankäyttö- ja rakennuslain 24 §:n 1 momentissa säädetty ohjausvaikutus, jonka mukaan valtion viranomaisten tulee toiminnassaan ottaa huomioon valtakunnalliset alueidenkäyttötavoitteet, edistää niiden toteuttamista ja arvioida toimenpiteidensä vaikutuksia aluerakenteen ja alueiden käytön kannalta, ei vaikuttanut ympäristönsuojelulaissa säädettyyn oikeusharkintaiseen lupaharkintaan oikeudellisesti sitovalla tavalla.¹⁴² Ympäristönsuojelulaki sisältää säännökset siitä, kuinka muun ohella maankäyttö- ja rakennuslain mukaiset kaavat otetaan huomioon YSL:n mukaisessa lupaharkinnassa, mutta valtakunnallisten alueidenkäyttötavoitteiden rooli jää MRL:ssa

¹⁴⁰ Säännöksen perustelujen mukaan asiasta säädettäisiin erikseen ehdotetun lain myöhemmissä säännöksissä tai asianomaisissa muissa laeissa, HE 101/1998 vp, s. 62. Esitöiden mukaan tämä erikseen säätäminen voi siten tapahtua sekä MRL:n säännöksissä että sektorilaeissa.

¹⁴¹ Ks. kuitenkin Ekroos – Majamaa 2018, s. 222, jossa todetaan, että ”[y]leiskaavan toteuttamisen vaikeutumiseen ei MRL:n mukaan liity erityisiä seuraamuksia. Muun lain mukaisessa muutoksenhaussa saattaa kuitenkin olla mahdollista käyttää osana argumentaatiota myös yleiskaavan toteuttamisen vaikeutumiseen liittyviä seikkoja”.

¹⁴² Ratkaisua annettaessa voimassa oli aiempi ympäristönsuojelulaki (86/2000), mutta tilanne ei tältä osin (suhteessa valtakunnallisiin alueidenkäyttötavoitteisiin) ole muuttunut. KHO totesi ratkaisussaan sinänsä myös, että lupaa ja lupamääräyksiä koskevassa harkinnassa valtakunnalliset alueidenkäyttötavoitteet voitiin kuitenkin osaltaan ottaa *selvityksenä* huomioon. Tuolloisissa valtakunnallisissa alueidenkäyttötavoitteissa oli varsin täsmälliset erityistavoitteet turvetuotantoa koskien. Nykyiset tavoitteet eivät enää tällaisia sisällä.

säädetyin viranomaisvaikutuksen varaan.¹⁴³

YSL 11 §:n mukaista sijoituspaikan valintaa koskevassa säännöksessä sijoituspaikan ja vaikutusalueen oikeusvaikutteisen kaavan osoittama käyttötarkoitus on osa sijoituspaikkaa koskevaa kokonaisuuskäytäntöä. Varsinaiset kaavojen huomioonottamisvelvollisuudet kuitenkin määräytyvät YSL 12 §:n mukaan, jossa säädetään, että luvanvaraista, ilmoituksenvaraista tai rekisteröitävää toimintaa ei saa sijoittaa asemakaavan vastaisesti. Lisäksi alueella, jolla on voimassa maakuntakaava tai oikeusvaikutteinen yleiskaava, on katsottava, ettei toiminnan sijoittaminen vaikeuta alueen käyttämistä kaavassa varattuun tarkoitukseen.

Toinen sektorilainsäädännön esimerkki kaavojen vaikutuksesta muun lain mukaisessa päätöksenteossa on vesilain (587/2011, VL) 3:5, jonka mukaan lupa-asiaa ratkaistaessa on otettava huomioon asemakaava. Lisäksi on otettava huomioon, mitä maankäyttö- ja rakennuslaissa säädetään maakuntakaavan ja yleiskaavan oikeusvaikutuksista. Pykälän toisen momentin mukaan lupa-asiaa ratkaistaessa on katsottava, ettei lupa merkittävästi vaikeuta kaavan laatimista.¹⁴⁴

Kaivoslaissa (621/2011, KaivosL) keskeinen maankäytön suunnittelun ja kaivostoiminnan suhteen määrittely sisältyy KaivosL 47.6 §:ään, jonka mukaan kaivosalueen ja kaivoksen apualueen suhde muuhun alueiden käyttöön tulee olla selvitetty. Kaivostoiminnan tulee perustua maankäyttö- ja rakennuslain mukaiseen oikeusvaikutteiseen kaavaan taikka kaivostoiminnan vaikutukset huomioon ottaen asian tulee olla muutoin riittävästi selvitetty yhteistyössä kunnan, maakunnan liiton ja elinkeino-, liikenne ja ympäristökeskuksen kanssa. Kaavan oikeusvaikutuksista säädetään maankäyttö- ja rakennuslaissa. Säännöksestä huomataan, että siinä ei yksiselitteisesti edellytetä kaivostoiminnan perustamista kaavaan, vaan asia voi sanamuodon mukaan olla ”muutoin riittävästi selvitetty”. Ratkaisu kuvastanee yhtenä esimerkkinä sitä, kuinka yksiselitteinen vaatimus kaavaan perustumisesta mielletään helposti liian jäykäksi järjestelyksi.¹⁴⁵ Sinänsä nykyisen kaivoslainkin sääntely on selvästi kiinteämmin sidoksissa maankäytön suunnitteluun kuin sitä edeltäneen vuoden 1963 kaivoslain.¹⁴⁶

Ilmeisen turvallisuusulottuvuuden sisältävän vesihuollon osalta taas aiemmin voimassa olleen terveydensuojelulain (763/1994, TSL) nojalla

¹⁴³ Kuntien viranomaisiin valtakunnallisten alueidenkäyttötavoitteiden viranomaisvaikutus ei siis lainkaan ulotu.

¹⁴⁴ Ks. säännösten tulkinnasta esim. Hollo 2014, s. 145–148.

¹⁴⁵ Myös esim. Ratalain (110/2007, RataL) 10 §:n ja liikennejärjestelmästä ja maanteistä annetun lain (503/2005, MaantieL) 17 § heijastelevat jossain määrin tällaista ajattelua. Ratojen ja maanteiden suunnittelun tulee lähtökohteisesti perustua molempien säästöjen mukaan kaavaan, mutta tästä lähtökohdasta on säädetty erinäisiä poikkeuksia.

¹⁴⁶ Ks. KaivosL:n ja maankäytön suunnittelun suhteesta Pölonen 2016, s. 80–81, laajemmin passim.

liittymisvelvollisuus oli sidottu nimenomaan asemakaavoitukseen, TSL 19 ja 23 §:ien sisältäessä velvollisuuden liittyä asemakaava-alueella yleiseen viemäriin ja vesijohtoon. Vesihuoltolain (119/2001, VHL) voimaantulon jälkeen tämän kaltaista automaattista yhteyttä ei enää ole, mutta asiallisesti tilanne on asemakaava-alueiden osalta samanlainen. VHL 10 § asettaa kiinteistöille yleisen liittymisvelvollisuuden vesihuoltolaitoksen toiminta-alueella, ja toiminta-alueisiin tulee sisällyttää kaikki sellaiset alueet, joilla kiinteistöjen liittäminen vesijohtoon tai viemäriin on tarpeen toteutuneen tai suunnitellun yhdyskuntakehityksen vuoksi. Tällaisia alueita ovat itsestään selvästi muun ohella asemakaava-alueet. Vesihuoltolakia säädettyä TSL:n mukainen rajausta katsottiin tarpeettoman suppeaksi sekä laitosten toiminnallisten ja taloudellisten edellytysten että vesiensuojelun kannalta. Liittämisvelvollisuudella haluttiin varmistaa asumisjätevesien asianmukainen viemärointi ja jätevesien puhdistaminen myös asemakaava-alueiden ulkopuolisissa taajamissa.¹⁴⁷

Energiaturvallisuuden liittyen sähkömarkkinalain (588/2013, SähköML) on säädetty sähköverkon suhteesta kaavoitukseen siten, että nimellisjännitteeltään vähintään 110 kilovoltin sähköjohdon reitille tulee saada kunnan suostumus, jos oikeutta sähköjohdon sijoittamiseen ei perusteta kiinteän omaisuuden ja erityisten oikeuksien lunastuksesta annetun lain (603/1977) mukaisessa lunastusmenettelyssä ja sähköjohto rakennetaan muualle kuin kaavassa tätä varten varatulle alueelle. Kunta ei saa evätä suostumusta tai asettaa sen myöntämiselle ehtoja ilman alueiden käytön suunnitteluun tai ympäristönäkökohtiin liittyviä taikka muihin seikkoihin perustuvia päteviä syitä, jos epämisestä tai ehdoista aiheutuu sähkönsiirron turvaamiselle tai hakijalle kohtuutonta haittaa. (SähköML 17.1 §) Edelleen jakeluverkonhaltijan on huolehdittava, että jakeluverkon rakentamista koskevasta suunnittelusta tiedotetaan kunnille. Jakeluverkonhaltijan on yhdessä vastuualueensa kuntien kanssa muutoinkin huolehdittava riittävästä yhteistoiminnasta siten, että kuntien maankäyttöä koskevat näkökohdat tulevat verkon sijoittamisessa huomioon otetuiksi (SähköML 17.2 §). Kaavoituksella on sidos myös jakeluverkon toiminnan laatuvaatimuksiin: jakeluverkko on SähköML 51 §:n mukaan suunniteltava, rakennettava ja ylläpidettävä muun ohella siten, että jakeluverkon vioittuminen myrskyn tai lumikuorman seurauksena ei aiheuta asemakaava-alueella verkon käyttäjälle yli 6 tuntia kestävästä sähkönjakelun keskeytystä. Laatuvaatimukset ovat siten asemakaava-alueilla muita alueita olennaisesti tiukemmat. Nimenomaan asemakaavoitus perustaa sekä MRL:n että eri sektorilakien perusteella useammanlaisia palvelujen järjestämisvelvoitteita.

¹⁴⁷ HE 85/2000, s. 29.

Viranomaisvaikutuksellakin on silti nähtävä olevan merkityksensä, kun se edellyttää ottamaan valtakunnalliset alueidenkäyttötavoitteet ja kaavat huomioon niissäkin tilanteissa, joissa erityislaissa ei ole erikseen säädetty MRL:n suunnittelujärjestelmän instrumenttien huomioon ottamisesta tai jopa sellaisesta viranomaisten tekemästä suunnittelusta ja päätöksenteosta, joista laissa ei ole lainkaan täsmällisiä säännöksiä.¹⁴⁸ Tällöin kysymys on kuitenkin tavallaan rinnakkaisesta lain soveltamisesta, jolloin velvoittavuus ei ole ehdotonta.¹⁴⁹ Eduskunnan säätämä laki kuitenkin lähtökohtaisesti velvoittaa viranomaisia perustuslaissa säädettyjen hallinnon lainalaisuuden ja vallaanjoollisen aseman kautta. Oma kysymyksensä on se, että MRL:n mukainen viranomaisvaikutus oletettavasti tunnetaan melko heikosti varsinkin sellaisilla viranomaistoiminnan sektoreilla, joilla sovellettavien erityislakien kautta MRL:n instrumentit eivät saa yksiselitteistä merkitystä.¹⁵⁰

Maankäyttö- ja rakennuslain suunnittelujärjestelmän oikeudellisesti sitova vaikutus lain järjestelmän ulkopuoliseen päätöksentekoon jääkin siis hyvin pitkälti sen varaan, kuinka asia on sektorilaeissa kulloinkin järjestetty. Tässä yhteydessä ei ole mahdollista tai tarpeenkaan yrittää käydä sääntelyä systemaattisesti läpi. Yleisesti ottaen voidaan sanoa, että uudemmassa lainsäädännössä yhteydet ovat varsin tiiviit, mutta tilanteet vaihtelevat edellä kuvatulla tavoin säädöksittäin paljonkin.¹⁵¹ Sektorikohtaisuus voi siten muodostaa ongelman erilaisten, laajasti eri maankäyttösektorit läpäisevien yhteiskunnallisten tavoitteiden saavuttamisessa, mikäli esimerkiksi poliittista tahtoa kaavoituksen merkityksen kasvattamiseen tietyllä sektorilla ei ole.

Yhtenä esimerkkinä on mainittava metsien käytön ohjausta koskeva lainsäädäntö, joka on äärimmäisen tärkeä Suomessa sekä ilmastomuutoksen että luonnon monimuotoisuuden kannalta. Kun edellä kuvatuissa esimerkeissä on säädetty siitä, miten maankäyttö- ja rakennuslain mukaiset kaavat on velvollisuus ottaa huomioon sektorilakien mukaisessa päätöksenteossa, näyttää metsäsektorilla pyrkimyksenä pikemminkin olevan se, ettei metsälainsäädännön ja maankäytön suunnittelun välillä olisi päällekkäisyyksiä; kaavoituksella ei toisin sanoen lähtökohtaisesti ohjattaisi talousmetsien käyttöä, vaan se tapahtuisi vain metsälain (1093/1996, Metsäl) järjestelmän piirissä.¹⁵² Metsälaki ei sisällä samankaltaisia kaavojen huomioonotta-

¹⁴⁸ Ks. Huttunen 2012, s. 43.

¹⁴⁹ Ekroos – Majamaa 2018, s. 169.

¹⁵⁰ Ks. viranomaisvaikutuksen mahdollisista sisällöistä erityisesti maakuntakaavan viranomaisvaikutuksen osalta Huttunen 2012, s. 42–52.

¹⁵¹ Esimerkiksi kaivostoimintaan liittyen Pölonen (2016, s. 79–80) on huomauttanut, että toiminnan kannalta relevanttien lupamenettelyiden (KaivosL:n, VL:n ja YSL:n) osalta säännökset kaavoituksen huomioon ottamisesta vaihtelevat lupatyypeittäin.

¹⁵² Ks. esim. Huhtinen – Vainio 2016, s. 8. Näin siitä huolimatta, että kaavoituksen merkitys

misvelvollisuuksia metsälain mukaisissa toimenpiteissä kuin ympäristölainsäädäntö pääosin.¹⁵³ Metsälaki sisältää kaavoitukseen liittyen lähinnä vain soveltamisalaa koskevan säännöksen (Metsäl 2 §), jossa määritellään se, millä alueilla metsälakia sovelletaan suhteessa alueen kaavoitustilanteeseen. Soveltamisalan määrittely paljolti poissulkevaksi voi erityisesti yleiskaava-alueilla johtaa esimerkiksi tilanteisiin, joissa tosiasiallisesti metsäalueina olevat, mutta yleiskaavassa johonkin muuhun käyttöön osoitetut alueet eivät ole kummankaan lain ennakkolisten menettelyjen piirissä. Sääntelyä on muutettu viime vuosinakin jossain määrin enemmän tähän suuntaan, joka on siis yleiseen kehitykseen nähden vastakkaisen suuntainen muutos.¹⁵⁴

Huomioon ottaen metsien osuus maapinta-alasta ja metsien merkityksestä myös muiden kuin metsätaloudellisten intressien (ilmastonmuutoksen hillinnän ja luonnon monimuotoisuuden ohella myös esimerkiksi virkistyskäytön) kannalta, tätä voidaan pitää hyvin ongelmallisena. Muita kuin metsätalousintressejä voidaan metsälain sääntelyjärjestelmän piirissä ottaa oikeudellisesti merkityksellisellä tavalla huomioon hyvin rajallisesti. Esimerkiksi Metsäl 5 b §:n 1 momentin mukaan, jos hakkuun kohteella on metsän monimuotoisuuden säilyttämisen, maiseman tai metsän monikäytön kannalta erityistä merkitystä, hakkuu voidaan tehdä kohteen erityisluonteen edellyttämällä tavalla. Säännös siis sallii tällaiset arvot otettavaksi huomioon, mutta ei velvoita siihen. Vaikka metsälain järjestelmä tunnistaakin luonnon monimuotoisuuteen liittyvät arvot, ne ovat metsälain järjestelmässä alisteisia metsätaloudellisille intresseille. Esimerkiksi *Kuusiniemi* on todennut, että ”[m]ikäli maanomistajalla ei eettisistä tai taloudellisista syistä ole osaltaan halua säilyttää metsäluonnon monimuotoisuutta, metsälaki ei tarjoa riittäviä

on ollut metsien käytön ohjauksessa vähäinen ja metsätalousalueilla sijaitsevien luontoarvojen ja maiseman suojeluun kaavoituksellisin keinoin on suhtauduttu pidättyväisesti; mt., s. 7.

¹⁵³ Suomen metsäkeskuksen tehtäviä koskevassa Metsäl 25.3 § on kuitenkin säädetty, että kaavoitettavien ja kaavoitettujen alueiden osalta Suomen metsäkeskuksen tulee olla riittävässä yhteistyössä kuntien kanssa tämän lain ja maankäyttö- ja rakennuslain tavoitteiden yhteen sovittamiseksi.

¹⁵⁴ MRL:n 1.5.2017 voimaan tulleella muutoksella MRL 128 §:n mukaisen maisematyölupavelvollisuuden piiristä rajattiin yleiskaavoissa maa- ja metsätalousvaltaisiksi osoitetut alueet. Näille alueille ei siis enää voida kaavamääräyksellä asettaa maisematyölupavelvoitetta hakkuihin liittyen. Tavoitteena oli esitöiden mukaan helpottaa metsätaloutta; HE 251/2016 vp, s. 23. Toisaalta tällaisillakin alueilla on mahdollista antaa esimerkiksi ympäristöarvojen suojaamiseksi MRL 41.2 §:n mukaisia suojelumääräyksiä, jotka velvoittavat maanomistajaa metsälainsäädännöstä riippumatta. Tästä huolimatta maisematyölupamenettelyn mahdollisuuden poistumista voidaan pitää useammallakin tavalla ongelmallisena, kun luvassa olisi mahdollista sovittaa yhteen erilaisia, metsienkäyttöön liittyviä intressejä. Sen kautta myös toimenpiteiden suorittaja saa lainvoimaisen ratkaisun siitä, mitkä toimenpiteet alueella ovat viranomaisen hyväksymiä. Suojelumääräyksiin ei tällaista ennakkolista menettelyä liity.

pidäkkeitä monimuotoisuutta vaarantaville toimille. Metsänomistaja ei ole oikeudellisesti velvollinen pidättymään hakkuista monimuotoisuuden turvaamiseksi. Tämä koskee erityisesti ’tavanomaista talousmetsää’, mutta käytännössä myös avainbiotooppien oikeudellinen suoja on rajallinen maanomistajan lähtökohtaisen poikkeuslupavaateen vuoksi.”¹⁵⁵

Vielä on nostettava esiin eräs kaavoitusta koskeva kysymys, joka liittyy sen rooliin yhteiskunnallisten intressien toteuttamiskeinona. Ei nimittäin ole itsestään selvää, laaditaanko kaavoja välttämättä aina silloin kun maankäytön ohjaustarve sitä edellyttäisi. Kaavojen sisällön määrittelyn lisäksi myös kaavojen laatimiseen ryhtyminen on paljolti kaavoituksesta vastaavan tahon harkinnassa, vaikkakin myös kaavoitukseen ryhtymisen osalta on maankäyttö- ja rakennuslaissa säädetty siitä, milloin kaavan laatimiseen tai muuttamiseen tulee ryhtyä. Nämäkin säännökset ovat kuitenkin huomattavan joustavia.¹⁵⁶ Esimerkiksi yleiskaavan osalta on säädetty ainoastaan, että kunnan tulee huolehtia tarpeellisesta yleiskaavan laatimisesta ja sen pitämisestä ajan tasalla (MRL 36 §). Suunnitteluvierokkaiden toteutumista voidaan pitää hyvin keskeisenä maankäyttö- ja rakennuslain tavoitteiden toteutumisen kannalta, mutta tästä huolimatta näyttää siltä, että kaavoitus varsin usein on maankäytön ohjaustarpeita jäljessä.¹⁵⁷ Suunnitteluvierokkaiden täyttämiseksi maankäyttö- ja rakennuslaki sisältää omat menetelynsä, mutta niiden käyttäminen on jäänyt hyvin vähäiseksi.¹⁵⁸

¹⁵⁵ Kuusiniemi 2001, s. 212–213. MetsäL:n sääntelystä luonnon monimuotoisuuden suojelun näkökulmasta mt., s. 210–213.

¹⁵⁶ Ks. Pölönen – Malin 2011, s. 131.

¹⁵⁷ Yhtenä indikaattorina tästä voidaan pitää sitä, että niin aiemman rakennuslain (370/1958, RakL) kuin nykyisen MRL:nkin aikana on rakennettu huomattavassa määrin kaavoituksen yksittäisen hankkeen osalta korvaavilla luparatkaisuilla (nykyisin MRL 137 §:n mukaisilla suunnittelutarveratkaisuilla ja MRL 171 §:n mukaisilla poikkeamispäätöksillä). Eräänä merkinä tästä lainsäädännön tasolla voidaan pitää sitä, että MRL 42.4 §:ään sisällytettiin v. 2017 säännökset yleiskaavan ohjausvaikutuksen sivuuttamisesta tilanteessa, jossa yleiskaava on *ilmeisen vanhentunut*. Laki sisältää siis yhtäältä velvoitteen pitää yleiskaava ajan tasalla, mutta toisaalta säännökset koskien yleiskaavan ilmeistä vanhentuneisuutta. Mainittakoon, ettei tästä yleiskaavan vanhentuneisuudesta seuraa velvoitteita, vaan mahdollisuus sivuuttaa yleiskaavan ohjausvaikutus tällaisessa tilanteessa.

¹⁵⁸ Ks. kaavoituksen tarpeen ilmaisevista suunnitteluvierokkaiden ja niihin liittyvistä kysymyksistä Heinilä 2017, s. 181–186.

MRL:n sääntelyjärjestelmä sisältää myös instrumentteja, jotka eivät ainakaan edesauta kaavojen laatimis- ja muuttamisvelvollisuuksien toteutumista. MRL 16 §:n tarkoittamilla suunnittelutarvealueilla (jotka lähtökohtaisesti tulisi suunnitella rakentamista ohjaavalla kaavalla) yksittäiset rakennushankkeet ovat toteutettavissa edellytysten täytyessä myös MRL 137 §:n mukaisella suunnittelutarveratkaisulla. MRL 171 §:n mukaisin poikkeamispäätöksin taas on mahdollista edellytysten täytyessä rakentaa kaavan vastaisesti taikka rakentaa ilman kaavallista suunnittelua rantavyöhykkeelle, joille rakentaminen MRL 72 §:n mukaan edellyttää lähtökohtaisesti rakentamista ohjaavan kaavan laatimista. Ks. Heinilä 2017, esim. s. 279–286, suunnittelutarvealueesta ja rantavyöhykkeestä 186–228.

Yhteiskunnallisten, esimerkiksi erilaisiin turvallisuuden ulottuvuuksiin liittyvien tavoitteiden toteuttamiseen maankäytön suunnittelun keinoin liittyy siis huomattava määrä erilaisia kitka- ja epävarmuustekijöitä. Osalle näistä kitkatekijöistä on esitettävissä paremmat perustelut (kansalaisten perusoikeudet) kuin joillekin muille. Näistä hidastevoimista huolimatta maankäyttö- ja rakennuslain mukainen maankäytön suunnittelu on ainoa kokonaisvaltainen ympäristönkäytön oikeusvaikutteinen ohjausväline, jolla voidaan yhteen sovittaa erilaisia intressejä ja toteuttaa yhteiskunnallisesti tärkeinä pidettyjä tavoitteita. Sektorilaeilla voidaan pistemäisesti suojata tiettyjä arvoja ja intressejä tehokkaastikin (ja tällöin yleensä tehokkaammin kuin maankäyttö- ja rakennuslain välinein), mutta tällainen lähestymistapa jättää helposti näiden intressien suojaamiseksi merkittävätkin alueidenkäyttökysymykset erityisesti muilla alueilla tarkastelun ja suojan ulkopuolelle.¹⁵⁹ Esimerkiksi luonnon monimuotoisuuden suojelemiseksi yksinomaan luonnonsuojelualueiden perustaminen ei ole nykykatsannossa riittävää.¹⁶⁰ Maankäyttö- ja rakennuslain suunnittelujärjestelmä on näin asemaltaan keskeinen ympäristönkäytön päätöksentekojärjestelmässä.¹⁶¹

Edellä on tuotu esiin se, kuinka toisiinsa kytkeytyneitä ja keskinäisessä vuorovaikutuksessa olevia erilaiset turvallisuuteen liittyvät kysymykset ovat. Tämän perusteella voidaan olettaa, että myös näihin turvallisuuskysymyksiin vastaaminen edellyttää kokonaisvaltaista tarkastelua ja kokonaisvaltaisia ratkaisuja. Alueidenkäyttöön liittyvien turvallisuuskysymysten osalta tällainen kokonaisvaltainen väline on maankäytön suunnittelu. Tämä kuitenkin edellyttää, että järjestelmän toiminnasta tällaisten intressien toteuttamisessa huolehditaan ja että kaavoituksen suhteet muun lainsäädännön mukaiseen päätöksentekoon on järjestetty tehokkaasti. Pelkkään MRL:n mukaiseen viranomaisvaikutukseen nojaamiseen liittyy merkittäviä epävarmuuksia, vaikka ideaalilanteessa maankäytön suunnittelun instrumentit vaikuttavatkin viranomaisten toimintaan myös tätä kautta.

3.1.4 Polkuriippuvuudesta

Aiheen kannalta on vielä tärkeää tunnistaa se seikka, että kaavat ovat nimenomaan tulevaisuutta koskevia suunnitelmia.¹⁶² Tulevaisuuteen suuntautuminen on yleisemminkin ympäristöoikeudellisten päätöksentekomenettelyjen tyypillinen piirre, mutta kaavoituksen aikajännettä voidaan pitää tässä suhteessa erityisen pitkänä. Kaavojen tavoitevuodet voivat

¹⁵⁹ Näin biodiversiteetin näkökulmasta Kuusiniemi 2001, esim. s. 191, 216.

¹⁶⁰ Ks. esim. Dalby 2009, s. 6.

¹⁶¹ Kuusiniemi 2001, s. 196.

¹⁶² Ks. esim. Pölönen – Malin 2011, s. 127.

olla 20 tai jopa 30 vuoden päässä ja kaavoilla aikaansaatu rakennettu¹⁶³ ympäristö ja yhdyskuntarakenne voi olla olemassa satoja vuosia. Kaavoja voidaan ja tuleekin muuttaa, kun maankäytön ohjaustarve sitä edellyttää, mutta maankäytöllisten perusratkaisujen muuttaminen myöhemmin on vähintäänkin kallista, ellei monissa tapauksissa suorastaan mahdotonta. Näin ollen esimerkiksi turvallisuuteen liittyvien, jo nyt nähtävillä olevien pidemmän aikavälin muutosten huomioon ottamisen tulisi saada keskeinen sija maankäytön suunnittelussa, mikäli näihin muutoksiin halutaan vastata.

Maankäytön suunnittelua, turvallisuutta ja globaaleja megatrendejä on tästä näkökulmasta hyödyllistä tarkastella *polkuriippuvuuden* käsitteen kautta. Polkuriippuvuus yksinkertaisimmillaan viittaa siihen, että ajallisesti myöhemmät tapahtumat ovat riippuvaisia aiemmista tapahtumista, niiden yhteydessä valituista poluista. Erilaisten mekanismien kautta käytännöt ja ajattelutavat asettuvat tiettyihin uomiinsa ja tekevät muutoksista vaikeita.¹⁶⁴ Riittävän pitkään tiettyä polkua edenneen kehityksen kohdalla tapahtunutta ei saa enää tapahtumattomaksi, tai ainakin se tulee hyvin kalliiksi.¹⁶⁵ Kun polkuriippuvuus tuo esiin nimenomaan tapahtumien ajallisen ulottuvuuden, se liittyy kiinteästi kysymyksiin, jotka liittyvät sen kaltaiseen pidemmän aikavälin kehitykseen kuin ilmastonmuutos. Polkumetaforaa käytetäänkin esimerkiksi hallitustenvälisen ilmastopaneelin raporteissa joissa viitataan *päästöpolkuihin* (greenhouse gas emission pathways), jotka puolestaan johtavat erilaisiin tulevaisuusskenaarioihin.¹⁶⁶ Järjestelmien väliset kytkökset vaikuttavat niin, että mikäli kasvihuonekaasupäästöissä jatketaan nykyistä polkua, se vaikuttaa eri luonnonjärjestelmiin arvaamattomalla tavalla ja niin, että ne eivät kykene palautumaan tästä häiriötilasta vaan muuttuvat.¹⁶⁷

Maankäytön suunnittelulla luodun ympäristön ajallisen pysyvyyden kautta polkuriippuvuus on maankäytön suunnittelussa lähes itsestään selvä piirre: nyt tehdyt maankäytölliset valinnat määrittelevät rakennettua ympäristöä ja yhdyskuntarakennetta pitkälle tulevaisuuteen.¹⁶⁸ Myöhempien muutosten on mukauduttava nyt ja menneisyydessä tehtyihin ratkaisuihin

¹⁶³ Vaikka tässä kirjoituksessa on korostettu sitä, että alueiden käytön suunnittelu kattaa rakentamisen ohella myös rakentamiselta vapaaksi jättämisen, varsinkin detaljikaavoituksella pyritään pääsääntöisesti nimenomaan aktiivisten maankäyttöpyrkimysten edistämiseen; ks. Kuusiniemi 2001, s. 188.

¹⁶⁴ Rytteri – Kortelainen 2015, s. 19 ja siinä viitattu.

¹⁶⁵ Peltonen 2004, s. 32 ja siinä viitattu.

¹⁶⁶ Ks. esim. IPCC 2018, s. 6.

¹⁶⁷ Ks. Walker – Salt 2006, s. 112–114.

¹⁶⁸ Tässä sivuutetaan maininnalla sinänsä mielenkiintoinen kysymys itse kaavoituskäytäntöjen tai maankäyttöä koskevan päätöksenteon polkuriippuvuudesta ja niitä mahdollisesti synnyttävistä tekijöistä. Esimerkiksi Peltonen (2004 passim) on tarkastellut kunnallisen poliittisen päätöksenteon käytäntöjä polkuriippuvuuden näkökulmasta.

tai uusien polkujen valitseminen on kallista; joissakin tapauksissa se voi olla mahdotonta. Käynnissä olevat merkittävät globaalit muutokset korostavat polkuriippuvuutta, kun valittuun polkuun liittyvät riskit kasvavat entistä suuremmiksi. Toisaalta, vaikka esimerkiksi ilmastonmuutoksen vaikutuksiin liittyy huomattavia epävarmuustekijöitä, on siihen liittyen olemassa myös poikkeuksellisen paljon tutkimustietoa. Tätä tietoa olisi välttämätöntä käyttää, kun polkuja tulevaisuuteen valitaan. Tarvittavat muutokset olisi nykytiedon mukaan tehtävä mahdollisimman nopeasti.

3.2 Kaavoituksen mahdollisuudet turvallisuuden ja resilienssin luomisessa

3.2.1 Ympäristöonnettomuudet, ympäristön pilaantuminen ja muut häiriötilanteet

Edellä on tarkasteltu maankäytön suunnittelujärjestelmää yleisellä tasolla ja sitä, millä tavoin ja mihin sillä voidaan yleisesti ottaen vaikuttaa ja millaisia epävarmuustekijöitä järjestelmän toimivuuteen liittyy erilaisten yhteiskunnallisten tavoitteiden toteuttamisessa.¹⁶⁹ Kaavoituksella voidaan jo edellä sanotun perusteella hyvin monin eri tavoin luoda edellytyksiä sekä yksilötason että yhteisö- ja yhteiskunnan tason turvallisuudelle ja resilienssille. Tässä jaksossa pyritään tarkastelemaan näitä kysymyksiä vielä täsmällisemmin. Samalla joudutaan kuitenkin toteamaan se seikka, että turvallisuuden erilaisiin ulottuvuuksiin välillisesti liittyviä ja vaikuttavia tekijöitä on paljon ja kaikki liittyy lopulta kaikkeen. Tarkastelut jäävät näin väistämättä jossain määrin esimerkinomaisiksi, ja niissä on lähinnä pyritty keskittymään aiemmin käsiteltyihin teemoihin. Maankäytön suunnittelun huomattava merkitys turvallisuuteen liittyvien kysymysten kannalta tulee tästä huolimatta nähdäkseni perustelluksi.

Kaavoituksen yleisempi merkitys voidaan nähdä erityisesti erilaisten uhkien ennaltaehkäisyssä ja niiden haitallisten vaikutusten vähentämisessä. Esimerkiksi kaupunkien suunnittelun keskeisenä motiivina on alun perin ollut paloturvallisuus.¹⁷⁰ Uhkien ennalta ehkäisyyn ja erilaisten häiriötilantei-

¹⁶⁹ Sinänsä esimerkiksi se, ettei kaavoja laadita vaikka alueiden käytön ohjaustarve sitä edellyttäisi, vaikuttaa yhtä lailla myös esimerkiksi yksityisten tahojen oikeuksien ja oikeusturvan toteutumiseen. Maankäytön suunnittelun toteutuminen suunnittelun tarpeiden edellyttämällä tavalla on siis ratkaisevassa asemassa sekä yleisten etujen että yksityisten oikeuksien toteutumisessa; ks. Heinilä 2017, s. 441.

¹⁷⁰ Ks. esim. Heinilä 2017, s. 174 ja siinä viitattu. Paloturvallisuus on tietenkin mitä suurimmassa määrin myös rakentamisen ohjausta koskeva kysymys. MRL 117 b §:n 1 momentin mukaan rakennushankkeeseen ryhtyvän on huolehdittava, että rakennus suunnitellaan ja

den tai pidemmällä aikavälillä tapahtuvien muutosten haitallisten vaikutusten ehkäisyyn kaavoituksella on kuitenkin mahdollista vaikuttaa hyvin laajasti. Esimerkiksi erilaisten perinteisempien ympäristöturvallisuuteen liittyvien uhkien, kuten vaarallisten aineiden käsittelyyn liittyvien onnettomuusriskien torjunnan suhteen maankäytön suunnittelu on keskeisessä asemassa. Näin on sekä onnettomuusriskejä aiheuttavien toimintojen osalta, joista aiheutuvat riskit ovat keskeisesti perinteisen varautumiskoneiston ja pelastusviranomaisten toimintakenttää, että ympäristön laatuun potentiaalisesti pidemmällä aikavälillä heikentävästi vaikuttavien toimintojen (esimerkiksi ympäristön pilaantumisen vaaraa aiheuttavat toiminnot) osalta, jotka ovat tyypillisesti ympäristönsuojeluviranomaisten kenttää. Monesti kyse on toiminnoista, joista voi aiheutua sekä onnettomuusriski että pitkäaikaisia haitallisia ympäristövaikutuksia. Valtakunnalliset alueidenkäyttötavoitteet edellyttävät, että suuronnettomuusvaaraa aiheuttavat laitokset, kemikaaliratapihat ja vaarallisten aineiden kuljetusten järjestelyratapihat sijoitetaan maankäytön suunnittelussa riittävän etäälle asuinalueista, yleisten toimintojen alueista ja luonnon kannalta herkistä alueista. Tämän tyyppisten toimintojen tulee MRL:n järjestelmän näkökulmasta pääsääntöisesti olla maankäytön suunnittelun piirissä, kun niillä on merkittäviä maankäyttöllisiä vaikutuksia.¹⁷¹

Niin kutsutut Seveso-laitokset ovat kemikaaliratapihojen ohella merkittävimpiä vaarallisiin aineisiin liittyvien onnettomuusriskien aiheuttajia. Seveso III -direktiivi (2012/18/EU) on saatettu Suomessa voimaan maankäytön suunnittelua ja tuotantolaitosten turvallisuutta koskevilta osin maankäyttö- ja rakennuslainsäädännöllä ja kemikaaliturvallisuus-

rakennetaan sen käyttötarkoituksen edellyttämällä tavalla paloturvalliseksi. Palon syttymisen vaaraa on rajoitettava. Rakennuksen kantavien rakenteiden on oltava sellaiset, että ne palon sattuessa kestävät vähimmäisajan ottaen huomioon rakennuksen sortuminen, poistumisen turvaaminen, pelastustoiminta ja palon hallintaan saaminen. Palon ja savun kehittymistä ja leviämistä rakennuksessa sekä palon leviämistä lähistöllä oleviin rakennuksiin on pystyttävä rajoittamaan. Rakennuksen rakentamisessa on käytettävä paloturvallisuuden kannalta soveltuvia rakennustuotteita ja teknisiä laitteistoja. MRL 117 b §:n 2 momentin mukaan rakennuksen on oltava sellainen, että siinä olevat voivat palon sattuessa pelastautua tai heidät voidaan pelastaa. Pelastushenkilöstön turvallisuus on rakentamisessa otettava huomioon. Lupaviranomainen voi edellyttää laadittavaksi turvallisuusselvityksen poistumisturvallisuuden kannalta erittäin vaativasta kohteesta. Näitä rakennuksen paloturvallisuutta koskevia säännöksiä täydennetään rakennusmääräyskokoelman määräyksillä, ja muun ohella PelastusL 3 luvussa on määritelty rakennuksen omistajalle ja haltijalle kuuluvia velvoitteita paloturvallisuuteen liittyen.

¹⁷¹ Maankäyttö- ja rakennuslain järjestelmän voidaan sanoa perustuvan keskeisesti idealelle tai periaatteelle maankäytön ja rakentamisen perustumisesta *riittävään suunnitteluun*. Se, mikä on kussakin tilanteessa riittävää, riippuu keskeisesti suunnitellun maankäytön vaikutuksista ja toisaalta sen ympäristön ominaisuuksista johon sitä ollaan sijoittamassa. Ks. tästä Heinilä 2017, s. 236–244.

lainsäädännöllä. Direktiivillä pyritään torjumaan vaarallisista aineista, erityisesti kemikaaleista, aiheutuvia suuronnettomuusvaaroja. Direktiivin 13 artiklassa on säädetty direktiivin maankäytön suunnittelua koskevista vaatimuksista, ja sen tavoitteena on, että onnettomuusvaara otetaan huomioon tuotantolaitoksia sijoitettaessa ja laajennettaessa sekä suunniteltaessa alueiden käyttöä olemassa olevien laitosten läheisyydessä. Direktiivin soveltamisalaan kuuluvien laitosten osalta Turvallisuus- ja kemikaalivirasto (TUKES) pitää luetteloa laitoksista ja määrittelee näille laitoksille riskinarvioinnin perusteella niin kutsutun konsultointivyöhykkeen, joiden sisällä kaavoituksessa on kiinnitettävä erityistä huomiota riskeihin ja suuronnettomuusvaaran torjuntaan. Tällaisten alueiden maankäytön suunnittelussa TUKES ja pelastusviranomaiset ovat MRL 62.1 §:ssä tarkoitettuja kaavoitukseen osallisia.¹⁷²

Kemikaaliratapihojen osalta laissa vaarallisten aineiden kuljetuksesta (719/1994, VAKL) ei ole erityissäännöksiä sen suhteesta kaavoitukseen, mutta VAKL 12 § sisältää vaatimuksia kuljetus- ja tilapäisiin säilytyspaikkoihin liittyen. VAKL 12.1 §:n mukaan ratapihan, satama-alueen, lentopaikan ja muun terminaalin suunnittelussa ja toiminnassa tulee ottaa huomioon vaarallisten aineiden kuljetuksen ja tilapäisen säilytyksen aiheuttamat vaarat ihmisille, ympäristölle ja omaisuudelle. Ratapihalla, satama-alueella, lentopaikalla ja muussa terminaalissa saa kuljettaa ja tilapäisesti säilyttää vain sellaisia määriä vaarallisia aineita, ettei aineista aiheudu erityistä vaaraa. Näissä paikoissa myös vaarallisille aineille tarkoitettujen alueiden ja niiden varustelun tulee olla sellaiset, ettei aineista niitä kuljettaessa tai tilapäisesti säilytettäessä aiheudu erityistä vaaraa. Ympäröivä maankäyttö on itsestään selvästi huomioitava tässä tarkastelussa. Tässä tarkastelussa vähintäänkin selvityksenä on merkitystä myös voimassa olevilla kaavoilla. Mikäli VAK-kuljetuksiin liittyvät riskit on huomioitu kaavoituksessa asianmukaisesti, voimassa olevissa kaavoissa tulisi olla yhteensovitettu onnettomuusriskit ja ympäröivä maankäyttö.¹⁷³

¹⁷² Ks. esim. Ympäristöministeriön kirje 26.9.2001 (3/501/2001).

Vaarallisen kemikaalin laajamittaista teollista käsittelyä ja varastointia saa harjoittaa vain TUKESin luvalla. Laissa vaarallisten kemikaalien ja räjähteiden käsittelyn turvallisuudesta (390/2005, KemikaaliturvallisuusL) maankäytön suunnittelun huomioon ottamisesta on säädetty siten, että vaarallisia kemikaaleja tai räjähteitä valmistavien, käsittelevien tai varastovien tuotantolaitosten sijoituksessa tulee ottaa huomioon sijoituspaikan ja sen ympäristön nykyinen ja tuleva maankäyttö- ja rakennuslain mukaisessa oikeusvaikutteisessa kaavassa osoitettu käyttötarkoitus samoin kuin aluetta mahdollisesti koskevat kaavamääräykset (KemikaaliturvallisuusL 20 §).

¹⁷³ Ks. esim. Ympäristöministeriö 2016, s. 10, laajemmin passim. Jos tällaisten alueiden kautta kulkee merkittäviä määriä vaarallisia aineita, edellytetään ajan tasalla olevaa, muun ohella riskinarvioinnin sisältävää turvallisuusselvitystä. Ratapihojen osalta nämä, niin sanotut VAK-ratapihat nimeää liikenteen turvallisuusvirasto TRAFI. Ks. VAK-ratapihoista kaavoituksessa Gilbert – Aho 2012 passim.

Suuronnettomuusvaaraa pienempiäkin riskejä aiheuttavat toiminnot on niin ikään huomioitava maankäytön suunnittelussa. Maankäytön suunnittelulla on mahdollista ohjata rakentaminen vaara-alueen ulkopuolelle tai varmistaa osaltaan riittävä riskienhallinta muulla tavoin. Tämä kuitenkin edellyttää, että alueet ovat riittävän maankäytön suunnittelun piirissä. Aina näin ei välttämättä aiemmin todetun perusteella ole.

Vastaavalla tavalla – ja vastaavin varauksin – kaavoituksessa on mahdollista ja tulee sovitaa yhteen myös ympäristöä potentiaalisesti pilaavien toimintojen aiheuttamat turvallisuuteen liittyvät riskit ja ympäröivä maankäyttö. Erityisesti tämä koskee ympäristönsuojelulainsäädännön piiriin kuuluvia toimintoja. MRL 9 § velvoittaa selvittämään vaikutukset kaavaa laadittaessa, ja tämä velvollisuus on hyvin keskeinen esimerkiksi ympäristöä pilaavien toimintojen ja ympäröivän maankäytön suhteeseen liittyviä ratkaisuja tehtäessä. Kaavaan liittyvien selvitysten tulee olla sellaiset, että niiden perusteella voidaan arvioida kaavan sisältövaatimusten täyttyminen.¹⁷⁴ Selvityksiä tarvitaan ensinnäkin erilaisten relevanttien intressien *tunnistamiseen* ja toiseksi suunnitteluvaihtoehtojen *vaikutusten arviointiin* näiden intressien kannalta. Edelleen vain selvitysten perusteella voidaan erilaiset intressit *ottaa huomioon* ja sovitaa yhteen muiden intressien kanssa.

Tässä yhteensovittamispyrkimyksessä on siis huomioitava aiemmin kuvattulla tavalla myös muut kaavojen sisältövaatimusten edellyttämät intressit ja oikeudet. Nämä rajoittavat kaavoituksessa mahdollisia ratkaisuja. Esimerkiksi vuosikirjaratkaisussa KHO 2006:24 oli kyse yleiskaavassa osoitetuista kotieläintalouden suuryksiköistä, joiden ympärille oli kaavamerkinnöin ja -määräyksin muodostettu tietyntyyppiset suojavyöhykkeet. Nämä suojavyöhykkeet rajoittivat KHO:n mukaan varsin laajalla alueella yksityisen alueen käyttöä toisen yksityisen harjoittaman, ympäristölupaa edellyttävän toiminnan turvaamiseksi. Tapauksen olosuhteissa KHO katsoi näistä aluevarauksista aiheutuvan maanomistajalle yleiskaavan sisältövaatimuksissa kiellettyä kohtuutonta haittaa.

¹⁷⁴ Korkein hallinto-oikeus muotoilee selvitysten riittämättömyyttä koskevat perustelunsa ratkaisuisaan usein niin, ettei kaavaa varten laadittujen selvitysten perusteella ole ollut ratkaistavissa, täyttääkö kaava sille asetetut sisältövaatimukset; ks. esim. KHO 2017:31 ja KHO 2014:54. Riittävät selvitykset asemakaavan sisältövaatimusten täyttymisen arvioimiseksi puolestaan oli tehty vuosikirjaratkaisussa 2018:10. Esim. asemakaava on asemakaavan sisältövaatimusten (MRL 54 §) mukaan laadittava siten, että luodaan edellytykset terveys- ja turvallisuudelle ja viihtyisälle elinympäristölle eikä kaavalla saa aiheuttaa kenenkään elinympäristön laadun sellaista merkityksellistä heikkenemistä, joka ei ole perusteltua asemakaavan tarkoitus huomioon ottaen. Ks. näiden sisältövaatimussäännösten tulkinnasta esim. Ekroos – Majamaa 2018, s. 270–274.

Tähän ympäristöä pilaavan toiminnan ja muun maankäytön yhteensovittamiseen on kohdistunut merkittäviä sääntelyn keventämispaineita. Nämä paineet ovat liittyneet niin maankäytön ohjausta kuin ympäristönsuojeluaikin koskevaan lainsäädäntöön. Ympäristönsuojelulainsäädännön lupamenettelyitä on merkittävästi kevennetty nostamalla luparajoja ja luomalla ympäristölupaa keveämpiä rekisteröinti- ja ilmoitusmenettelyitä.¹⁷⁵ Näissä yhteyksissä keventämisen yhtenä perusteena on saatettu pitää sitä, että tällaisten ympäristövaikutuksia omaavien toimintojen sijoitus on ratkaistu jo kaavoituksessa.¹⁷⁶ Samaan aikaan myös maankäytön suunnitteluun on kohdistunut erilaisia sujuvoittamisvaatimuksia jotka ovat relevantteja myös tämän yhteensovittamisvaatimuksen kannalta ja riskinä on, että nämä kysymykset jäävät lopulta yksittäistapauksissa riittävästi käsittelemättä. Jäljempänä käsitellään maankäytön suunnittelujärjestelmän viimeaikaisia muutoksia, joista esimerkiksi eläinsuojien lähtökohtainen sulkeminen MRL 16 §:n mukaisen suunnittelutarpeen ulkopuolelle voi yksiselitteisesti vaikuttaa tällaisten toimintojen ja ympäröivän maankäytön yhteensovittamista.

Myös veteen liittyvät turvallisuuskysymykset ovat hyvin suoraan sidoksissa maankäytön suunnitteluun. Vaikka sekä pinta- että pohjavesiä koskien on omat sektorisäännöksensä, joilla tähdätään vesien suojeluun ja vesihuollon turvalliseen järjestämiseen,¹⁷⁷ on maankäytön suunnittelulla hyvin keskeinen osa sekä pinta- että pohjavesien suojelun kannalta erityisesti, koska maankäytöllä vaikutetaan monin tavoin vesien määrään ja laatuun. Maankäyttö myös aiheuttaa riskejä sekä pinta- että pohjavesille, ja näin ollen maankäytön suunnittelulla voidaan olennaisesti ennaltaehkäistä näitä riskejä. Tämäkin toisaalta edellyttää, että maankäytön suunnittelun keinoja käytetään alueilla, joilla pinta- ja pohjavesien suojeluintressejä on.

Maankäyttö voi vaikuttaa haitallisesti sekä pohjaveden määrään että laatuun. Monenlaiset maankäyttömuodot voivat heikentää pohjaveden laatua tai aiheuttaa vähintäänkin siihen kohdistuvia riskejä ja esimerkiksi hulevesien johtaminen pois pohjavesialueelta tai maanrakentamistoimenpiteet voivat vähentää pohjavesialueen antoisuutta. Erityisesti rakennetuilla alueilla hulevesien hallinnalla voidaan vaikuttaa sekä pinta- että pohjavesien tilaan. Tämä on keskeistä erityisesti kaupunkialueilla, kun tehokas maankäyttö tyypillisesti merkitsee tiiviiden, vettä läpäisemättömien pintojen suurta määrää jotka estävät veden imeytymisen maaperään pohjavedeksi ja kasvien

¹⁷⁵ Ks. esim. HE 94/2018 vp, s. 19–20.

¹⁷⁶ Ks. esim. mt., s. 23.

¹⁷⁷ Esimerkiksi pohjavesien suojelun kannalta merkittäviä säännöksiä ovat YSL 17 §:n pohjaveden pilaamiskielto ja 14 luvun pilaantuneen pohjaveden puhdistamiseen liittyvät säännökset sekä VL:n säännökset pohjaveden laatuun tai määrään vaikuttavien hankkeiden lupamenettelystä.

käytettäväksi. Hulevesien ja niihin esimerkiksi liikenneväylien pinnoilta ker-tyneiden haitallisten aineiden nopea päätyminen purkuvesistöön heikentää näiden vesistöjen tilaa ja voi aiheuttaa myös taajamavesistöissä tulvimista. Perinteiset hulevesien johtamisratkaisut ovat myös alttiita häiriöille jotka voivat puolestaan johtaa rankkasateiden yhteydessä esimerkiksi hulevesi-
tulviin. Kaavoituksen yhteydessä suunnitelluilla, esimerkiksi kosteikkoja sisältävillä hulevesien hallintaratkaisuilla pystytään sekä taajamatulviin että hulevesien laatuun liittyviä riskejä olennaisesti vähentämään.¹⁷⁸ Tällaiset ratkaisut ovat erityisen tärkeitä, kun ilmastonmuutos lisää sään ääri-ilmiöitä, niin rankkasateita kuin kuivuusjaksojakin.¹⁷⁹

Maankäytön suunnittelu on tietenkin vähintään yhtä tärkeää vesistötul-
viin liittyvien turvallisuushuonon ennaltaehkäisyssä, ja myös vesistötulvien ja niiden haitallisten vaikutusten ehkäisyssä merkitys korostuu entisestään ilmastonmuutoksen seurauksena.¹⁸⁰ Maankäyttö lisää tulvariskejä, ensin-
näkin rakentamisen sijoittumisella tulvavaara-alueille. Myös maankäytön muutokset vesistöjen valuma-alueiden ja tulvatasankojen maankäytössä ja vesistöjen rakentaminen ovat myös vaikuttaneet virtaamavaihteluiden äärevöitymiseen, mikä lisää tulvavahinkojen riskiä.¹⁸¹ Näin maankäytön suunnittelulla voidaan myös merkittävästi vaikuttaa vesistötulviin ja niistä aiheutuviin haitallisiin vaikutuksiin.¹⁸²

Kasvava sademäärä muuttaa valuntaa ja jokien virtaamia, mutta muutokset vaihtelevat alueittain ja ovat eri vuodenaikoina erilaisia. Sadannan kasvun ja lämpötilojen nousun seurauksena myös tulvien ajankohta ja

¹⁷⁸ Tornivaara-Ruikka 2006, s. 11–15, laajemmin passim.

¹⁷⁹ Ilmastonmuutos vaikuttaa samalla myös maaperään ja pohjavesiolosuhteisiin, ks. esim. Valtioneuvoston päätös 2017, s. 6.

MRL:iin sisältyy nykyisin erityinen, hulevesien hallintaa koskeva 13 a luku. MRL 103 l §:n mukaan kunta hyväksyy tarvittaessa hulevesisuunnitelman, jossa esitetään tarpeen mukaan imeytysalueet, kosteikot, ojat, valumavesien reitit, putket ja pumppaamot sekä muut kunnan hulevesijärjestelmään kuuluvat hulevesien hallinnan ratkaisut ja rakenteet. Riippumatta luvun säännöksistä hulevesiä koskevat perusratkaisut niiden edellyttämine alueineen on käytännössä selvitettävä ja tarvittaessa osoitettava tiiviisti rakennettavilla alueilla jo asemakaavoituksen yhteydessä.

¹⁸⁰ Ilmastonmuutoksen ohella myös muut tekijät vaikuttavat tulvariskeihin (ja toisaalta myös eri toimenpiteillä saavutettavissa oleviin hyötyihin). Tällaisia ovat taloudelliset tekijät ja maankäytön ja väestön muutokset. Ks. Parjanne – Silander – Tiitu – Viinikka 2018, esim. s. 9, jossa myös todetaan tulvariskeihin liittyvät merkittävät taloudelliset kysymykset.

¹⁸¹ Tornivaara-Ruikka 2006, s. 13–14, jossa todetaankin tarve keskittyä tulvasuojeluhank-
keissa paikallisen tulvasuojelun sijasta koko valuma-alueen tarkasteluun.

¹⁸² Valtakunnalliset alueidenkäyttötavoitteet siis edellä kuvatulla tavalla edellyttävät varautu-
maan sään ääri-ilmiöihin ja tulviin sekä ilmastonmuutoksen vaikutuksiin. Uusi rakentaminen sijoitetaan tavoitteiden mukaan tulvavaara-alueiden ulkopuolelle tai tulvariskien hallinta varmistetaan muutoin. Valtioneuvoston päätös 2017, s. 7.

suuruus muuttuvat. Tulvien ennakoitaan kasvavan ilmastonmuutoksen seurauksena vain muutamilla Suomen vesistöalueista. Nämä alueet ovat kuitenkin suuria vesistöjä (kuten Vuoksi, Kokemäenjoki ja Kemijoki) ja niiden varrella sijaitsee merkittäviä tulvariskikohteita (esimerkiksi Pori ja Rovaniemi). Ennusteiden mukaan merenpinnan nousunopeus ylittää maankohoamisen nousunopeuden Suomenlahdella ja Perämerellä. Rannikon tulvariskipotentiaali on suuri ja sen ennustetaan monin paikoin kasvavan väestönkasvun ja rakentamisen myötä. Rannikon tulvariskien ennustetaankin kasvavan huomattavasti nopeammin kuin vesistöalueiden tulvariskien.¹⁸³

3.2.2 Ilmastonmuutos

Edellä on jo käsitelty ilmastonmuutokseen liittyviä kysymyksiä osana ympäristöturvallisuuteen liittyviä häiriötilanteita. Maankäytön suunnittelun, ilmastonmuutoksen ja turvallisuuden yhteyksiä on syytä tarkastella kuitenkin vielä myös erikseen. Samalla havaitaan lisää yhteyksiä ja synergiaetuja ilmastonmuutokseen liittyvien ja muiden turvallisuuskysymysten välillä. Synergiaeduilla on muun ohella taloudellista merkitystä samoin kuin sillä, että maankäytön suunnittelulla nimenomaan ennalta ehkäistään haitallisia vaikutuksia. Tämä on yleisesti ottaen helpompaa ja taloudellisempaa kuin alueiden toteuttamisen jälkeen tehtävät toimenpiteet tai tapahtuneiden vahinkojen korjaaminen.¹⁸⁴

Kaavoituksella vastataan sekä ilmastonmuutoksen hillinnän että siihen sopeutumisen aiheuttamiin haasteisiin. Ilmastonmuutokseen on välttämättömästi vastata molemmilla tavoin, eikä toisella voida korvata toista. Sopeutuminen ja häiriötilanteisiin varautuminen on välttämätöntä, mutta tämä ei vähennä hillitsemiseen tähtävien toimenpiteiden välttämättömyyttä ja kiireellisyyttä.¹⁸⁵ Yhteiskunnallisten järjestelmien resilienssi edellyttää näitä molempia, mutta luonnonjärjestelmien resilienssin kannalta nimenomaan ihmisen toiminnan vaikutusten hillintä on avainasemassa.¹⁸⁶

¹⁸³ Parjanne – Silander – Tiitu – Viinikka 2018, s. 34–35.

¹⁸⁴ Ks. esim. Valtioneuvoston päätös 2017, s. 7.

¹⁸⁵ Ks. Hakala 2016, s. 6.

¹⁸⁶ Luonnonjärjestelmillä on omat muutoksiin sopeutumista edistävät resilienssimekanisminsa, ja ihminen voi pyrkiä auttamaan esimerkiksi eliölajeja sopeutumaan muutoksiin. Ihmisen toiminnan vaikutusten hillintä on kuitenkin se tekijä, joka voi ehkäistä aiemmin mainittuja keikahduspisteitä. Ne ovat resilienssin näkökulmasta se kynnyks, joka ylitetäessä järjestelmä muuttuu joksikin toiseksi. Walker ja Salt (2006, s. 54) kirjoittavat: ”[t]hresholds are levels in controlling variables where feedbacks to the rest of the system change – crossing points that have the potential to alter the future of many of the systems that we depend upon. They are all around us, however we often aren’t aware of them until after they’ve been crossed and we observe that the system is behaving in a significantly different manner.”

Ilmastonmuutoksen hillintään voidaan yhtäältä *vaikuttaa* maankäytöllä, ja toisaalta ilmastonmuutoksen hillintä myös *tarvitsee* maa-alueita. Näistä ilmastonmuutokseen vaikuttaminen tapahtuu olennaisilta osin yhdyskuntarakenteeseen vaikuttamalla.¹⁸⁷ Yhdyskuntarakenteella on merkittäviä ilmastovaikutuksia sekä sen tuotantovaiheessa että erityisesti sen käytön aikana.¹⁸⁸ Toteuttamisvaiheessa hajautunut ja väljä rakenne aiheuttaa enemmän esimerkiksi liikenne-, energia- ja vesihuoltoverkostojen tarvetta, joiden tuottamisesta (ja myöhemmin käytön aikana kunnossapidosta) aiheutuu enemmän päästöjä.¹⁸⁹ Toisaalta ilmastonmuutos jo itsessään aiheuttaa lisäkustannuksia infrastruktuurin kunnossapidolle, esimerkiksi maanteiden osalta.¹⁹⁰ Suurempi määrä infrastruktuuria merkitsee samalla automaattisesti myös suurempaa alttiutta häiriöille, joita aiheutuu esimerkiksi sään ääri-ilmiöistä. Samalla kun häiriöiden todennäköisyys kasvaa, kasvattaa hajautunut rakenne helposti myös vahinkojen korjaamisen kustannuksia. Vahinkojen ennaltaehkäisyn kustannukset nousevat samalla myös, niin vesi- ja energiahuollon kuin esimerkiksi liikenneturvallisuuttakin edistävien toimenpiteiden osalta. Yhdyskuntarakenteella on siis välillisten vaikutusten ohella myös välittömiä vaikutuksia turvallisuuteen ja siihen liittyviin investointeihin.

Käytön aikana tiivis yhdyskuntarakenne, jossa erilaiset toiminnot sijaitsevat tarkoituksenmukaisesti, vähentää liikennetarvetta. Yhdyskuntasuunnittelulla voidaan vaikuttaa päästöihin myös muun ohella aluetehokkuudella ja luomalla edellytyksiä vähäpäästöisille energiaratkaisuille, joilla on suuri merkitys hiilidioksidipäästöjen kannalta. Liikenteestä aiheutuvat päästöt voivat kuitenkin jopa tehdä tyhjäksi alueiden sisäisillä ratkaisuilla saavutetutkin edut, sillä käytön aikana liikenteen osuus päästöistä saattaa tietyillä

¹⁸⁷ Yhdyskuntarakenteella tarkoitetaan asuin-, työpaikka-, palvelu- ja virkistysalueiden muodostamaa toiminnallista kokonaisuutta ja niitä yhdistäviä liikenneverkkoja sekä niiden tarvitsemia vesi-, tietoliikenne- ja energiahuoltoverkkoja; Koski 2008, s. 7.

¹⁸⁸ Wahlgrenin (2017, s. 166) mukaan ”yhdyskuntasuunnitteluun liittyvillä valinnoilla on merkittävä vaikutus yhdyskuntarakenteen ekologisuuteen. Yhdyskuntarakenteen eri vaiheista ja liikenteestä aiheutuvia vaikutuksia voidaan vähentää suhteellisesti enemmän yksityiskohtaisemmilla kuin yleisemmillä suunnittelutasoilla. Näitä koskevat sijainti- ynnä muut valinnat tehdään kuitenkin yleisemmillä suunnittelutasoilla. Suunnitteluvaiheissa voidaan vähentää asukasta kohden laskettuja kasvihuonekaasupäästöjä asuntoaluetasolla 55 prosenttia, kuntatasolla 45 prosenttia ja seututasolla viisi prosenttia (seudullisilla vyöhykkeillä 45 %). Liikenteen osalta kasvihuonekaasupäästöjen suhteellinen vähentämispotentiaali on suurempi, asuntoaluetasolla jopa 90 prosenttia. Vastaaavat vähennykset voidaan saavuttaa myös energian ja raaka-aineiden kulutuksen sekä muiden päästöjen ja kustannusten osalta.”

¹⁸⁹ Wahlgren 2006, s. 6–7. Kestävyyden näkökulmasta asuntoalueiden tuotantovaiheella on suurin merkitys raaka-aineiden kulutuksen ja aiheutuvien kustannusten osalta. Energiankulutuksen ja kasvihuonekaasupäästöjen sekä muiden päästöjen osalta taas suurin merkitys on käyttövaiheella. Wahlgren 2017, s. 171.

¹⁹⁰ Ks. esim. Toivonen 2015, esim. s. 68–70.

alueilla olla hyvin suuri.¹⁹¹ Alueiden edullinen sijainti yhdyskuntarakenteessa vähentää liikennetarvetta ja riippuvuutta henkilöauton käytöstä ja edistää vaikutuksiltaan edullisia kävelyä, pyöräilyä ja joukkoliikenteen käyttöä. Toimintojen väliset etäisyydet minimoimalla ja toimintoja sekoittamalla voidaan pienentää liikennetarvetta.¹⁹² Tässä suhteessa niin ilmastonmuutoksen hillintään liittyvät kuin resurssitehokkuuteen ja yhdyskuntatalouteen liittyvät näkökohdat ohjaavat paljolti samansuuntaisiin ratkaisuihin. Tässä suhteessa yhdyskuntarakenteen ohjaamisessa Suomessa on ollut merkittäviä haasteita sekä aiemmin että myös tällä vuosituhanella MRL:n voimassaoloaikana.¹⁹³

Ilmastonmuutoksen vaikutukset kohdistuvat eri tavoin eri väestöryhmiin, ja myös maankäytön suunnittelussa on huomioitava tämä seikka, jota voidaan kutsua esimerkiksi ilmasto-oikeudenmukaisuudeksi. Selvimmin ilmastonmuutoksen vaikutukset tietenkin kohdistuvat epätasaisesti globaalilla tasolla.¹⁹⁴ Tämä on globaalisti yksi merkittävimmistä oikeudenmukaisuuskysymyksistä, kun ihmisen toiminnan aiheuttamien muutosten haitallisista vaikutuksista kärsivät tosiasiallisesti eniten ne, joiden

¹⁹¹ Wahlgren 2006, s. 6–7, sama 2017, 171–174, jonka mukaan (s. 172) ”sekä alueiden sijainnilla että niiden sisäisillä ratkaisuilla on suuri merkitys aiheutuviin vaikutuksiin. Merkittävimmät erot aiheutuvat alueen sijainnista, aluetehokkuudesta, verkostojen laajuudesta, asumisväljyydestä, rakennusten energiankulutuksesta, lämmitystavoista ja energiantuotantotavoista. Taajamien ja haja-asutusalueiden välillä on suuria eroja. Kaikki tutkimuksessa arvioidut vaikutukset ovat haja-asutusalueilla suuremmat kuin taajamissa.”

¹⁹² Wahlgren 2017, s. 173, laajemmin kestävä yhdyskuntarakenteen osatekijöistä s. 173–175.

¹⁹³ Ks. esim. Heinilä 2017, s. 26–32 ja siinä viitattu, Wahlgren 2007, s. 1. Wahlgrenin (2006, s. 8) mukaan ”Suomen kaltaisessa, väljän rakennusperinteen ja pitkien etäisyyksien maassa, jossa lisäksi muuttoliike on edelleen voimakasta, alue- ja yhdyskuntarakenteella on olennainen merkitys ilmastonmuutoksen hallinnassa. Suomessa on vallalla kaksi erillistä, mutta yhtäaikaista kehityskulkua: aluerakenne keskittyy elinkeinotoimintojen kehityksen ja muiden yhteiskunnallisten muutostekijöiden seurauksena, mutta samaan aikaan kasvavien seutujen yhdyskuntarakenne hajautuu.” YK:n ilmastopöytäkirjan liitteenä olevassa viimeisimmässä maapöytäkirjassa suomalaista yhdyskuntarakennetta ja sen kehitystä kuvataan seuraavasti: ”[c]ompared with the other Nordic and European countries, the population density of these built-up areas is still quite low. It is less than half the population density of comparable areas in Sweden or Norway. Often there is no distinct boundary between urban and rural areas, as in many cases there are some tight restrictions on construction close to urban areas. This has led to a dispersed and fragmented urban structure. Urban areas have typically expanded inexorably outwards, leading to the creation of unstructured, low-density built-up areas. These low-density districts of built-up areas outside the urban plan cover some 35 per cent of the land surface of the country’s urban areas — even in the main growth centres. Low-density development causes problems in terms of arranging services, maintaining infrastructure and planning urban form. (...) The average amount of kilometres travelled daily has increased due to the sprawl of residential areas, but also because of increased commuting distances and service-related mobility. Particularly retail trade has concentrated into bigger units, which are partly located on the fringe of urban areas. The improvement of transport infrastructure has enabled people to travel longer trips to work than before. Commuting areas of cities have expanded significantly.” Ympäristöministeriö ja Tilastokeskus 2017, s. 46, 48.

¹⁹⁴ Ks. esim. Hakala 2016, s. 6.

toiminta ei ole ollut näiden muutosten ajuri.¹⁹⁵ Erityisesti tämä tietenkin koskee sukupolvien välistä oikeudenmukaisuutta.¹⁹⁶

Kuitenkin myös paikallisesti ilmastonmuutoksen seuraukset kohdistuvat voimakkaammin joihinkin väestöryhmiin kuin toisiin, kuten aiemmin käsitellyn hirmumyrsky Katrinnan tapauksesta käy ilmi. Esimerkiksi sään ääri-ilmiöiden vaikutukset muodostavat suurimman turvallisuusuhkan haavoittuvimmille väestöryhmille, kuten lapsille, vanhuksille, sairaille ja vähäosaisille.¹⁹⁷ Näin on myös Suomessa, ja muun ohella kuumuuden riskit näille ryhmille ovat muuta väestöä suurempia.¹⁹⁸ Yleisen lämpötilojen nousun ja poikkeuksellisen lämpimien jaksojen lisäksi kaupunkirakenteeseen voi muodostua esimerkiksi liian vähäisten viheralueiden seurauksena alueita, joilla lämpötilat muodostuvat muuta ympäristöä korkeammiksi (lämpösaarekkeita taikka -käytäviä), ja niiden vaikutukset nimenomaan haavoittuviin ryhmiin ovat muita haitallisempia.¹⁹⁹ Suunnittelulla tällaisten paikallisten lämpösaarekkeiden syntymiseen ja haitallisuuteen voidaan vaikuttaa, esimerkiksi kasvillisuudella.²⁰⁰

Toisaalta ilmastonmuutoksen hillintään tähtäävät toimenpiteet, kuten uusiutuvan energian tuotanto, tarvitsevat maa-alueita.²⁰¹ Samoin niin sanotut hiilinielut ja hiilidioksidin sitominen maaperään tarvitsevat rakentamiselta vapaaksi jätettäviä alueita. Näitä alueita voidaan kuitenkin samanaikaisesti hyödyntää muihin tarkoituksiin, kuten esimerkiksi (tietyin edellytyksin) maatalouteen, metsätalouteen ja biodiversiteetin säilyttämiseen.

¹⁹⁵ Ks. esim. Dalby 2009, s. 129–132.

¹⁹⁶ Ks. Dalby 2013, s. 36–37.

¹⁹⁷ Urban Land Institute 2018, s. 7, jossa käytetään ilmaisua ”climate justice”. Vastaavalla tavalla myös muut ympäristö- ja turvallisuusriskit kohdistuvat eri tavoin ja mahdollisesti epäoikeudenmukaisesti eri väestöryhmiin.

¹⁹⁸ Helteistä aiheutuva terveystilanne kohdistuu varsinkin vanhuksiin ja pitkäaikaissairaisiin, mutta myös lapsiin; Kollanus – Lanki 2014, s. 983–984; Räsänen – Heikkinen – Piila – Juhola 2019, s. 3–5. Kaikkein herkimmän väestönosan suojelemisen lisäksi tarvitaan kuitenkin laajempia yhteiskunnallisia torjunta- ja sopeutumistoimia; Kollanus – Lanki 2014, 989.

¹⁹⁹ Hellelämpötilat lisäävät lyhytaikaisia terveystilanteita merkittävästi niin viileiden kuin lämpimienkin ilmasto-olosuhteiden maissa, ja sosiaaliset ja ulkoiset tekijät voivat lisätä riskialttiutta. Vaikka Suomessa kesän lämpimiä ilmoja ei ole perinteisesti tunnustettu olennaiseksi terveystilanteiksi, on helleaaltojen merkittävät kansanterveydelliset vaikutukset tunnustettu nyttemmin myös Suomen olosuhteissa. Kuolleisuus lisääntyy jo yksittäisten lämpimien päivien aikana, mutta pitkittyneet hellejaksot lisäävät kuumuudesta aiheutuvaa terveystilanteita, kun elinympäristö ei pääse viilentymään ja elimistöön kohdistuu pitkäaikainen lämpöstressi. Ilmastonmuutoksen myötä kuumat jaksot yleistyvät ja voimistuvat. Kollanus – Lanki 2014, s. 983–984, 988. Lämpösaarekkeita ja niihin liittyvää haavoittuvuutta koskevaa tutkimusta on tehty kasvavassa määrin niin kansainvälisesti kuin Suomessakin; ks. Räsänen – Heikkinen – Piila – Juhola 2019, s. 1–2.

²⁰⁰ Ks. esim. Firehock 2015, s. 7.

²⁰¹ Ks. esim. European Report on Development 2012, s. 27.

Esimerkiksi uusiutuvaan energiaan liittyvät maankäyttötarpeetkin ovat edellä kuvatulla tavoin vain yksi elementti maankäyttöön liittyvien intressien punninnassa. Jos ja kun ilmastonmuutokseen vastaaminen ymmärretään pidemmän aikavälin turvallisuuskysymykseksi, siihen liittyvät intressit voivat olla yksittäisessä tapauksessa jännitteisessä suhteessa myös muihin turvallisuuteen liittyviin näkökohtiin. Näin oli esimerkiksi vuosikirjaratkaisussa KHO 2015:138, jossa uusiutuvan energian tuotantoa ohjaavan kaavan ratkaisut olivat osin vastakkain maanpuolustuksen tarpeiden kanssa. Ratkaisussa käsillä ollut yleiskaava mahdollisti yhdeksän kokonaiskorkeudeltaan enintään 325 metrin korkeisen tuulivoimalan rakentamisen. Kaavaa laadittaessa saatu selvitys osoitti, että tuulivoimaloiden toteuttaminen vaikuttaisi puolustusvoimien aluevalvontajärjestelmän suorituskykyyn.

Yleiskaavaa saatiin käyttää rakennusluvan myöntämisperusteena eli se oli tarkoitettu ohjaamaan tuulivoimaloiden rakentamista kaavan alueella. Hyväksytyssä kaavassa oli kaavamääräys, jonka mukaan vaikutukset puolustusvoimien ilmaluontaan on selvitettävä ennen tuulivoimapaiston toteuttamista. Korkeimman hallinto-oikeuden mukaan tällainen kaavamääräys ei maankäyttö- ja rakennuslain 77 b §:n 1 kohdassa edellytetyllä tavalla riittävästi ohjannut rakentamista ja muuta alueiden käyttöä kaava-alueella. Kaavaa laadittaessa ei näin ollen myöskään ollut riittävästi otettu huomioon maanpuolustuksen ja rajavalvonnan tarpeita eikä turvattu riittävästi niiden toimintamahdollisuuksia siten kuin valtakunnallisissa alueidenkäyttötavoitteissa maankäyttö- ja rakennuslain 24 §:n 2 momentti huomioon ottaen edellytettiin. Sillä, että kaava-alueelle voitaisiin mahdollisesti ilman edellä mainittuja vaikutuksia rakentaa kaavan sallimaa enimmäismäärää vähemmän tai sallittua pienempiä tuulivoimaloita, ei korkeimman hallinto-oikeuden mukaan ollut oikeudellista merkitystä arvioitaessa kaavaratkaisun lainmukaisuutta.

Ratkaisu ilmentää myös riittävien selvitysten merkitystä erilaisten intressien huomioon ottamisessa. Samoin se tuo esiin sen, että erilaiset punnittavana olevien intressien vaatimukset on riittäväällä tavalla ratkaistava rakentamisen toteuttamista ohjaavassa kaavassa, eikä niiden yhteensovittamista voida jättää yksinomaan myöhempien, esimerkiksi lupamenettelyjen varaan. Mikäli kyse olisi ollut yleispiirteisestä maankäytön suunnittelusta, jonka jälkeen toteuttamisen yksityiskohdat ratkaistaisiin rakentamista ohjaavalla detaljikaavalla, ratkaisutilanne olisi ollut aivan toisenlainen.

Maankäyttö- ja rakennuslain normijärjestelmässä ilmastonmuutokseen on siis eksplisiittisesti kiinnitetty huomiota toistaiseksi vain valtakunnallisissa alueidenkäyttötavoitteissa, vaikkakin monet MRL:n tavoitteet ovat ilmastonmuutokseen liittyviin intresseihin nähden samansuuntaisia. On kuitenkin oletettavaa, että kaavoitus- ja rakennuslainsäädännön kokonai-

suudistuksessa ilmastonmuutokseen liittyvät näkökohdat tulevat aiempaa painavammin osaksi kaavoitus- ja rakentamisoikeuden järjestelmää. Jo pelkästään sekä kansainvälinen että EU-oikeus edellyttävät tulevaisuudessa nykyistä tehokkaampia toimenpiteitä ilmastonmuutoksen hillitsemiseksi myös maankäytön, liikenteen ja rakentamisen sektoreilta.²⁰²

3.2.3 Biodiversiteetin suojelu

On kuitenkin tunnistettava se seikka, että ilmastonmuutokseen liittyvät kysymykset ovat lopulta vain yksi osa globaalia ympäristöturvallisuutta, ja muun ohella luonnonvarojen niukkuuteen ja muihin MRL 1 §:ssä viitattuun kestäväan kehitykseen liittyvien kysymysten tulisi olla yhtä lailla huomion kohteena alueiden käytön suunnittelussa. Kestävän kehityksen mukainen yhdyskuntarakenne onkin mahdollista määritellä esimerkiksi sellaiseksi yhdyskuntarakenteiden tuotanto- ja käyttöprosessien kokonaisuudeksi, joka edellyttää mahdollisimman vähän energian ja luonnonvarojen käyttöä ja josta aiheutuu mahdollisimman vähän ihmiselle ja luonnolle haitallisia päästöjä ja jätteitä. Yhdyskuntarakenteen on oltava myös ihmisen kannalta toimiva ja viihtyisä sekä taloudellisesti mahdollinen.²⁰³ Luonnonympäristöjen, luonnon monimuotoisuuden ja niiden tarjoamien ekosysteemipalveluiden säilyttäminen on niin ikään välttämätön edellytys kestäväälle yhdyskuntarakenteelle.

Biodiversiteettikato on yksi suurimmista ekologisten systeemien toimintaa uhkaavista tekijöistä. Biodiversiteetillä ja sen säilyttämisellä alueidenkäyttöratkaisuin puolestaan onkin yhteytensä sekä vesi- että ruokaturvallisuuteen luonnonjärjestelmien ylläpitäessä näihin molempiin liittyviä tärkeitä ekosysteemipalveluita. Ilmastonmuutos koettelee näitä ekosysteemipalveluita, joista osa myös liittyy ilmaston säätelyyn.²⁰⁴ Toiselta puolen alueidenkäyttöratkaisuisa ruoantuotanto ja biodiversiteetin suojelu voidaan nähdä kilpailevina intresseinä, koska molempiin liittyy alueidenkäyttötarpeita.²⁰⁵ Tässäkin suhteessa kytkösten tunnistaminen edesauttaa kestävien ratkaisujen tekemistä päätöksenteossa.²⁰⁶

Myös Suomessa biodiversiteetin heikkeneminen jatkuu. Suomen lajien uhanalaisuutta kuluvana vuonna kolmannen kerran kansainvälisesti

²⁰² Ekroos – Katajamäki – Kinnunen – Lehtovuori – Staffans 2018, s. 16.

²⁰³ Mt., s. 30.

²⁰⁴ IPBES 2018, s. 11, 15, 18.

²⁰⁵ Ks. esim. European Report on Development 2012, s. 27.

²⁰⁶ Ruoka-, vesi- ja energiaturvallisuuden kannalta maankäytön suunnittelulla on tietenkin merkitystä tuotantoalueiden osoittamisen ohella myös muun tarpeellisen infrastruktuurin kuten jakeluverkostojen näkökulmasta, sekä osoittamalla jakeluverkostoja että toisaalta muodostamalla jakeluverkostojen kannalta tarkoituksenmukaista yhdyskuntarakennetta.

vertailukelpoisella kriteeristöllä tarkastelleen Punaisen kirjan²⁰⁷ mukaan arvioituista lajeista joka yhdeksäs on uhanalainen mikä on enemmän kuin aiemmin, eikä lajiston uhanalaistumiskehitystä ole onnistuttu pysäyttämään. Uhanalaistumisen syitä tarkasteltaessa merkittävimmät syyt ovat uhanalaisuusarvion mukaan metsien talouskäytöstä johtuvat metsäelinympäristöjen muutokset ja avoimien alueiden sulkeutuminen. Muita syitä ovat rakentaminen, ojitus ja turpeenotto ja kaivannaistoiminta. Ilmastonmuutos oli osasyynä jo nyt lajien uhanalaistumiselle, mutta vielä merkittävämmäksi tekijäksi se arvioitiin tulevaisuudessa. Yksittäisistä elinympäristöistä merkittävin on metsä, joissa elää lähes kolmannes uhanalaisista lajeista. Tämä on ymmärrettävää, sillä Suomen maapinta-alasta on metsätalousmaata noin 86 prosenttia. Uhanalaiset lajit painottuivat Etelä-Suomeen.²⁰⁸

Biodiversiteetin säilyttäminen on aiemmin kuvatulla tavalla kytköksissä ilmastonmuutokseen esimerkiksi siten, että ilmastonmuutoksella on muiden biodiversiteettiä uhkaavien tekijöiden, kuten elinympäristöjen pirstoutumisen, kanssa haitallisia yhteisvaikutuksia. Biodiversiteetti puolestaan tuottaa esimerkiksi sellaisia elintärkeitä ekosysteemipalveluja kuten kasvien pölytys, makean veden määrän ja laadun ylläpito, maaperän muodostuminen ja tulvien säätely.²⁰⁹ Biodiversiteetin suojelu edellyttää välttämättä suojelualueiden ohella sen huomioon ottamista muun ohella ekologisia yhteyksiä säilyttämällä kaikissa alueidenkäyttötarkoituksissa. Luonnonsuojelualueiden eristäytyminen muista luontoarvoja sisältävistä alueista on elinympäristöjen pirstoutumiseen liittyvä ilmiö. Biodiversiteettiä ei ylipäätään ole mahdollista säilyttää vain pistemäisiä suojelualueita perustamalla, vaan toimenpiteitä tarvitaan myös yhä lisääntyvillä ihmisen eri tavoin muokkaamilla alueilla.²¹⁰

Kaavoituksella onkin juuri tästä näkökulmasta merkittävä rooli myös sellaisten biodiversiteetin kannalta merkittävien alueiden säilyttämisessä jotka eivät ole luonnonsuojelulain (1096/1996, LSL) mukaisen suojelun piirissä tai merkitykseltään valtakunnallisia.²¹¹ Valtakunnalliset alueidenkäyttötavoitteet edellyttävät, että luonnon monimuotoisuuden kannalta

²⁰⁷ Punainen kirja: Hyvärinen – Juslén – Kemppainen – Uddström – Liukko (toim.) 2019.

²⁰⁸ Mt., s. 31–35, 38, 40–41, 107–108.

²⁰⁹ IPBES 2018, s. 10, 15.

²¹⁰ Ks. esim. Kuusiniemi 2001, s. 292, joka kirjoittaa: ”[b]iologisen monimuotoisuuden tehokas suojelu edellyttää monimuotoisuusintressin huomioon ottamista läpäisyperiaatteen hengessä kaikessa ympäristönkäyttöä koskevassa päätöksenteossa. Vain kohdesuojelun instrumentit eivät ole riittäviä. Nykyinen ympäristölainsäädäntö sisältää useimmiten säännöksiä, joiden nojalla luontoarvoja on mahdollista ottaa huomioon päätöksenteossa. Säännökset ovat kuitenkin usein joustavia, punnintoja mahdollistavia, eivätkä ne sisällä selvästi määriteltyjä ja tehokkaasti operationalisoituja ympäristötavoitteita.”

²¹¹ ks. VNS 2/2000, s. 25–26; Kuusiniemi 2001, s. 196.

arvokkaiden alueiden ja ekologisten yhteyksien säilymistä edistetään.²¹² Tämän intressin huomioon ottamisen painoarvoa korostaa se, että kaavoja useimmiten laaditaan nimenomaan erilaisten aktiivisia maankäyttötarpeita silmällä pitäen. Kun uusia alueita otetaan yhdyskuntarakentamisen piiriin, vaikuttaa kaavoitus useimmiten lähtökohtaisesti heikentävästi luonnon monimuotoisuuteen.²¹³

Ottaen huomioon ihmisen muokkaamien alueiden yhä kasvavan määrän ja sen, että biodiversiteetti oletusarvoisesti vähenee uusien alueiden käyttönotolla, on otettaessa alueita yhdyskuntarakentamisen piiriin näin ollen huolehdittava siitä, että alueen merkitykselliset luontoarvot ja ekosysteemipalveluiden kannalta tärkeät alueet säilytetään. On kyse kokonaisuudesta, josta voidaan käyttää käsitettä *vihreä infrastruktuuri*.²¹⁴ Tässäkin on kyse järjestelmistä ja kytköksistä, pikemmin kuin vain rakentamiselta vapaaksi jäävistä viheralueista. *Benedict ja McMahon* kuvaavat vihreää infrastruktuuria siten, että se on

”interconnected network of natural areas and other open spaces that conserves natural ecosystem values and functions, sustains clean air and water, and provides a wide array of benefits to people and wildlife. Used in this context, green infrastructure is the ecological framework for environmental, social, and economic health – in short, our natural life-support system.”²¹⁵

Tällaisten verkostojen ja järjestelmien säilyttäminen kaupunkirakenteessa voi olla haastavaa. Esimerkiksi kosteikkojen säilyttäminen edellyttää, että niiden vesitasapainosta huolehditaan riittävällä tavalla. Perinteiset tavat johtaa hulevesiä pois ovat saattaneet samalla aiheuttaa sen, että tämänkaltaiset alueet menetetään, vaikka ne olisi jätetty rakentamiselta vapaaksi. Tässäkin suhteessa on saavutettavissa synergiaetuja, koska tällaisia alueita voidaan käyttää hulevesien viivytykseen ja luontaiseen käsittelyyn. Vihreän infrastruktuurin näkökulmaa hyödyntäen on mahdollista edesauttaa luonnonjärjestelmien resilienssiä maankäytön muutosten yhteydessä. Samalla luodaan esimerkiksi myös virkistysmahdollisuuksia.²¹⁶

Esimerkiksi yleiskaavaa laadittaessa on MRL 39 §:n mukaan otettava huomioon muun ohella mahdollisuudet turvalliseen, terveelliseen ja eri väestöryhmien kannalta tasapainoiseen elinympäristöön, ympäristöhaittojen

²¹² Valtioneuvoston päätös 2017, s. 8.

²¹³ Ks. Kuusiniemi 2001, s. 188–189.

²¹⁴ Ks. esim. Benedict – McMahon 2006, s. 3.

²¹⁵ Mt., s. 1.

²¹⁶ Ks. esim. Firehock 2015, s. 8.

vähentäminen, rakennetun ympäristön, maiseman ja luonnonarvojen vaaliminen sekä virkistykseen soveltuviin alueiden riittävyys. Asemakaavaa laadittaessa on puolestaan luotava edellytykset terveelliselle, turvalliselle ja viihtyisälle elinympäristölle, palvelujen alueelliselle saatavuudelle ja liikenteen järjestämiselle, rakennettua ympäristöä ja luonnonympäristöä tulee vaalia eikä niihin liittyviä erityisiä arvoja saa hävittää, ja kaavoitettavalla alueella tai sen lähiympäristössä on oltava riittävästi puistoja tai muita lähivirkistykseen soveltuvia alueita (MRL 54.2 §). Kaavoituksessa siis on otettava huomioon biodiversiteetin ja vihreän infrastruktuurin vaatimukset. Kuitenkin, kuten aiemmin on esitetty, kaavan sisältövaatimukset mahdollistavat monenlaisia ratkaisuja, ja kaavat useimmiten laaditaan jonkin aktiivisen maankäyttöpyrkimyksen edistämiseksi. Tässäkin biodiversiteetti joutuu kilpailemaan muiden maankäyttöpyrkimysten kanssa, ja siinä missä valtakunnallisesti merkittävän luontokohteen säilyttäminen voi edellyttää muiden maankäyttömuotojen väistymistä, voivat tätä vähäisemmät luontoarvot joutua väistymään muiden maankäyttötavoitteiden tieltä.²¹⁷

Metsät ovat edellä sanotun perusteella erityisen keskeisessä asemassa tarkasteltaessa biodiversiteettiä kansallisesti, johtuen metsien suuresta osuudesta maapinta-alastamme. Metsälain sääntelyä on käsitelty edellä todeten, että se jättää biodiversiteetin suojelun näkökulmasta varsin paljon toivomisen varaa. Huolimatta MRL:n järjestelmän merkityksestä ympäristönkäytön ohjauskeinona myöskään MRL:n sääntely ei tässä suhteessa tarjoa välttämättä erityisen tehokkaita mahdollisuuksia metsien biodiversiteetin säilyttämiseen. Tämä liittyy yhtäältä päätöksenteon oikeudellisten puitteiden joustavuuteen, joka jättää ratkaisut paljolti edellä kuvatulla tavoin kaavoituksesta vastaavan tahon harkinnan varaan.²¹⁸ Toiselta puolen metsien käytön ohjaamista kaavoituksella saattavat rajoittaa yksityisten oikeudet ja omaisuuden suojausoikeus niiden taustalla. Yleiskaavoitus ei muun ohella saa aiheuttaa maanomistajalle tai muulle oikeudenhaltijalle kohtuutonta haittaa.²¹⁹ Yleiskaavoituksessa ei voida myöskään enää aiemmin mainitun MRL:n muutoksen 465/2018 jälkeen käyttää MRL 128 §:n mukaista maisematyölupamenettelyä metsien käytön ohjaukseen yleiskaava-alueilla. Toisaalta metsätalouden harjoittamiseen

²¹⁷ Ks. Kuusiniemi 2001, s. 188.

²¹⁸ Ks. esim. Pölönen – Malin 2011, s. 178.

²¹⁹ Ks. säännöksen soveltamisesta mt., s. 149–152. Sama kohtuullisuusvaatimus koskee myös maakuntakaavoitusta, ks. MRL 28.3 §. Asemakaavoituksessa tilanne on kohtuullisuusvaatimuksen osalta hieman toisenlainen, MRL 54.3 §:n mukaan asemakaavalla ei saa asettaa maanomistajalle tai muulle oikeuden haltijalle sellaista kohtuutonta rajoitusta tai aiheuttaa sellaista kohtuutonta haittaa, joka kaavalle asetettavia tavoitteita tai vaatimuksia syrjäyttämättä voidaan välttää. Näin ollen maanomistajan oikeudet asemakaava-alueella voivat väistyä, mikäli kaavalle asetettavat vaatimukset tätä edellyttävät.

vaikuttavia merkintöjä ja määräyksiä voidaan yleiskaavassa antaa MRL:n yleiskaavan sisältövaatimukseen perustuen, ja metsätaloutta rajoittavien kaavamerkintöjen ja -määräysten antamiseen voi yksittäistapauksessa olla myös oikeudellinen velvollisuus sisältövaatimussääntelyn edellyttäessä muun muassa maiseman ja luontoarvojen vaalimista sekä virkistykseen soveltuvien alueiden riittävyuden turvaamista. Tarve yleiskaavoituksen käyttämiseen eri käyttömuotoja yhteen sovittavana välineenä korostuu erityisesti taajamien lähialueilla, ranta-alueilla ja luonnonsuojelun tai maisema-arvojen kannalta arvokkaissa kohteissa sekä sellaisilla alueilla, jotka ovat puustoisten suojavyöhykkeiden tarpeessa.²²⁰

Asemakaava-alueilla maisematyölupamenettely on edelleen käytössä koko asemakaava-alueella (lukuun ottamatta ranta-asetakaava-alueita²²¹), mutta metsien käytön ohjauksessa laajemmin asemakaavan merkitys on melko marginaalinen, johtuen asemakaavoituksen luonteesta nimenomaan tehokkaasti rakennettavien alueiden suunnitteluvälineenä. Kaupunkialueiden metsäalueiden käytön ohjauksessa asemakaava on käyttökelpoinen väline.

3.2.4 Muita turvallisuusnäkökohtia kaavoituksessa

Tarkasteltaessa laajemmin inhimillisen turvallisuuden koko kenttää voidaan havaita, kuinka laajasti erilaisiin turvallisuuden ja resilienssiin edellytyksiin maankäytön suunnittelulla voidaan vaikuttaa. Nämä mahdollisuudet lähtevät inhimillisen turvallisuuden perustavimmista osatekijöistä, kuten henkilökohtaisesta fyysisestä turvallisuudesta. Erityisesti kaupunkien suunnittelussa on jo pitkään tunnustettu erilaisia keinoja lisätä turvallisuutta ja turvallisuuden tunnetta.²²² Kysymys on paljolti ollut rikollisuuden ehkäisemisestä, ”katuturvallisuudesta”.²²³ Sitä voidaan pyrkiä lisäämään esimerkiksi luomalla maankäytön suunnittelulla kaupunkitilan käyttöä lisääviä aktiviteettikäytäviä, jotka lisäävät ihmisten liikkumista, sekoittamalla erilaisia toimintoja (kuten sijoittamalla liikehuoneistoja asuintalojen pohjakerroksiin), luomalla kohtaamistiloja ja edistämällä asukkaiden sitou-

²²⁰ Pölönen – Malin 2011, s. 178.

²²¹ Ranta-asetakaava-alueella maisematyölupapalveloite edellyttää nykyisin erityistä, kaavassa annettua määräystä eli niin kutsuttua toimenpiderajoitusta, ks. MRL 128.1 §:n 2 kohta.

²²² Ks. esim. Koskela 2009, esim. s. 180–189. Turvallisuus ja koettu turvallisuus ovat eri asioita. Ihmiset voivat pelätä rikoksia ja kokea näin turvattomuutta, vaikka riski joutua rikoksen kohteeksi olisi pieni. Hyvän ympäristön voidaan sanoa olevan paitsi tosiasiallisesti turvallinen myös sellainen, joka koetaan turvalliseksi. Rikoksentorjunnan neuvottelukunta ja yhdyskuntasuunnittelu- ja rakennustutkimuksen neuvottelukunta 1995, s. 7.

²²³ Ks. Koskela 2009, esim. s. 103.

tumista asuin ympäristöön.²²⁴ Monenlaisilla muillakin rakennetun ympäristön ratkaisulla, esimerkiksi kulkureittien suunnittelulla ja valaistuksella, voidaan vaikuttaa fyysiseen turvallisuuteen ja turvallisuudentunteeseen.²²⁵

Myös liikenneturvallisuus liittyy osin fyysiseen turvallisuuteen, mutta myös yhdyskuntarakenteeseen.²²⁶ Yleiskaavassa on MRL 39.2 §:n mukaan otettava huomioon muun ohella mahdollisuudet liikenteen, erityisesti joukkoliikenteen ja kevyen liikenteen tarkoituksenmukaiseen järjestämiseen ympäristön, luonnonvarojen ja talouden kannalta kestäväällä tavalla. Asemakaavan sisältövaatimuksissa edellytetään asemakaava laadittavaksi siten, että luodaan edellytykset liikenteen järjestämiselle (MRL 54.2 §). Maankäytön suunnittelulla on edellä kuvatulla tavoin mahdollista olennaisesti vähentää liikennetarvetta (yhdyskuntarakenteen ohjaamisella, toimintojen sijoittelulla ja esimerkiksi joukkoliikenteen toimintaedellytyksiä parantamalla), mikä on merkittävä liikenneturvallisuutta parantava tekijä sen lisäksi, että liikenneverkon suunnittelulla ja erilaisilla pistemäisillä ratkaisulla ratkaistaan liikenneturvallisuuteen liittyviä kysymyksiä.²²⁷

²²⁴ Koskela 2009, s. 180–184, Rikoksantorjunnan neuvottelukunta ja yhdyskuntasuunnittelu- ja rakennustutkimuksen neuvottelukunta 1995, s. 26–28. Sitoutuminen asuin ympäristöön merkitsee sitä, että asukas tuntee alueen omakseen muiden siellä asuvien kanssa, tuntee siitä ylpeyttä, on huolissaan sen ongelmista ja halukas vaikuttamaan niihin. Tällaisen *territoriaalisen siteen* syntymistä on mahdollista edistää esimerkiksi jakamalla tilaa pienempiin yksiköihin. Rikoksantorjunta tapahtuu näin nimenomaan epävirallisin keinoin ja sosiaalista kontrollia tukemalla, ei viranomaiskontrollilla. Koskela 2009, s. 182–183 ja siinä viitattu, Rikoksantorjunnan neuvottelukunta ja yhdyskuntasuunnittelu- ja rakennustutkimuksen neuvottelukunta 1995, s. 26.

Sosiaaliseen kontrolliin on viitattu ainakin KHO:n vuosikirjaratkaisussa KHO 2014:143, jossa oli kyse tontin käyttämisestä asemakaavassa osoitetusta poikkeavaan tarkoitukseen. Asemakaavassa erillispientalojen korttelialueeksi (AO/s) osoitetulla korttelialueella sijaitsevaa tonttia käytettiin yhtiön toimesta majoitustoimintaan. KHO:n mukaan olennaista tällaisen käytön vaikutusten kannalta oli se, että kysymys oli omakotialueelle epätyypillistä lyhytkestoisista majoitusjaksoista, osin loma-asuntokäytöstä. Tontille majoittuvat henkilöt olivat alueella vieraina toisin kuin alueella pysyvästi asuvat omakotiasukkaat, ja tämä merkitsi naapuruston kannalta muun muassa pysyvään asutukseen nähden heikompa sosiaalista kontrollia. KHO:n mukaan kaavoituksessa käytetään asumiselle ja matkailupalveluille eri merkintöjä niiden erilaisten vaikutusten vuoksi. Kiinteistöillä harjoitettu toiminta ei ratkaisun mukaan vastannut kaavan pääkäyttötarkoituksen mukaista omakotiasumista.

²²⁵ Rikoksantorjunnan neuvottelukunta ja yhdyskuntasuunnittelu- ja rakennustutkimuksen neuvottelukunta 1995, s. 17. Asemakaavoilla ja esimerkiksi MRL 90.4 §:n mukaisilla yleisten alueiden suunnitelmissa on mahdollista vaikuttaa erilaisiin turvallisuutta edistäviin ratkaisuihin varsin yksityiskohtaisestikin. MRL 90 §:n tarkoittamia yleisiä alueita ovat mm. torit, puistot, leikkikentät, lähivirkistysalueet ja uimarannat. MRL 90.2–3 §:ssä korostetaan suunnittelun, toteutuksen ja ylläpidon laatua koskevia näkökohtia. Ekroos – Majamaa 2018, s. 475.

²²⁶ Ks. Ympäristöministeriö 2006, s. 8.

²²⁷ Mt., s. 38–39, jossa yhdyskuntarakenteen, liikennesuunnittelun ja liikenneturvallisuuden yhteyttä on kuvattu seuraavasti: ”[p]erinteisessä liikennesuunnittelussa liikenteen kasvavaan kysyntään on vastattu parantamalla liikenneväylien kapasiteettia. Uusien väylien

Maankäytön suunnittelulla vaikutetaan siten liikenneturvallisuuden kannalta keskeisiin tekijöihin: toisaalta eri kulkumuotojen liikennesuoritteeseen eli onnettomuuksille altistumiseen sekä toisaalta liikkumisen ympäristöihin eli onnettomuuksien todennäköisyyteen ja vakavuuteen.²²⁸ Maanteiden ja ratojen suunnittelun tulee lähtökohtaisesti perustua kaavaan.²²⁹ Kaupunkiympäristön liikenneturvallisuuteen vaikuttavia yksityiskohtaisia ratkaisuja tehdään asemakaavoihin perustuvassa, MRL 85 §:n mukaisessa katusuunnittelussa.²³⁰ Samalla liikennetarpeen vähentäminen on keskeisessä asemassa ilmastonmuutoksen hillinnässä.²³¹

Edellä on korostettu kaavoituksen roolia nimenomaan uhkien ennaltaehkäisyssä ja niiden haitallisten vaikutusten vähentämisessä. Maankäytön suunnittelulla on kuitenkin merkityksensä myös varsinaisen varautumisen kannalta ja häiriötilannetoiminnan edellytysten luojana. Kaavoituksen tehtävänä on myös varautumisen edellyttämien alueiden osoittaminen sijainniltaan tarkoituksenmukaisiin paikkoihin ja esimerkiksi pelastustoiminnan edellytyksistä on huolehdittava osana turvallista elinympäristöä.²³²

rakentaminen ei kuitenkaan ole ratkaissut ruuhkia, koska entistä paremmat ja nopeammat yhteydet lisäävät liikenteen kysyntää; jo lyhyellä aikavälillä opitaan käyttämään uutta reittiä ja sen varrella olevia palveluja, pitkällä aikavälillä nopeutunut yhteys kannustaa myös rakentamaan kauemmas. (...) Koska toimintojen välimatkat ovat kasvaneet, ovat jokapäiväiset matkat pidentyneet ja henkilöliikenne lisääntynyt. Eri toimintojen, kuten kaupan, koulujen ja muiden palvelujen keskittyminen sekä sijoittuminen irralleen muusta yhdyskuntarakenteesta kasvattaa etäisyyksiä ja siten edistää liikenteen kasvua ja riippuvuutta henkilöautoista. (...) On laskettu, että vaikuttamalla yhdyskuntarakenteeseen, käytettävissä oleviin kulku- ja kuljetusmuotoihin sekä liikkumistottumuksiin on mahdollista vähentää ajoneuvoliikennettä henkilöä kohti parhaimmillaan 20-30 prosenttia.” Ilmastonmuutoksen hillinnan näkökulmasta liikkumistarpeen vähentäminen on paras keino vähentää liikenteen kasvihuonekaasupäästöjä, kun esimerkiksi autokannan transiitio sähkökäyttöiseksi aiheuttaa itsessään kasvihuonekaasupäästöjä ja kuluttaa huomattavan määrän luonnonvaroja.

²²⁸ Mt., s. 21, jossa todetaan myös, että ”[k]aavoitusvaiheessa liikenneturvallisuudesta huolehtiminen on edullisempaa kuin virheiden korjaaminen myöhemmin. Jo rakennetun liikennenympäristön korjaaminen vaatii suuria investointeja, eikä kaikkia ongelmia ole edes mahdollista poistaa jälkepäin.”

²²⁹ Ks. RataL 10 § ja MaantieL 17 §.

²³⁰ MRL 85 §:n mukaan katu rakennetaan kunnan hyväksymän suunnitelman mukaisesti. Katu on suunniteltava ja rakennettava siten, että se sopeutuu asemakaavan mukaiseen ympäristöönsä ja täyttää toimivuuden, turvallisuuden ja viihtyisyyden vaatimukset.

²³¹ Ks. Wahlgren 2018, esim. s. 171–172.

²³² Edellytykset pelastustoiminnalle luodaan suurelta osin kaavoituksessa, vaikkakin rakennusturvallisuus kuuluu keskeisenä osana MRL:n rakentamisen ohjauksen kysymyksiin. MRL 117 b §:n 1 momentin mukaan rakennushankkeeseen ryhtyvän on huolehdittava, että rakennus suunnitellaan ja rakennetaan sen käyttötarkoituksen edellyttämällä tavalla paloturvalliseksi. Palon syttymisen vaaraa on rajoitettava. Rakennuksen kantavien rakenteiden on oltava sellaiset, että ne palon sattuessa kestävät vähimmäisajan ottaen huomioon rakennuksen sortuminen, poistumisen turvaaminen, pelastustoiminta ja palon hallintaan saaminen. Palon ja savun kehittymistä ja leviämistä rakennuksessa sekä palon leviämistä

Näin myös turvallisuuden ja varautumisen perinteistä ydintä koskevat kysymykset ovat osa maankäyttöä koskevaa päätöksentekoa.²³³ Uusi MRL 4 a § osaltaan ilmentää ja korostaa perinteisen turvallisuuden kysymysten merkitystä maankäytön suunnittelussa.

Helsingin yleiskaavaa koskeneessa vuosikirjaratkaisussa KHO 2018:151 oli kyse myös kansallisen turvallisuuden intresseistä ja valtakunnallisten alueidenkäyttötavoitteiden tulkinnasta erityisesti puolustusvoimien toimintojen osalta.²³⁴ Yleiskaavassa oli osoitettu puolustusvoimien käytössä olevia saaria merellisen virkistykseen ja matkailun alueeksi ja virkistys- ja viheralueiksi. Saaret sijaitsivat Santahaminan läheisyydessä, maakuntakaavassa osoitetun Puolustusvoimien melualueen (LAeq 7-22 yli 55 dB) rajauksen sisäpuolella. Osa saarista sijoittui lisäksi Santahaminan suoja-alueen rajauksen sisäpuolelle. Näistä saarista kaksi oli vaihemaakuntakaavassa osoitettu merkinnällä EP/u puolustusvoimien alueeksi, jonka toissijainen käyttötarkoitus on virkistys-, matkailu- ja/tai koulutustoiminta. Merkintää koskevan suunnittelumääräyksen mukaan ”alueet varataan puolustusvoimien käyttöön. Mikäli alue vapautuu puolustusvoimien käytöstä, se varataan virkistys-, matkailu- ja/tai koulutustoimintaan. Yksityiskohtaisemmassa suunnittelussa on otettava

lähistöllä oleviin rakennuksiin on pystyttävä rajoittamaan. Rakennuksen rakentamisessa on käytettävä paloturvallisuuden kannalta soveltuvia rakennustuotteita ja teknisiä laitteistoja. Lainkohdan 2 momentin mukaan rakennuksen on oltava sellainen, että siinä olevat voivat palon sattuessa pelastautua tai heidät voidaan pelastaa. Pelastushenkilöstön turvallisuus on rakentamisessa otettava huomioon. Lupaviranomainen voi edellyttää laadittavaksi turvallisuusselvityksen poistumisturvallisuuden kannalta erittäin vaativasta kohteesta.

²³³ Valtakunnallisten alueidenkäyttötavoitteiden terveellistä ja turvallista elinympäristöä koskevien tavoitteiden perustelujen mukaan alueidenkäytössä on tarpeen varmistaa valtakunnan kokonaisturvallisuuden edellytykset, kuten maanpuolustuksen, rajavalvonnan, pelastustoimen ja huoltovarmuuden tarpeet. Perusteluiden mukaan puolustusvoimien toiminnoille on luonteenomaista se, että niiden vaikutukset ulottuvat käytössä olevien alueiden ulkopuolelle. Toimintaedellytysten turvaamiseksi alueidenkäytössä onkin päätöksen mukaan tarpeen kiinnittää erityistä huomiota niihin alueidenkäytön rajoitteisiin, joita puolustusvoimien ja rajavalvonnan toiminnasta ja kehittämisestä aiheutuu. Valtioneuvoston päätös 2017, s. 7.

²³⁴ Vuosikirjaratkaisun tiivistelmässä ei kuitenkaan ole käsitelty asiaa tältä osin. Kaavan laatimista ohjasi aiempi päätös valtakunnallisista alueidenkäyttötavoitteista 14.12.2017 hyväksytyjen tavoitteiden sijaan. Tuolloisten valtakunnallisten alueidenkäyttötavoitteiden kohdan 4.2 erityistavoitteiden mukaan alueidenkäytön suunnittelussa on otettava huomioon maanpuolustuksen ja rajavalvonnan tarpeet ja turvattava riittävät alueelliset edellytykset varuskunnille, ampuma- ja harjoitusalueille, varikkotoiminnalle sekä muille maanpuolustuksen ja rajavalvonnan toimintamahdollisuuksille. Samalla on huomioitava muun yhdyskuntarakenteen, elinympäristön laadun ja ympäristöarvojen asettamat vaatimukset. Tuolloiset tavoitteet oli jaettu yleis- ja erityistavoitteisiin. Yleistavoitteet olivat vain yleispiirteistä kaavoitusta koskevia periaatteellisia linjauksia, erityistavoitteiden osalta kunkin tavoitteen sanamuoto määritteli viime kädessä sen, mille suunnittelun tasoille kukin tavoite ulotti vaikutuksensa. Sanamuotonsa mukaan puheena oleva erityistavoite oli kaikkia kaavatasoja koskeva vaatimus.

huomioon kulttuuriympäristö- ja luontoarvojen säilyminen”. Muiden kyseessä olevien saarten osalta maakuntakaavassa ei ollut puolustusvoimien toimintaa koskevia kaavamerkintöjä tai -määräyksiä. Puolustusvoimien logistiikkalaitoksen esikunnan valituksen mukaan maakuntakaavassa puolustusvoimien alueiksi osoitetut saaret olisi myös yleiskaavassa tullut osoittaa mainittuun tarkoitukseen. Valituksen mukaan näiden ja muidenkin saarten osalta yleiskaavan mukainen ratkaisu merkitä puolustusvoimien hallinnassa olevat saaret merellisen virkistys- ja matkailun alueeksi, virkistys- ja viheralueeksi sekä asuntovaltaiseksi alueeksi oli ristiriidassa myös valtakunnallisten alueidenkäyttötavoitteiden kanssa. Hallinto-oikeus kumosi kaavapäätöksen niiden kahden saaren osalta, jotka oli maakuntakaavassa osoitettu ensisijaisesti puolustusvoimien alueeksi ja hylännyt valituksen muilta osin. Olennaisena perusteena ratkaisulle oli se, ettei maakuntakaava ollut ollut riittävästi ohjeena yleiskaavaa laadittaessa, kun yleiskaavassa ei ollut esimerkiksi ajoittamista koskevia määräyksiä. Niiden saarten osalta, joista maakuntakaavassa ei ollut puolustusvoimien käyttöä koskevia merkintöjä ja määräyksiä, hallinto-oikeus totesi, että saarten käyttäminen rakentamiseen ei ole mahdollista ilman maankäyttö- ja rakennuslain 72 §:n 1 momentissa tarkoitettua kaavaa, ja vasta tässä vaiheessa selviää, mihin yksittäistä yleiskaavassa merellisen virkistys- ja matkailun merkinnällä osoitettua saarta voidaan käyttää. Näin ollen ja kun yleiskaavalla ei ole ratkaistu eikä voitukaan ratkaista, voiko näille puolustusvoimien käytössä oleville saarille viime kädessä sijoittua toimintoja, jotka voisivat olla ristiriidassa maanpuolustusta ja rajavalvontaa koskevien erityistavoitteiden kanssa, yleiskaavaratkaisua ei näiden saarten osalta ollut syytä kumota sillä perusteella, että kaavaa laadittaessa ei ole riittävästi otettu huomioon maanpuolustuksen ja rajavalvonnan tarpeita eikä turvattu niiden toimintamahdollisuuksia, siten kuin valtakunnallisissa alueidenkäyttötavoitteissa maankäyttö- ja rakennuslain 24 §:n 2 momentti huomioon ottaen edellytetään.

Korkeimmassa hallinto-oikeudessa oli Puolustusvoimien logistiikkalaitoksen esikunnan valituksesta ratkaistavana, oliko yleiskaavaratkaisussa otettu muiden saarten osalta riittävällä tavalla huomioon maanpuolustuksen ja rajavalvonnan tarpeiden turvaamista koskevat valtakunnalliset alueidenkäyttötavoitteet. KHO totesi perusteluissaan, että valtakunnalliset alueidenkäyttötavoitteet ohjaavat ensisijaisesti maakuntakaavoitusta. Koska kysymyksessä oleville saarille ei ollut osoitettu voimassa olevissa maakuntakaavoissa käyttötarkoitusta, maakuntakaavat eivät tässä tapauksessa KHO:n mukaan ohjanneet saarten yksityiskohtaisempaa suunnittelua. Maankäyttö- ja rakennuslain 24 §:n 2 momentin mukaan myös muussa alueiden käytön suunnittelussa kuitenkin on KHO:n mukaan huolehdyttävä valtakunnallisten alueidenkäyttötavoitteiden huomioon ottamisesta siten, että edistetään niiden toteuttamista.

Edelleen korkein hallinto-oikeus totesi, että kysymyksessä olevat saaret sijaitsevat Santahaminan läheisyydessä ja saaret ovat lisäksi puo-

lustusvoimien käytössä, mistä johtuen saarille osoitettavaa maankäyttöä suunniteltaessa on otettava huomioon maanpuolustuksen ja rajavalvonnan toimintaedellytysten turvaaminen. Arvioitaessa yleiskaavaratkaisusta saarien käytölle ja maanpuolustuksen toimintaedellytyksille aiheutuvia vaikutuksia on kuitenkin otettava huomioon, että yleiskaavassa merellisen virkistykseen ja matkailun alueeksi ja virkistys- ja viheralueeksi osoitet- tujen saarten käyttäminen virkistys- tai matkailukäyttöä palvelemaan rakentamiseen edellyttää maankäyttö- ja rakennuslain 72 §:n 1 momentissa tarkoitettua kaavaa. Yleiskaavaratkaisulla ei siten ollut KHO:n mukaan ratkaistu saarten käyttöä tavalla, joka välittömästi vaikuttaisi saarten käyttöön tai puolustusvoimien ja rajavalvonnan toimintaedellytyksiin. Maanpuolustusta ja rajavalvontaa koskevat erityistavoitteet on otettava huomioon myös mahdollisessa saarien yksityiskohtaisemmassa suunnitelussa. Näillä ja hallinto-oikeuden päätöksessä mainituilla perusteilla korkein hallinto-oikeus hylkäsi valituksen.

Korkein hallinto-oikeus siis katsoi, että kaavaratkaisussa on valtakunnal- listen alueidenkäyttötavoitteiden edellyttämällä tavalla turvattu puolustus- voimien toimintaedellytykset, kun kaava ei välittömästi vaikuttanut näihin edellytyksiin siitä huolimatta, että saaret oli kaavassa osoitettu muuhun kuin puolustusvoimien käyttötarkoituksiin. Perusteena oli keskeisesti kaavan yleispiirteisyys, eli sen perusteella ei ollut mahdollista toteuttaa sellaista maankäyttöä, joka olisi puolustusvoimien toimintaedellytyksiä vaarantanut. Punninnassa toisella puolen ovat epäilemättä vaikuttaneet muut, yleiskaavaratkaisussa yksilöidyt saariin kohdistuvat maankäyttöint- ressit. Suunnittelujärjestelmän tasojen näkökulmasta on kuitenkin mielen- kiintoista, että mikäli puheena olevien saarten maankäyttöä lähdetäisiin suunnittelemaan rakentamista ohjaavalla kaavalla ja puolustusvoimien toiminta-alueella säilyisi ennallaan, olisivat yleiskaavan kaavamerkin- nät ja valtakunnalliset alueidenkäyttötavoitteet tältä osin lähtökohtaisesti ristiriitaiset. Tällöin kaavahierarkian ylemmät tasot (valtakunnalliset alueidenkäyttötavoitteet ja yleiskaava), jotka molemmat edellytetään otettavaksi huomioon, ohjaavat kaavaratkaisua eri suuntiin. Ajoittamista koskevat määräykset olisivat tältäkin osin parantaneet tilannetta.²³⁵

Perinteisen turvallisuuskäsityksen laajeneminen laajentaa samalla myös maankäytön suunnittelun roolia turvallisuuden ja resilienssin luomisessa. Inhimilliseen turvallisuuteen ja resilienssiin liittyvät kysymykset läpäisevät siis koko yhteiskunnan ja kytkeytyvät toisiinsa. Esimerkiksi yhteiskunnal- linen oikeudenmukaisuus ja yhdenvertaisuus ovat tekijöitä, jotka edistävät sekä yksilötason että yhteisöllistä resilienssiä ja johon voidaan vaikuttaa myös maankäytön suunnittelun keinoin. Tällaisia keinoja ovat esimerkiksi

²³⁵ Yleiskaava ei sinänsä maankäyttö- ja rakennuslain mukaan lähtökohtaisesti ohjaa sitä yksityiskohtaisemman yleiskaavan laatimista taikka yleiskaavan muuttamista, joten tältä osin kaavahierarkista ongelmaa ei periaatteessa syntyisi.

monipuolisten asuin- ja työmahdollisuuksien ja sosiaalisen koheesion edistäminen, erilaisten haavoittuvien väestöryhmien tarpeiden huomioiminen ja erilaisten yhteisöllisten voimavarojen hyödyntäminen ja säilyttäminen.²³⁶ On selvää, ettei maankäytön suunnittelu yksin toteuta näitä tavoitteita, mutta se on osa siinä keinovalikoimassa, jolla näihin tavoitteisiin pyritään. Globaalien muutosten lisätessä muun ohella siirtolaisuutta ja pakolaisuutta näiden kysymysten merkitys entisestään korostuu sen lisäksi, että resilienssiä koettelevien häiriötilanteiden määrä on omiaan lisääntymään.

Yhtenä MRL:n ja turvallisuuskysymysten kytköksenä on vielä mainittava se, että myös MRL:n mukaisilla *kaavoitusmenettelyillä* on yhteytensä turvallisuuteen ja resilienssiin. Kuten aiemmin mainittiin, myös osallisuuden tunne ja kokemus vaikutusmahdollisuuksista esimerkiksi omaa elinympäristöä koskevassa päätöksenteossa ovat yksi resilienssin elementti. Osallistuminen ja osallistumismahdollisuudet kaavoitusmenettelyihin tukevat kokemusta osallisuudesta ja vaikutusmahdollisuuksista.²³⁷ Sekä vaikutusmahdollisuuksia että kokemusta vaikutusmahdollisuuksien olemassaolosta tukevat myös muutoksenhakumahdollisuudet esimerkiksi kaavojen hyväksymispäätöksiin.

Toisaalta kansalaisosallistumisella ja kansalaisten muutoksenhakumahdollisuuksilla on merkityksensä turvallisuuden kannalta myös sikäli, että näiden vaikutusmahdollisuuksien kautta erilaiset intressit myös tulevat osaksi päätöksentekoa ja päätösten lainmukaisuuden arviointia. Kuten aiemmin todettiin, kaavojen laatimisen ensisijaisena syynä ovat useimmiten taloudelliset syyt, ja jotkin muut kaavojen laadinnassa huomioon otettavat intressit saattavat näyttäytyä suunnittelun tavoitteita rajoittavina tekijöinä eikä erilaisten intressien vähimmäissuojaa ole yksiselitteisesti määritelty.

²³⁶ Urban Land Institute 2018, esim. s. 14–19. Sosiaaliseen koheesioon ja yhdenvertaisuuteen voidaan pyrkiä esimerkiksi sijoittamalla kaavoitettavalle alueelle mahdollisimman monipuolisia asumismahdollisuuksia ja pyrkimällä asuinalueen väestön heterogeenisuuteen erilaisten muuttujien suhteen. Samalla edistetään arkielämän toimintojen monipuolisuutta; väestön ollessa eri ikäistä, erilaisessa elämäntilanteessa, käyttäessä aikaansa eri tavoin ja harrastaessa eri asioita alue elää monipuolisesti ja esimerkiksi erilaisista palveluista on monipuolisesti kysyntää. Rikoksantorjunnan neuvottelukunta ja yhdyskuntasuunnittelu- ja rakennustutkimuksen neuvottelukunta 1995, s. 41.

Yllä mainittuja yhteisöllisiä, resilienssiä tuottavia voimavaroja voivat olla esimerkiksi kulttuuriin ja historiaan liittyvät tekijät, ympäristöön ja luontoon liittyvät tekijät sekä sosiaaliset ja taloudelliset tekijät. Urban Land Institute 2018, s. 18.

²³⁷ Vuorovaikutusta kaavoituksessa koskevan perussäännöksen, MRL 62.1 §:n mukaan kaavoitusmenettely tulee järjestää ja suunnittelun lähtökohdista, tavoitteista ja mahdollisista vaihtoehtoista kaavaa valmisteltaessa tiedottaa niin, että alueen maanomistajilla ja niillä, joiden asumiseen, työntekoon tai muihin oloihin kaava saattaa huomattavasti vaikuttaa, sekä viranomaisilla ja yhteisöillä, joiden toimialaa suunnittelussa käsitellään (osallinen), on mahdollisuus osallistua kaavan valmisteluun, arvioida kaavoituksen vaikutuksia ja lausua kirjallisesti tai suullisesti mielipiteensä asiasta.

Erityisesti tällaisessa asetelmassa – vaikka tietysti muutoinkin – myös erilaisten yksityisten osallistajojen kuten kuntalaisten käsitykset kaavoituksessa huomioitavista intresseistä ovat hyvin merkityksellisiä, ja liittyvät kaavapäätöksenteon legitimaatioon ja demokraattiseen kontrolliin.²³⁸ Kun turvallisuus on moniulotteinen kysymys, edellyttää sen hahmottaminen tarkastelua eri näkökulmista, ja tässä esimerkiksi kuntalaisten tuottama tieto on merkityksellistä.

MRL:n menettelyllinen ja aineellinen sääntely maankäytön suunnittelua koskien voidaankin nähdä toisiaan täydentävinä. Osallistuminen ja vaikutusten arviointi tuottavat monipuolista tietoa eri näkökulmista ja luovat ideaalitulanteessa edellytyksiä eri näkökulmat huomioiville ja demokraattisille kaavoitusratkaisuille.²³⁹ Näin myös osallistumismenettelyt turvaavat osaltaan erilaisten, niin yksilötason kuin yhteiskunnan tasonkin turvallisuuskysymysten huomioon ottamista maankäytön suunnittelussa.

3.3 Maankäytön suunnittelu ja viranomaisten turvallisuusstrategiat

Maankäytön suunnittelun ja turvallisuuden suhdetta on syytä vielä tarkastella viranomaisten turvallisuusstrategioiden näkökulmasta. Tällä tavoin voidaan tehdä muun ohella havaintoja siitä, onko kaavoituksen mahdollisuuksia turvallisuuskysymyksiin vastaamisessa käsitelty turvallisuusstrategioissa, ja toisaalta turvallisuusstrategioiden valossa voidaan edellä sanotun perusteella pohtia, olisiko tällaiselle mahdollisesti joissakin suhteissa perusteita.

Sisäisen turvallisuuden strategiassa taikka yhteiskunnan turvallisuusstrategiassa ei nimenomaisesti viitata kaavoitukseen missään yhteydessä. Välitön liityntä maankäytön suunnitteluun kuitenkin löytyy sisäisen turvallisuuden strategian toimenpidekokonaisuudesta 3 (arjen turvallisuus), jossa erääksi tavoitteiden saavuttamisen keinoksi on mainittu se, että ”[v]ahvistetaan kaupunkien kykyä ehkäistä kaupunkien sisäistä segregaatiokehitystä monimuotoisesti. Luodaan toimintamallit hyvien väestösuhteiden rakentumiselle paikallisyhteisöissä. Hyviä väestösuhteita edistämällä lisätään ihmisten hyvinvointia ja turvallisuuden tunnetta sekä

²³⁸ Kuten aiemmin niin ikään todettiin, myös luottamus viranomaisiin on vaikutusmahdollisuuksien ohella osa turvallisuuden kokemusta. Päätöksentekoon liittyvät kontrollimahdollisuudet kytkeytyvät osaltaan myös luottamukseen viranomaisiin, kun viranomaisten toiminnan oikeellisuus on saatettavissa tuomioistuimen arvioitavaksi.

²³⁹ Pölönen – Malin 2011, s. 129. Ks. laajemmin yleisistä eduista ja osallistumisesta Heinilä 2017, s. 64–72, 165–166.

ennalta ehkäistään väestöryhmien välisiä jännitteitä ja rikoksia.”²⁴⁰ Tämä kirjaus liittyy sangen välittömästi edellä mainittuihin yhteiskunnallisen koheesion ja osallisuuden edistämismahdollisuuksiin maankäyttöä koskevassa päätöksenteossa.

Myöskään yhteiskunnan turvallisuusstrategiassa ei ole eksplisiittisesti käsitelty alueidenkäytön suunnittelua keinona siinä asetettujen tavoitteiden saavuttamiseen. Hallinnonalojen strategisissa tehtävissä on yhtenä kokonaisuutena ympäristön muutosten havainnointi ja seuranta sekä muutoksiin sopeutuminen ja niistä aiheutuvien uhkien torjunta, jonka tehtävän kuvauksen mukaan ”ylläpidetään valmiutta havaita, seurata ja ennakoida ympäristön muutoksia sekä yhteiskunnan valmiutta sopeutua niihin ja torjua niistä aiheutuvia uhkia”. Toimintamalli kuitenkin sisältää lähinnä ympäristön tilan seuranta ja tiedon tuottamista, eikä se sisällä mainintaa varsinaisista muutoksiin sopeutumisen taikka niistä aiheutuvien uhkien torjunnan keinoista.²⁴¹ Kaavoitus on edellä kuvatulla tavalla keskeinen keino ympäristön muutoksiin sopeutumisessa ja niistä aiheutuvien uhkien torjumisessa. Myöskään esimerkiksi tulvariskien hallinnan, ympäristövahtien torjunnan ja ennaltaehkäisyn ja kemikaaliuhkiin varautumisen toimintakokonaisuuksissa taikka muuallakaan ei ole erikseen mainittu alueidenkäytön suunnittelua uhkien ennaltaehkäisyssä taikka niihin varautumisessa, vaikka maankäytön suunnittelulla on aiemmin kuvatulla tavalla keskeinen rooli. Tarkastelut ovatkin tältä osin suppeita, yleispiirteisiä ja jossain määrin sektoroituneita, eikä ennaltaehkäisyn näkökulma tule erityisen konkreettisesti esiin.²⁴² Varautumisnäkökulma kiinnittyy ensisijaisesti siihen, mikä on toimintamalli silloin, kun jokin konkreettinen häiriötilanne ilmenee.

Eksplisiittiset yhteydet viranomaisten turvallisuusstrategioiden ja maankäytön suunnittelun välillä siis näyttävät melko lailla puuttuvan. Syyt tähän liittyvät paljolti siihen, että erityisesti yhteiskunnan turvallisuusstrategiaa koskevan valtioneuvoston päätöksen näkökulma on olennaisesti varautu-

²⁴⁰ Sisäministeriö 2017, s. 41, jossa vastuutahoiksi on myös määritelty muiden ohella ympäristöministeriö ja kunnat. Toisaalta maakuntien ja kuntien turvallisuustyötä koskevassa toimenpidekokonaisuudessa näkökulma vaikuttaa jälleen olennaisesti suppeammalta; ks. mt., s. 46–47. Turvallisuusosaamista ja kriisinkestokykyä koskevassa toimenpidekokonaisuudessa on myös mainittu yhdeksi tavoitteiden saavuttamisen keinoksi lisätä lasten ja nuorten mahdollisuuksia osallistua arjen turvallisuuteen liittyvään päätöksentekoon. Jos ja kun kaavoitus ymmärretään keinoksi luoda turvallista elin- ja toimintaympäristöä, voidaan tämän lausuman katsoa liittyvän myös alueidenkäytön suunnittelumenettelyihin.

²⁴¹ Valtioneuvoston periaatepäätös 2017, s. 70.

²⁴² Esimerkiksi tulvariskien osalta on yksinomaan todettu, että tulvariskejä hallitaan ja patoturvallisuutta valvotaan; mt., s. 21.

misen näkökulma.²⁴³ Maankäytön suunnittelun suhde turvallisuuteen on puolestaan edellä kuvatulla tavoin ensisijaisesti ennaltaehkäisevä. Näin varautumiseen ja häiriötilanteisiin painottuvissa strategioissa ainakaan päähuomio ei kiinnity ennaltaehkäisyyn ja muutoksiin sopeutumisen kysymyksiin siten kuin maankäytön suunnittelussa. Sisäisen turvallisuuden strategiassa ennalta ehkäisyyn näkökulma tulee hieman selvemmin esiin erityisesti syrjäytymisen ehkäisyssä.²⁴⁴ Edellä on pyritty perustelemaan sitä, että erityisesti merkitystään kasvattavien ympäristöturvallisuuteen liittyvien kysymysten vuoksi ennaltaehkäisyyn tulisi saada turvallisuuskysymysten tarkastelussa aiempaa tukevampaa sijan.

Varautumisen ja ennaltaehkäisyyn välinen rajanveto on toisaalta tietyllä tapaa häilyvä ja ehkä osin sopimuksenvaarainenkin, sillä varautumisenkin yhdeksi päämääräksi on todettu onnettomuuksien ja häiriötilanteiden ehkäisy.²⁴⁵ Näin esimerkiksi edellä kuvatuilla maankäytön suunnitteluun liittyvillä ympäristöturvallisuuden edistämisen keinoilla ja turvallisuusstrategioissa tunnistetuilla turvallisuuskysymyksillä voidaan nähdä kiinteitä yhteyksiä, ja maankäytön suunnittelu on keskeinen keino esimerkiksi yhteiskunnan turvallisuusstrategiassa käsiteltyjen tulvariskien hallinnan ja ympäristövahinkojen ennaltaehkäisyyn toteuttamisessa.

Turvallisuusstrategiat myös keskittyvät paljolti turvallisuusviranomaisten ja muiden turvallisuustoimijoiden resursseihin ja toimenpiteisiin. Ehkä osin tähänkin näkökulmaan liittyvä turvallisuusstrategioiden yleispiirteisyys voidaan niin ikään nähdä syyksi siihen, ettei esimerkiksi maankäytön suunnittelun rooli kokonaisturvallisuuden luomisessa nouse eksplisiittisesti esiin. Tämän rinnalla myös tarkastelujen tietynlainen sektoroituneisuus saattaa vaikuttaa siihen, ettei nämä sektorit laajalti läpäisevää maankäytön suunnittelua yksittäisten turvallisuuskysymysten tarkastelussa tunnisteta välineenä. Kuitenkin maankäytön suunnittelun merkitys turvallisuusstrategioiden toimenpiteiden *toteuttamisessa* ja toteuttamisen suunnittelussa on merkittäväkin.

²⁴³ Varautuminen siis tarkoittaa yhteiskunnan turvallisuusstrategian mukaan toimintaa, jolla varmistetaan tehtävien mahdollisimman häiriötön hoitaminen ja mahdollisesti tarvittavat tavanomaisesta poikkeavat toimenpiteet normaaliolojen häiriötilanteissa ja poikkeusoloissa. Varautumistoimenpiteitä ovat muun muassa valmiussuunnittelu, jatkuvuudenhallinta, etukäteisvalmistelut, koulutus ja valmiusharjoitukset. Varautuminen perustuu valmiuslain (1552/2011), pelastuslain (379/2011) ja muun erityislainsäädännön varautumisvelvollisuuteen. Valtioneuvoston periaatepäätös 2017, s. 9.

²⁴⁴ Ks. esim. Sisäministeriö 2017, s. 12.

²⁴⁵ Yhteiskunnan turvallisuusstrategian mukaan varautumisen päämääränä on huolehtia onnettomuuksien ja häiriötilanteiden ehkäisystä, valmistautumisesta toimintaan niiden uhatessa tai sattuesssa ja suunnitella toipuminen. Valtioneuvoston periaatepäätös 2017, s. 9.

Turvallisuusstrategioiden näkökulmasta turvallisuudessa on paljolti kyse tilapäisiin häiriötilanteisiin varautumisesta ja niiden aikana toimimisesta. Häiriötilanteiden jälkeen lähtökohtaisesti palataan oletusarvoisesti normaalitilaan. Ympäristöä koskevassa turvallisuusdiskurssissa ajattelu kuitenkin lähtee aiemmin kuvatulla tavoin siitä, että ympäristöongelmissa on kyse jossain määrin väistämättömistä, uhkia aiheuttavista pysyvistä muutoksista, joihin ja joiden mahdollisesti vaikeasti ennakoitaviin vaikutuksiin on varauduttava ja sopeuduttava, siltä osin kuin niiden ennalta ehkäisemiseen ei pystytä. Ennalta ehkäisy ja sopeutuminen nousevat laaja-alaisessa turvallisuuden tarkastelussa keskeiseen asemaan varautumisen ja häiriötilannetoiminnan rinnalle. Laajentunut turvallisuuskäsitys laajentaa siis myös turvallisuuden keinovalikoimaa.

3.4 Maankäytön suunnittelujärjestelmän viimeaikaisia kehityslinjoja

Maankäytön suunnittelulla on edellä kuvatun perusteella huomattava määrä turvallisuuskytköksiä, ja toisaalta myös maankäyttö- ja rakennuslain sääntelyjärjestelmässä turvallisuuteen liittyvät seikat näyttäisivät periaatteellisella tasolla olevan varsin hyvin huomioituja. Kuitenkin se, että nämä seikat tulevat yksittäisissä kaavoissa huomioiduksi, ei siis ole aina selvää. Näiden intressien huomioiminen pyritään varmistamaan erilaisilla oikeudellisilla keinoilla, joita on käsitelty edellä. Tästä näkökulmasta on syytä tarkastella vielä erikseen sitä, miten MRL:n sääntelyjärjestelmä on viime vuosina kehittynyt tässä suhteessa.

Turvallisuusintressit ovat yleisinä etuina paljolti valtakunnallisia, ja ohjausjärjestelmän rakenteista johtuen ne oikeudellisesti välittyvät alemmanasteiseen kaavoitukseen ja muuhun viranomaisten päätöksentekoon paljolti valtakunnallisten alueidenkäyttötavoitteiden kautta. Valtakunnallisten alueidenkäyttötavoitteiden toteuttamisessa maakuntakaavoituksella on keskeinen rooli.²⁴⁶

Valtakunnallisiin alueidenkäyttötavoitteisiin ja niiden vaikuttavuuteen mahdollisesti vaikuttaneita muutoksia on tehty MRL:n järjestelmässä viimeisten vuosien aikana useita. Yhtenä merkityksellisenä muutoksena on ollut maakuntakaavojen vahvistamismenettelyn poistuminen 1.2.2016 alkaen.²⁴⁷ Tämä on merkinnyt sitä, että maakuntakaavojen hyväksymiseen ja voimaantuloon ei enää sisälly systemaattista ja kattavaa kontrollia sen

²⁴⁶ Valtioneuvoston päätös 2017, s. 10.

²⁴⁷ L 28/2016, ks. HE 114/2015 vp.

suhteen, ovatko laaditut kaavat muun ohella valtakunnallisten alueidenkäyttötavoitteiden mukaisia. Esimerkiksi oikeuskäytännön perusteella tätä systemaattista kontrollia on voitu pitää valtakunnallisten alueidenkäyttötavoitteiden toteutumisen kannalta merkittävänä.²⁴⁸ Muutoksen jälkeen hyväksytyyn maakuntakaavan valtakunnallisten alueidenkäyttötavoitteiden mukaisuus tulee tarkasteltavaksi vain muutoksenhaun kautta. Tämä edellyttää sitä, että jokin valitukseen oikeutettu taho hakee muutosta maakuntakaavapäätökseen sillä perusteella, että kaavapäätöksessä ei ole lain edellyttämällä tavoin otettu huomioon valtakunnallisia alueidenkäyttötavoitteita. Tällainen kontrolli on siten väistämättä enemmän taikka vähemmän satunnaista. Valtakunnallisten alueidenkäyttötavoitteiden osalta viranomaisvalvontaa hankaloitti jo puheena olevan muutoksen jälkeen muun ohella se, että nimenomaan maakuntakaavoituksessa laillisuutta valvova taho oli mainitusta MRL:n muutoksesta lähtien jossain määrin epäselvä.²⁴⁹

Sittemmin valtion valvontaviranomaisen valvontatehtävää on 1.5.2017 voimaan tulleella MRL:n muutoksella 230/2017 supistettu merkittävästi, joskin se edelleen kattaa vaikutuksiltaan valtakunnalliset ja merkittävät maakunnalliset asiat.²⁵⁰ Nytemmin kaatuneen maakuntaudistuksen yhteydessä valtion viranomaisen yleinen valvontatehtävä oli tarkoitus peräti lopettaa kokonaan. Tämä todettiin jo uusimmassa valtakunnallisia alueidenkäyttötavoitteita koskevassa päätöksessä.²⁵¹ Tuoreessa Antti Rinteen hallitusohjelmassa on kuitenkin nimenomaisesti todettu, että alueiden käytön laillisuuden valvonta säilyy viranomaistoimintana vähintään nykytasolla.²⁵²

Valtion viranomaisten suorittaman lain ja valtakunnallisten alueidenkäyttötavoitteiden mukaisuuden valvonnan lakkaaminen kokonaan olisi ollut merkittävä kysymys tarkasteltaessa valtakunnallisesti mer-

²⁴⁸ Ks. Heinilä – Wähä 2013, s. 51. Vahvistamismenettelyn poistamiselle on sinänsä valtiosääntöisiäkin perusteita, ministeriön rooli muutoksenhakuviranomaisena ei ole välttämättä ongelmaton. Ks. HE 114/2015 vp, s. 4–5.

Ks. pohjoismaista vertailua kuntien ja maakuntien valtionvalvonnasta itsehallinnon ja valtiosäännön näkökulmasta Mäkinen 2017 passim.

²⁴⁹ Maakuntakaavojen vahvistusmenettelyn poistamisen yhteydessä lain 17 §:sta poistettiin ympäristöministeriölle kuulunut maakuntakaavoituksen ohjaus- ja valvontatehtävä, ja MRL 18:n nojalla se näytti muutoksen jälkeen kuuluvan alueellisille elinkeino-, liikenne- ja ympäristökeskuksille. Epäselvää oli, oliko tämä lainsäätäjän tarkoitus. Ks. myös Heinilä 2017, s. 63.

²⁵⁰ Ks. mainitusta muutoksesta ja myös laajemmin valtion roolin muutoksesta tällä vuosituuhannella Mäkinen 2018, s. 25–26, jossa huomautetaan, että muun ohella valtion sektoriviranomaiset ja hallintotuomioistuimet vastustivat muutosta laajasti.

²⁵¹ Valtioneuvoston päätös 2017, s. 5.

²⁵² Valtioneuvosto 3.6.2019, s. 47.

kityksellisten ja laissa määriteltyjen intressien välittymistä yksittäisiin maankäyttöä koskeviin päätöksiin. Ratkaisua perusteltiin lähinnä sillä, että eri sektoriviranomaisilla kuitenkin olisi säilynyt muutoksenhakumahdollisuus omalla toimialallaan.²⁵³ Voidaan kuitenkin sanoa, että näiden sektoriviranomaisten – enemmän taikka vähemmän suorittama – oman sektorinsa yleisen edun valvonta ei kattaisi kaikkia maankäytön suunnitteluun liittyviä merkittäviä kysymyksiä. Maankäytön suunnitteluun liittyy (esimerkiksi ilmastonmuutosta, yhdyskuntarakenteen eheyttä ja taloudellisuutta taikka luonnonsuojelulainsäädännön soveltamisalaan kuulumattomia biodiversiteettiä koskevia) kysymyksiä, jotka eivät kuulu minkään sektoriviranomaisen toimialaan ainakaan sillä tavoin, että tällainen viranomaisen todennäköisesti käyttäisi tai edes voisi käyttää valitusoikeutta yksittäisessä kaava-asiassa. Maankäyttöä koskevassa päätöksenteossa myös moninaisten intressien yhteensovittamista koskeva asiantuntemus on edellä kuvatulla tavalla välttämätön. Näin ollen niin päätösten lain- kuin valtakunnallisten alueidenkäyttötavoitteidenkin mukaisuuden arviointi edellyttää erilaisten laissa määriteltyjen intressien punnintaa, samoin kuin MRL:n järjestelmän tuntemusta muutoinkin.²⁵⁴ Valtion valvontaviranomaisen tehtäviin kuului aiemmin nimenomaisesti valtakunnallisten alueidenkäyttötavoitteiden huomioon ottamisen valvonta, nykyisen sanamuodon mukaan elinkeino-, liikenne- ja ympäristökeskuksen on valvottava, että kaavoituksessa, rakentamisessa ja muussa alueiden käytössä otetaan huomioon vaikutuksiltaan valtakunnalliset ja merkittävät maakunnalliset asiat (MRL 18.2 §).²⁵⁵

Mainittu MRL 18.2 §, jonka nojalla keskeisesti ratkaistaan ELY-keskuksen valitusoikeus yksittäisissä kaava-asioissa (samoin kuin esimerkiksi poikkeamis- ja suunnittelutarveasioissa), on siis hyvin tulkinnanvarainen. Ratkaistakseen kysymyksen siitä, onko ELY-keskuksella asiassa valitusoikeus, hallinto-oikeus joutuu tutkimaan asiaa aineellisesti ja ratkaisemaan, onko asiassa jotakin ”valtakunnallista tai maakunnallisesti merkittävää”. Oikeuskäytäntöä säännöksen tulkinnasta on kertynyt varsin vähän, eikä sitä ehkä voida luonnehtia täysin johdonmukaiseksi. Julkaistussa Turun hallinto-oikeuden ratkaisussa 13.09.2018 T 18/0263/1 oli kyseessä pie-

²⁵³ Ks. HE 14/2018 vp, s. 136. Näin esimerkiksi ehdotetun MRL 4 a §:n mukaisia kansalliseen turvallisuuteen liittyviä kysymyksiä valvoisi lähtökohtaisesti Puolustusvoimat ja Rajavartiolaitos. Tämä tietenkin edellyttää sitä, että tällaiset viranomaistahot tunnistetaan kaavoitusprosessissa osallisiksi ja he saavat tiedon tällaisen kaavoitusmenettelyn vireillä olosta ja siinä tehdyistä päätöksistä.

²⁵⁴ Mäkinen 2018, s. 34.

²⁵⁵ MRL 18.2 §:n alkuperäisen sanamuodon mukaan alueellisen ympäristökeskuksen, myöhemmin elinkeino-, liikenne- ja ympäristökeskuksen, oli erityisesti valvottava, että kaavoituksessa, rakentamisessa ja muussa alueiden käytössä otetaan huomioon valtakunnalliset alueidenkäyttötavoitteet, muut alueiden käyttöä ja rakentamista koskevat tavoitteet sekä kaavoitusasioiden ja rakennustoimen hoitoa koskevat säännökset siten kuin MRL:ssä säädetään.

nehköä aluetta koskeva ranta-asemakaava, jolla oli osoitettu neljä uutta lomarakennuspaikkaa yhden maanomistajan omistamille kiinteistöille. ELY-keskus valitti ranta-asemakaavapäätöksestä kahdella eri perusteella. Valituksen mukaan ranta-asemakaavassa oli mitoituksen osalta menetyt maakuntakaavan rantarakentamista koskevien kaavamääräysten ja suositusten sekä yleisten kaavoitusperiaatteiden vastaisesti. Toinen valitusperuste koski ennestään rakentamattomalle pienelle saarelle osoitettua yksittäistä rakennuspaikkaa. Saari sijaitsi meriväyläalueella, joka on maakuntakaavan mukaan kulttuuriympäristön tai maiseman kannalta tärkeä alue. Siltä osin, kuin valitus kohdistui ranta-asemakaavan mitoitusperusteisiin, hallinto-oikeus katsoi, että ELY-keskuksella ei ollut asiassa valitusoikeutta. Sen sijaan ottaen huomioon edellä mainittuun saareen osoitetun rakennuspaikan olosuhteet sekä maankäyttö- ja rakennuslaissa ELY-keskuksen vastuulle säädetty valvontatehtävät, hallinto-oikeus katsoi, että ELY-keskuksella on tältä osin valitusoikeus. Hallinto-oikeus totesi, että ennestään rakentamattomaan pieneen saareen osoitetun uuden rakennuspaikan osalta maakuntakaava ei ole ranta-asemakaavaa laadittaessa ollut ohjeena MRL:n edellyttämällä tavalla ja kaavaratkaisu myös vaarantaa alueen maisema-arvojen säilymistä. Kaavan hyväksymispäätös katsottiin siten tältä osin lainvastaiseksi.

Helsingin hallinto-oikeuden julkaistussa ratkaisussa 15.10.2018 T 18/0597/5 oli kyse poikkeamisesta ranta-asemakaavan vesikäymälän rakentamiskieltoa koskevasta asiasta. Hallinto-oikeuden ratkaisun mukaan ranta-asemakaavassa asetettu kieltä rakentaa vesikäymälöitä perustui vesiensuojeluun ja siten elinkeino-, liikenne- ja ympäristökeskuksista annetun lain 3 §:ssä säädettyyn ELY-keskusten ympäristönsuojelulliseen toimialaan ja tehtävään. Kun otettiin huomioon vaatimus maanomistajien tasapuolisesta kohtelusta, joka edellyttäisi vesikäymäläkieltoa koskevaan poikkeamiseen suostumista muidenkin rantakiinteistöjen kohdalla, aiheuttaisi poikkeaminen sellaista muutospainetta ranta-asemakaavoituksessa Uudellamaalla noudatettuun keskeiseen periaatteeseen, että sillä olisi ympäristönsuojelun kannalta laajamittaisempaa ja vaikutukseltaan maakunnallistakin merkitystä maankäyttö- ja rakennuslain 18 §:n 2 momentissa tarkoitettulla tavalla. Näin ollen kysymys oli ELY-keskuksen valvontavastuulle kuuluvasta asiasta, josta ELY-keskuksella oli valitusoikeus. ELY-keskuksen valitusoikeutta perusteltiin siis yhtäältä MRL 18.2 §:n säännöksellä sekä ELY-keskuksista annetussa laissa (897/2009, ELYL) säädettyillä ELY-keskuksen tehtävillä. Vaatimus maanomistajien yhdenvertaisesta kohtelusta oli argumentaatioissa varsin keskeisessä asemassa valitusoikeuden kannalta.

Kuopion hallinto-oikeuden julkaisemattomassa ratkaisussa 7.7.2017 T 17/0143/3 oli kyse yleiskaavan muutoksesta, jolla aiemmin rakentamattomaan saareen oli osoitettu matkailupalvelujen aluetta (RM), jolle sai rakentaa yhteensä noin 2500 kerrosneliometriä. Aiemmassa kaavassa

saari oli pääosin yleiskaavassa maa- ja metsätalousvaltaista aluetta, jolla oli ulkoilun ohjaamistarvetta ja/tai ympäristöarvoja (MU); saareen oli tuolloisessa yleiskaavassa osoitettu kuusi tavanomaista lomarakennuspaikkaa. Maakuntakaavassa ei ollut aluetta koskevia aluevarauksia. ELY-keskuksen valitus asiassa oli perustettu keskeisesti rantarakentamiseen liittyviin ylikunnallisiin intresseihin, maanomistajien yhdenvertaiseen kohteluun (siihen, että rantarakentamisen jakautumisella on aina yksittäistä ratkaisua laajemmalle ulottuva vaikutus) ja siihen, että kyse olisi maakunnallisella tasolla suunniteltavasta matkailualueesta. Valituksessa viitattiin valitusoikeuden perusteena myös PL 20.2 §:n mukaiseen julkisen vallan turvaamisveloitteeseen, samoin kuin tuolloin vielä voimassa olleisiin rantarakentamiseen liittyviin valtakunnallisiin alueidenkäyttötavoitteisiin rantarakentamista koskien.²⁵⁶ Päätös katsottiin valituksessa lainvastaiseksi muun ohella sillä perusteella, että hankkeessa oli kyse pikemminkin yhteisrantaista lomarakentamisesta. Hallinto-oikeus jätti valituksen tutkimatta, ja perusteli ratkaisuaan keskeisesti muutoksen esitöillä. Hallinto-oikeuden mukaan muutoksen tavoitteena oli rajata ELY-keskuksen valvontatehtävää ja valitusoikeutta MRL:n mukaisissa asioissa ja lisätä kuntien vastuuta alueidenkäytön suunnittelussa. Kaavan vaikutuksista hallinto-oikeus totesi, että kyse oli pienehkön alueen kaavamuutoksesta, jolla on muodostettu noin 2500 kerrosneliometriä rakennusoikeutta, muutettu käyttötarkoitusta, laajennettu rakentamiseen osoitettua aluetta ja lisätty rakennusoikeuden määrää. Kaavamuutoksen pienimuotoisuus ja alueen olosuhteet huomioon ottaen kaavamuutosta ei sen laajuuden ja laadun puolesta voitu hallinto-oikeuden mukaan pitää rantarakentamisen tai maanomistajien yhdenvertaisen kohtelun periaatteen kannalta vaikutusiltaan valtakunnallisena taikka maakunnallisestikaan merkittävänä.

Edellä esitetyt tapaukset kiertyvät paljolti yhdenvertaisuusperiaatteen ja siihen liittyvän PL 6 §:n perusoikeussäännöksen ympärille. Helsingin hallinto-oikeuden kaavan vesikäymälän rakentamiskiellosta poikkeamista koskevassa asiassa sille annettiin selvästi merkitystä, muutoinhan yksittäisen kaavan vesikäymäläkieltoa koskevaa poikkeamista olisi hyvin vaikea pitää maakunnallisestikaan merkittävänä. Toisaalta Turun ja Kuopion hallinto-oikeuksien ratkaisuissa tälle ei annettu merkitystä, vaikka niissä selvästi oli kyse rantarakentamisen (johon on katsottu sisältyvän ylikunnallisia intressejä) mitoitukselta, maanomistajien yhdenvertaisesta kohtelusta ja tätä kautta muista vastaavista tapauksista, joihin Helsingin hallinto-oikeuden ratkaisussa nimenomaisesti viitattiin. Hankkeiden tarkastelu valitusoikeuden suhteen puhtaasti yksittäisinä

²⁵⁶ Tuolloin voimassa olleiden kulttuuri- ja luonnonperintöä sekä virkistyskäyttöä ja luonnonvaroja koskeneiden erityistavoitteiden mukaan alueidenkäytön suunnittelussa rantaan tukeutuva loma-asutus oli suunniteltava siten, että turvataan luontoarvoiltaan arvokkaiden ranta-alueiden säilyminen sekä loma-asumisen viihtyisyys.

tapauksina on varsin ongelmallinen perusoikeusnäkökulmasta, mukaan lukien PL 22 §:n julkisen vallan perusoikeuksien turvaamisvelvollisuutta koskevan säännöksen näkökulmasta. Rantarakentamisen osalta, joista kaikissa ratkaisuisissa oli kyse, yhdenvertaisuusperiaate on lisäksi ollut keskeinen rantarakentamiseen liittyvien ylikunnallisten intressien turvaamista edistänyt vaatimus taatessaan osaltaan muun ohella riittävän määrän rakentamiselta vapaaksi jätettävää ranta-aluetta, joka puolestaan on merkityksellinen niin luonto- ja maisema-arvojen kuin virkistyskäyttöintressinkin kannalta.²⁵⁷

Turvallisuusnäkökulmasta säännöstä voidaan hypoteettisesti testata esimerkiksi lyhyenä ratkaisuselosteena julkaistulla KHO:n ratkaisulla KHO 2.3.2007 T 482, joka koski tulvavaaraa. Asiassa meren rannalla sijaitseva asemakaava-alue oli matala ja tasainen ja korkeustasoltaan noin +0.6 – +1.5 metriä meren pinnasta. Kaavaselostuksen mukaan ennen tonttien rakentamista aluetta tultaisiin täyttämään niin, että meren pinnan vaihtelut eivät häiritse alueen käyttöä kaavan mukaiseen tarkoitukseen. Kaavamääräyksissä ei kuitenkaan ollut määrätty rantapenkereen tai maanpinnan tasosta kaava-alueella, eikä annettu määräyksiä alimmasta rakentamiskorkeudesta. Myöskään kaupungin rakennusjärjestyksessä ei ollut annettu määräyksiä alimmista rakentamiskorkeuksista tulvavaara-alueilla. Kun korkeimman hallinto-oikeuden mukaan otettiin huomioon maankäyttö- ja rakennuslain 116.1 § (jonka mukaan asemakaava-alueella rakennuspaikan sopivuus ratkaistaan asemakaavassa) ja alueen maaperän korkeudesta ja tulvariskistä saatu selvitys, asemakaavan muutosta laadittaessa ei ollut riittävästi selvitetty sitä, soveltuiko alue asuinrakentamiseen. Tämän vuoksi ei ollut mahdollista arvioida sitä, täyttikö asemakaavan muutos rakennuspaikkojen rakennuskelpoisuuden osalta asemakaavalle maankäyttö- ja rakennuslain 54.2 §:ssä asetetut terveellisen, turvallisen ja viihtyisän elinympäristön vaatimukset. Näin päätös asemakaavan hyväksymisestä oli selvitysten riittämättömyyden johdosta lainvastainen.

Asiassa valittajana ei ollut viranomaisia vaan yksityisiä tahoja. Suunnittelualue oli noin kaksi kilometriä kaupungin keskustasta etelään oleva niemi, jolla oli aiemmin toiminut mm. saha. Alueella oli aiempi asemakaava, joka ei ole toteutunut miltään osin. Hyväksytyssä kaavamutoksessa alueelle oli osoitettu yksi erillispientalojen korttelialue, kaksi rivitalojen ja muiden kytkettyjen asuinrakennusten korttelialue sekä yksi liikerakennusten korttelialue. Hallinto-oikeus kuvasi kaava-aluetta kaupunkikuvaa ja maisemaa ajatellen merkittäväksi, mutta yhdyskuntarakennetta ajatellen suhteellisen pieneksi eikä rakentamisen määrä olisi ollut yhdyskuntarakenteellisesti mittavaa. Mikäli asiaa arvioidaan vain näiden seikkojen perusteella, voidaan pohtia nykyisen MRL

²⁵⁷ Ks. MRL 73 §; ks. yhdenvertaisuudesta myös Heinilä 2017, s. 432–435.

18.2 §:n valossa, olisiko esimerkiksi tämä asia ollut valtakunnallinen taikka merkittävä maakunnallinen kysymys, jolla perusteella valtion valvontaviranomaisella olisi valitusoikeus tällaisessa asiassa; taikka mikä olisi ollut tilanne, jos rakentamista olisi ollut puolet vähemmän tai vaikka vain kaksi rakennuspaikkaa. Yleisemmin ottaen kyse on siis siitä, kuinka suuren ihmisjoukon turvallisuudesta tulee olla kysymys, että jokin asia tulkitaan esimerkiksi merkittäväksi maakunnalliseksi kysymykseksi. Aiemman jaottelun perusteella voidaan pohtia, milloin joidenkin määriteltävissä olevien tahojen sijaan kyse on yleisemmästä turvallisuuskysymyksestä. Yksittäisissä tapauksissa joudutaan varsin kiperien tulkintatilanteiden äärelle niin kauan kuin mainittu säännös on voimassa. Toistaiseksi tulkintaongelmia lienee vähentänyt se, ettei hallinnossa liene varsinaisesti kannustettu hakemaan säännöksen tulkinnalle täsmennystä tuomioistuimista.

Myös valtakunnalliset alueidenkäyttötavoitteet ovat muuttuneet merkittävästi. Valtioneuvoston päätöksellä 14.12.2017 uudistetut valtakunnalliset alueidenkäyttötavoitteet ovat aiempia olennaisesti suppeammat ja yleisluontoisemmat. Vaikka niissä sinänsä käsitellään paljolti samoja kysymyksiä kuin aiemmin, tavoitteiden määrä on vähentynyt huomattavasti ja muotoilut ovat hyvin yleispiirteisiä. Kun tavoitteiden tehtäväksi on määritelty konkretisoida lain tavoitteita ja sisältövaatimuksia, voidaan nähdäkseni perustellusti esittää kysymys, täyttävätkö nykyiset tavoitteet tämän tehtävän.²⁵⁸ Oikeuskäytännön perusteella on aiempien tavoitteiden voimassa ollessa arvioitu, että mitä täsmällisempiä tavoitteet ovat, sitä merkittävämpi on

²⁵⁸ Esimerkiksi voidaan ottaa luonnonvaroja koskevat tavoitteet. Aiemmissa, valtioneuvoston 13.11.2008 hyväksymissä tavoitteissa luonnonvarojen käyttöä koskevat erityistavoitteet oli muotoiltu seuraavasti: ”[m]aakuntakaavoituksessa on otettava huomioon käyttökelpoiset kiviainesvarat sekä niiden kulutus ja kulustarve pitkällä aikavälillä sekä sovitettava yhteen kiviaineshuolto- ja suojelutarpeet. Kiviainesten ottoon osoitettavien alueiden on perustuttava arviointiin, jossa selvitetään alueiden luonto- ja maisema-arvot sekä toisaalta soveltuvuus vesi- ja kiviaineshuoltoon.

Alueidenkäytössä on otettava huomioon pohja- ja pintavesien suojelutarve ja käyttötarpeet. Pohjavesien pilaantumis- ja muuttamisquejä aiheuttavat laitokset ja toiminnot on sijoitettava riittävän etäälle niistä pohjavesialueista, jotka ovat vedenhankinnan kannalta tärkeitä ja soveltuvat vedenhankintaan.

Maakuntakaavoituksessa on otettava huomioon turvetuotantoon soveltuvat suot ja sovitettava yhteen tuotanto- ja suojelutarpeet. Turpeenottoalueiksi varataan jo ojitettuja tai muuten luonnontilaltaan merkittävästi muuttuneita soita ja käytöstä poistettuja suopeltoja. Turpeenoton vaikutuksia on tarkasteltava valuma-alueittain ja otettava huomioon erityisesti suoluonnon monimuotoisuuden säilyttämisen ja muiden ympäristönäkökohtien sekä taloudellisuuden asettamat vaatimukset.” (Valtioneuvoston päätös 2008)

Nykyisissä tavoitteissa luonnonvarojen käytöstä on edellisiä tavoitteita vastaavilta osin todettu: ”[I]uodaan edellytykset bio- ja kiertotaloudelle sekä edistetään luonnonvarojen kestävää hyödyntämistä.” Valtioneuvoston päätös 2017, s. 8.

niiden päätöksentekoa ja sen oikeudellista arviointia ohjaava vaikutus.²⁵⁹ Oikeudellisia vaatimuksia on varsin vaikea perustaa hyvin abstrakteihin tavoitteisiin. Yleisen valvontatehtävän 1.5.2017 voimaan tulleella supistamisella, maakuntakaavojen vahvistamismenettelystä luopumisella ja tällä valtakunnallisten alueidenkäyttötavoitteiden sisällöllisellä muutoksella voidaan nähdäkseni arvioida olevan merkittäviä negatiivisia vaikutuksia tavoitteiden vaikuttavuuteen ja siten niiden toteutumiseen käytännössä. Kun lisäksi otetaan huomioon aiemmin kuvatut MRL:ssä asetettujen tavoitteiden toteutumiseen liittyvät kysymykset, tällaisilla kumuloituvilla muutoksilla voidaan arvioida olevan huomattava merkitys järjestelmän toimivuuden kannalta.

Myös maankäyttö- ja rakennuslain säännöksiin on tehty muutoksia, jotka ovat merkityksellisiä muun ohella ilmastotavoitteiden näkökulmasta. Kuitenkin, kuten edellä on tuotu esiin, esimerkiksi yhdyskuntarakenteella vaikutetaan myös moniin muihin turvallisuuteen liittyviin kysymyksiin, kuten erilaisten infrastruktuurin verkostojen laajuuteen ja palveluiden saavutettavuuteen. Tässä suhteessa merkittävä muutos on se, että maankäyttö- ja rakennuslain 1.5.2017 voimaan tulleella muutoksella 230/2017 kevennettiin merkittävästi vähittäiskaupan suuryksiköiden sijainninohjausta. Vähittäiskaupan suuryksiköiden, joiden kaavoitukseen on MRL:n voimaantulosta saakka kohdistunut erityisiä vaatimuksia, kokoraja kaksinkertaistettiin 2000 kerrosneliömetristä 4000 kerrosneliömetriin. Tämä merkitsi ympäristöministeriön teettämän selvityksen mukaan sitä, että olemassa olleista suuryksiköistä alle kolmannes ja päivittäistavarakaupan osalta noin 4 prosenttia on enää erityisen sijainninohjauksen piirissä.²⁶⁰ Sijainninohjausta koskevaa sääntelyä kevennettiin myös muilla tavoin.²⁶¹

²⁵⁹ Heinilä – Wähä 2013, s. 53. Tähän nähden onkin hieman erikoista, että voimassa olevien tavoitteiden selostusosassa korostetaan monin paikoin (ks. esim. Valtioneuvoston päätös 2017, s. 2, 5, 6, 8) sitä, kuinka uudistetut tavoitteet edistävät muun ohella ilmastomuutoksen aiheuttamiin haasteisiin vastaamista. Tavoitteiden varsinaisen sisällön osalta muutosta suhteessa aiempiin tavoitteisiin on vaikea pitää tässä suhteessa erityisenä parannuksena. Aiemmissa tavoitteissa oli annettu esimerkiksi yhdyskunta- ja palvelurakenteen kannalta merkittävien vähittäiskaupan suuryksiköiden sijoittumiseen liittyen varsin kattavat ja myös käytännössä erityisesti maakuntakaavojen vahvistamismenettelyn kautta selvästi suunnitelmien sisältöön vaikuttavat tavoitteet. Uudistetut tavoitteet eivät vastaavia tavoitteita enää sisällä. Ks. vähittäiskauppaa koskevista aiemmista tavoitteista maakuntakaavojen vahvistamis- ja oikeuskäytännössä Heinilä – Wähä 2013, s. 15–22, 50–53.

²⁶⁰ HE 251/2016 vp, s. 28. Nämä tiedot perustuivat hallituksen esityksen mukaan (mp.) seitsemän maakuntakaavan kaupan selvityksiin, eikä pääkaupunkiseutu ollut mukana tarkastelussa.

²⁶¹ Maankäyttö- ja rakennuslain 71 b §:n 2 momenttia muutettiin samassa yhteydessä siten, että vähittäiskaupan suuryksiköiden enimmäismitoitus tulee maakuntakaavassa osoittaa riittävällä tarkkuudella vain kaavassa osoitettujen keskustatoimintojen alueiden ulkopuolella. MRL 71 c §:n 1 momentin muutoksella luovuttiin velvoitteesta ottaa huomioon

Vähittäiskaupan suuryksiköiden erityinen ohjaustarve perustuu niiden usein aikaansaamiin merkittäviin yhdyskuntarakenteeseen, liikenteeseen tai kaupan palvelujen saavutettavuuteen kohdistuviin vaikutuksiin.²⁶² Kaupan sijainninhjauksen osalta lakiesityksen vaikutusten arvioinnissa todettiin, että ehdotus vähentää maakunnan liittojen ja kuntien mahdollisuuksia ohjata kaupan sijoittumista sen laatu huomioon ottaen ja esimerkiksi kauppaa palvelevia liikenneratkaisuja ja tarvittavien liikenneratkaisujen toteuttaminen kauppaa ja yhdyskuntarakennetta palvelevasti voi näin lisätä kuntien kustannuksia.²⁶³ Ehdotuksen ympäristövaikutusten arvioinnissa riskinä todettiin yhdyskuntarakenteen hajautuminen ja asiointiliikenteen lisääntyminen.²⁶⁴ Samoihin aikoihin tapahtunut kaupan aukioloaikojen vapauttaminen yhdessä sijainninhjauksen keventämisen kanssa on omiaan heikentämään autottomien ja vähäisemmän liikkumiskyvyn omaavien päivittäistavara-kaupan palvelujen saatavuutta.²⁶⁵

Maankäytön suunnitteluun liittyviä vaatimuksia kevennettiin samassa yhteydessä myös muilla tavoin. Jo rakennuslain voimaan tulosta saakka kaavoitus- ja rakentamislainsäädäntöön sisältynyttä lähtökohtaista vaatimusta RakL 4.1 §:n tarkoittamaa taaja-asutusta ja sittemmin MRL 16.1 §:ssa tarkotetun suunnittelutarpeen muodostavan rakentamisen yksityiskohtaisesta suunnittelusta lievennettiin niin, että tämän suunnittelun tarpeen ylittymisestä

kaupan laatu sijoitettaessa vähittäiskaupan suuryksikkö muualle kuin keskusta-alueelle. Vähittäiskaupan suuryksikön ensisijainen sijaintipaikka on edelleen keskusta-alue, mutta suuryksikkö voidaan kuitenkin sijoittaa myös muualle edellyttäen, että kaupan palvelujen saavutettavuus otetaan sijoituksen perusteena huomioon. Myös MRL 71 e §:n säännös kaupan laatua ja kokoa koskevista asemakaavamääräyksistä kumottiin. Ks. HE 251/2016 vp, s. 1, 26–27, 42–43.

²⁶² HE 251/2016 vp, s. 42.

²⁶³ HE 251/2016 vp, s. 31.

²⁶⁴ HE 251/2016 vp, s. 33. Kaupan suuryksiköiden sijainninhjauksen pyrkimyksenä oli nimenomaan kestävä yhdyskuntakehitys ja palvelujen saatavuuden turvaaminen; ks. HE 101/1998 vp, s. 42.

²⁶⁵ Hallituksen esityksen vaikutusarvioinnissa todettiin muun ohella, että vähittäiskaupan suuryksiköihin kohdistuvan sääntelyn vähentymisen ja kaupan aukiolosäännösten vapautumisen yhteisvaikutusten arvioidaan heikentävän erityisesti pienten, myyntipinta- alaltaan alle 500 kerrosneliömetrin suuristen lähikauppojen ja pienten supermarketien kilpailumahdollisuuksia. Päivittäistavara-kaupan myymälöiden lukumäärän kehitys on ollut laskeva ja pienten myymälöiden osuus kaikista myymälöistä pienentynyt. Ehdotetun muutoksen arvioitiin yhdessä kaupan aukiolosäännösten vapauttamisen kanssa voimistavan tätä kehitystä. HE 251/2016 vp, s. 29. Edelleen hallituksen esityksessä arvioitiin muun ohella, että lähikauppaverkko voi harventua, jos myymälöiden määrä vähenee ja myynti keskittyy suurempiin myymälöihin. Ehdotuksen mahdolliset haitalliset vaikutukset voivat olla merkittäviä erityisesti pienissä kunnissa, joissa muutokset voivat johtaa tarjonnan supistumiseen ja kaupan palvelujen saavutettavuuden heikkenemiseen. Lähikauppaverkon supistuminen heikentäisi perustelujen mukaan erityisesti autottomien kotitalouksien ja ikääntyneiden kauppapalveluiden saavutettavuutta. HE 251/2016 vp, s. 35.

lähtökohtaisesti aiheutuu vain rakentamista ohjaavan yleiskaavoituksen tarve.²⁶⁶ Samassa yhteydessä mahdollistettiin myös uuden MRL 137 a §:n nojalla alueellisen suunnittelutarveratkaisun tekeminen kaavallisen suunnittelun sijasta yleiskaavoissa rakentamiseen soveltuviksi osoitetuille alueille.²⁶⁷ Edelleen tietyt, maankäytöllisiä ja ympäristövaikutuksia omaavat hankkeet, kuten eläinsuojat, jätettiin lähtökohtaisesti suunnittelutarvetta koskevien säännösten ulkopuolelle.²⁶⁸ Kaikilla näillä muutoksilla voidaan nähdä olevan muun ohella todennäköisiä haitallisia vaikutuksia yhdyskuntarakenteeseen ja maankäytön suunnittelun riittävään toteutumiseen.²⁶⁹

Edellä kuvattujen 1.5.2017 voimaan tulleiden MRL:n muutosten tavoitteeksi on ilmaistu vähentää kaavoitukseen ja rakentamiseen liittyvää sääntelyä, lisätä rakentamismahdollisuuksia sekä edistää elinkeinoelämän toimintaedellytyksiä ja toimivan kilpailun kehittymistä.²⁷⁰ Tällä valinnalla on kuitenkin kääntöpuolensa monien turvallisuuden elementtien, kuten ilmastonmuutoksen, näkökulmasta. Ainakin näitä muutoksia tarkasteltaessa vaikuttaa suorastaan siltä, että kaavoitus- ja rakentamisoikeuden sektorilla ilmastotavoitteita pyritään sääntelyllä toteuttamaan lähinnä vain rakenta-

²⁶⁶ Voimassa olevan MRL 44.1 §:n mukaan rakennuslupa rakennuksen rakentamiseen voidaan 137 §:n 1 momentissa säädetyn estämättä myöntää, jos oikeusvaikutteisessa yleiskaavassa on erityisesti määrätty kaavan tai sen osan käyttämisestä rakennusluvnan myöntämisen perusteena. Määräys ei voi koskea aluetta, jolla maankäytön ohjaustarve edellyttää asemakaavan laatimista. Edellytyksenä on lisäksi, että yleiskaava ohjaa riittävästi rakentamista ja muuta maankäyttöä kyseisellä alueella. Nykyisin suunnittelutarpeen olemassaolo ilmaisee siis vain rakentamista ohjaavan yleiskaavan laatimistarpeen, kun se aiemmin on ilmaissut sen, että alueen rakentaminen tulisi järjestää asemakaavalla.

²⁶⁷ Ks. edellä mainituista muutoksista Heinilä 2017, s. 232–236 ja sama 2018, s. 17. Esimerkiksi alueellisella suunnittelutarveratkaisulla tuskin voidaan sitovasti ratkaista tietyn alueen rakentamista kaavan tapaan, toden ettei muiden hakemusten hyväksymiselle tietyllä alueella ole edellytyksiä.

²⁶⁸ MRL 137.2 §:n mukaan suunnittelutarvetta koskevien säännösten estämättä saa rakentaa jo olevaan asuntoon tai maatalaan kuuluvan talousrakennuksen sekä jo olevaan maaseutuyritykseen kuuluvan maa- ja metsätalouden tai sen liitännäiselinkeinon harjoittamista varten tarpeellisen rakennuksen. Aikaisemmin tämä oli mahdollista vain sellaisten vähäisten rakentamistoimenpiteiden kuten rakennusten korjaamisen ja vähäisen laajentamisen osalta. Tällaisilla toimenpiteillä ei voida katsoa olevan maankäytöllisiä vaikutuksia, joten ne on perusteltua jättää suunnittelutarvesääntelyn ulkopuolelle. Ks. muutoksesta Heinilä 2017, s. 197–198 ja sama 2018, s. 17.

²⁶⁹ Voitaisiin tietysti esittää, että kun mahdollistetaan esimerkiksi eläinsuojien rakentaminen lähtökohtaisesti ilman suunnittelutarvetta koskevien säännösten soveltamista, tämä ohjauksen keventäminen helpottaisi eläinsuojien rakentamista ja olisi siten eduksi esimerkiksi ruokaturvalle. Nähdäkseni tässä suhteessa se ei kuitenkaan ole parannus, että eläinsuojia olisi mahdollista sijoittaa MRL:n mukaan ilman maankäytöllistä harkintaa alueelle, jolla lain mukaan lähtökohtaisesti on rakentamista ohjaavan kaavan tarve. Maankäytön suunnittelulla luodaan myös maatalouden toimintaedellytyksiä, ja suunnittelemattomuus on omiaan lisäämään muun ohella konflikteja ympäröivän maankäytön kanssa.

²⁷⁰ HE 251/2016 vp, s. 1.

misen ohjauksessa energiatehokkuusvaatimuksin (joiden osalta taustalla on vaikuttanut myös EU-sääntely).²⁷¹

On syytä katsoa myös tulevaisuuteen, kun kaavoitus- ja rakennuslain-säädännön kokonaisuudistus on paraikaa vireillä. Uudistustyön pohjaksi tilatussa selvityksessä on kaavailtu, että varsinaisten suunnittelutasojen määrä supistuisi vain kahteen. Näistä asemakaavoituksen korvaava yksityiskohtainen maankäytön kehittämissuunnitelma voitaisiin selvityksen ehdotuksen mukaan laatia myös yksityisen tahon, kuten maanomistajan toimesta.²⁷² Tähän liittyy nähdäkseni merkittäviä yleisiin etuihin liittyviä riskejä. Edellä on kuvattu sitä, kuinka kunnallisessakaan päätöksenteossa erilaiset yleiset edut eivät välttämättä saa päätöksenteossa niiden ansaitsemaa painoarvoa, kun ne yksittäisen kaavan primääritavoitteiden näkökulmasta näyttäytyvät näiden tavoitteiden toteuttamista rajoittavina tekijöinä. Tällainen asetelma entisestään korostuu, mikäli tällaisten nykyisen asemakaavan funktiota toteuttavien kehittämissuunnitelmien laatimisesta vastaisi yksityinen taho. Lienee selvää, että tällaisen yksityisen tahon – selvityksessä *kehittäjän*²⁷³ – pyrkimyksenä on taloudellisen hyödyn maksimointi, jolloin erilaisten yleisten etujen toteuttaminen nähdään tällaisessa asetelmassa rajoitteena ja kustannuksia kasvattavana taikka taloudellista hyötyä vähentävinä tekijöinä. Tämä nähdäkseni heijastuisi tällaisten kehittämissuunnitelmien sisältöön siitä huolimatta, että niiden hyväksymisestä päättäminen edelleen lähtökohtaisesti säilyisi kunnan vastuulla. Tällaisessa asetelmassa voidaan suhtautua skeptisesti esimerkiksi tässä artikkelissa kuvattujen laajasti ymmärrettyjen turvallisuusint-

²⁷¹ Esim. MRL 117 g §:n 2 momentin mukaan uusi rakennus, joka koostuu katetusta seinäliisestä rakenteesta ja jossa käytetään energiaa tilojen tarkoituksenmukaisten sisäilmasto-olosuhteiden ylläpitämiseksi, on suunniteltava ja rakennettava lähes nollaenergiarakennukseksi. Velvoite siirtyä uusien rakennusten rakentamisessa lähes nollaenergiarakentamiseen sisältyy Euroopan parlamentin ja neuvoston rakennusten energiatehokkuudesta antamaan direktiiviin (2010/31/EU). Ks. HE 220/2016 vp, s. 1, 4–6, 31–32.

Yhdyskuntasuunnittelun ongelmallisuus on tässä suhteessa tunnistettu jo puheena olevia muutoksia aikaisemmin. Esim. *Noponen* kirjoitti rakennetun ympäristön energiatehokkuutta käsitellessään vuonna 2009 seuraavasti: ”[s]uurimmat haasteet piilevät yhdyskuntarakenteessa. Sen suunnittelussa ongelmia ovat muun muassa kuntarakenteen ja toiminnallisen kaupunkiseudun kohtaamattomuus, maakuntakaavoituksen heikko ohjausvaikutus ja tahdon, ei tiedon puute. Yhdyskuntasuunnittelijat ovat aina tienneet hajanaisen rakenteen kustannusvaikutukset. Ilmastonmuutos nostaa nämä haasteet uudella tavalla esiin. Erityisesti liikenteen hiilidioksidipäästöjen vähentämisessä on suuret haasteet. Yhdyskuntarakenteen kehittämisellä tulisi pienentää ennen kaikkea työmatkaliikenteen ja vapaa-ajan harrastusten liikennesuoritetta. Yhdyskuntarakenteen muutoksilla ei pystytä vielä saavuttamaan tuloksia vuoteen 2020 mennessä, mutta vuonna 2050 sillä voi olla jo huomattava merkitys.” *Noponen* 2009, s. 15.

²⁷² Ks. Ekroos – Katajamäki – Kinnunen – Lehtovuori – Staffans 2018, s. 41–45.

²⁷³ Ks. esim. mt., s. 50.

ressien asemaan päätöksenteossa. Maanomistajat ovat yksityiskohtaisessa maankäytön suunnittelussa vain yksi intressitaho, ja myös suunnittelun legitimitettiin kannalta on varsin ongelmallista, mikäli vastuu suunnitteluprosessista olisi kehittäjätaholla, jolla näin itsestään selvästi on oma intressinsä edistettävänä suunnitteluprosessissa.²⁷⁴

Vaikka kaavoitus on kokonaisvaltaisen suunnittelun väline, kaavoitus jo nykyisin käynnistyy entistä useammin jonkin yksittäisen, ensisijaisesti yksityistä etua palvelevan hankkeen toteuttamiseksi.²⁷⁵ Myös kunnissa ensisijainen näkökulma on yleensä taloudellinen. Näistä lähtökohdista yleisemmät, pidemmällä aikajänteellä merkittävät intressit voivat jäädä päätöksenteossa liian vähälle huomiolle. Alueidenkäytössä on paljolti kyse myös alueiden ja kuntien välisestä kilpailusta, ja valtion viranomaisten ohjaava ja valvova rooli on ollut myös omiaan pitämään huolta yhteisten pelisääntöjen noudattamisesta eli tasapuolisista toimintaedellytyksistä tässä kilpailussa.²⁷⁶

Edellä on viitattu *oikeudelliseen* turvallisuuteen sisäisen turvallisuuden ja inhimillisen turvallisuuden tärkeänä elementtinä. Luottamus viranomaisten ja tuomioistuinten toimintaan, vaikutusmahdollisuuksiin ja oikeusturvaan päätöksenteossa ovat myös tärkeitä resilientin yhteiskunnan piirteitä. Lailisuusvalvonnan ohentuminen maankäyttöä koskevassa päätöksenteossa on omiaan heikentämään tätä luottamusta. Niin sanottu rakenteellinen korruptio ei ole ollut tuntematon suomalaisessakaan hallinnossa, ja rakennusala ja yhdyskuntasuunnittelu on paikannettu eräiksi keskeisimmistä suomalaisen

²⁷⁴ Ks. kehittäjän roolista yksityiskohtaisen kehittämissuunnitelman laatimisprosessissa mt., s. 50, laajemmin s. 46–50.

Maanomistajan itsenäistä asemakaavoitusoikeutta on esitetty myös maanomistajan oikeussuojakeinona suhteessa kunnan asemakaavoitusvelvollisuuden täyttämiseen, ks. Häkkänen 2016, s. 328–329, laajemmin 310–329. Kaavoitusvelvollisuuden toteutumista, joka on oikeussuojaan liittyvien kysymysten ohella hyvin merkittävä myös tavoitteiden toteutumisen kannalta, on kuitenkin mahdollista tehostaa huomattavastikin myös muutoin. MRL 177 § sisältää jo tällaisen oikeussuojakeinon, mutta sen soveltaminen on ollut vähäistä. Nykyisestä MRL 177 §:n mukaisesta suunnitteluvälvoitteen toteuttamista koskevasta menettelystä ja sen soveltamiskäytännöstä ks. Heinilä 2017, s. 181–186. Sekä suunnitteluvälvollisuuksia että niiden toteuttamiseen liittyviä keinoja on mahdollista tehostaa lainsäädännöllä, mikäli tähän on poliittista tahtoa.

Maanomistajalla on oikeus kaavaehdotuksen laatimiseen jo tällä hetkellä ranta-asemakaavoituksen osalta. Ranta-asemakaavoitus on kuitenkin maankäytön suunnittelun kokonaisuuden kannalta varsinkin nykyisin sangen vähämerkityksinen suunnitteluväline, erityisesti kun rantojen maankäyttöä varsin kattavasti nykyisin suunnitellaan yleiskaavoituksella. Rantojen maankäytön suunnittelu on myös aivan viime vuosiin asti ollut valtion viranomaisten korostuneessa ohjauksessa (mm. viranomaisneuvotteluihin), joskin tältäkin osin valtion ohjaus ja valvonta on edellä kuvatulla tavalla supistunut, eikä ranta-asemakaavoituksen yhteydessä esimerkiksi enää käydä poikkeuksetta MRL 66 §:n mukaisia viranomaisneuvotteluja.

²⁷⁵ Ks. myös Ekroos – Katajamäki – Kinnunen – Lehtovuori – Staffans 2018, s. 18–20.

²⁷⁶ Ks. esim. ympäristöministeriön aiemmasta roolista maakuntakaavoituksessa Heinilä – Wähä 2013, s. 51.

korruption riskikohteista.²⁷⁷ Luottamuksen heikentyminen viranomaisiin ja maankäytön suunnittelua koskevaan päätöksentekoon voi johtaa monenlaisiin haitallisiin seurauksiin. Se voi jopa lisätä valituksia tuomioistuimiin, kun viranomaispäätöksenteon asianmukaisuuteen ei luoteta eikä muuta kuin kansalaisvalvontaa ole.²⁷⁸

Voitaisiin tietenkin kysyä, miksi valvonta on tarpeen, jos ja kun kaavojen sisältövaatimukset ja valtakunnalliset alueidenkäyttötavoitteet ovat edellä kuvatulla tavalla niin joustavia, että niiden antamaa vähimmäissuojaa on pidetty jopa jossain määrin kyseenalaisena. Tästä huolimatta ne asettavat joka tapauksessa keskeisiltä osin sisällölliset oikeudelliset vaatimukset kaavoitukselle, joiden täyttyminen esimerkiksi KHO:n ratkaisukäytännössä säännöllisesti havaitaan puutteelliseksi. Toisaalta sääntelyä on myös mahdollista täsmentää, mikäli yhteiskunnallisesti tärkeitä pidettävien yleisten etujen katsotaan sitä edellyttävän. Kyse on poliittisista valinnoista. Tieteellinen tieto esimerkiksi ilmastonmuutosta ja biodiversiteettiä koskien viittaa siihen, että kyse on perustavimmanlaatuisista yleisistä eduista ja samalla tulevaisuuden turvallisuuden kannalta olennaisista kysymyksistä, joiden rooli maankäyttöäkin koskevassa päätöksenteossa tulisi nostaa vähintään samalle tasolle lyhyen tähtäimen taloudellisten intressien kanssa ja pikemminkin niiden yläpuolelle. Tässäkin suhteessa on mahdollista tunnistaa aiemmin mainitut synergiaedut: ilmastonmuutoksen kannalta hyvä ja suunnitelmallinen rakennettu ympäristö ja yhdyskuntarakenne ovat todennäköisesti tulevaisuudessa yhä suurempi kilpailutekijä myös taloudellisesti.

4 JOHTOPÄÄTÖKSIÄ

Jos ja kun hyväksytään ajatus siitä, että erityisesti ihmisen toiminnan globaalien ympäristövaikutusten myötä ollaan joutumassa tilanteeseen, jossa tulevaisuus on entistä enemmän sopeutumista mahdollisesti osin peruuttamattomiin ja todennäköisesti perustavanlaatuisiin muutoksiin, pitäisi näihin muutoksiin liittyvien turvallisuuskysymysten olla maankäytön suunnittelunkin johtoajatus. Tieteelliseen tietoon nojaten voitaneen pitää jokseenkin selvänä, että aiemmin kuvattuihin globaaleihin kehityskulkuihin

²⁷⁷ Mäkinen 2016, s. 46, Peurala – Muttilainen 2015, s. 28, laajemmin suomalaisesta korruptiosta passim.

²⁷⁸ Esimerkiksi kunnallisvalitusta on pidetty valtionvalvonnan osittaisena korvikkeena, ja oikeudellisen kontrollin mahdollisuus edesauttaa hyvän hallinnon toteutumista pelkällä olemassaolollaan. Mäkinen 2010, s. 25.

liittyvät kysymykset ovat – tai niiden pitäisi olla – yhteiskuntapolitiittisten prioriteettien kärkipäässä. Kuitenkin esimerkiksi maankäytön suunnittelua koskevassa lainsäädännössä ja ehkä osin käytännöissäkkin nämä seikat näkyvät pikemminkin tavoitteissa, perusteluissa ja selostuksissa kuin itse lainsäädännöllisissä ja oikeudellisia vaikutuksia sisältävissä ratkaisuissa. Kaavoitus- ja rakentamislainsäädännön vireillä olevassa kokonaisuudistuksessa tämän asetelman muuttamiseen olisi mahdollisuus. Kehitys maankäyttö- ja rakennuslain sääntelyssä on ollut viime vuosina pikemminkin päinvastainen, vaikka suunnanmuutos näyttää tieteellisen tiedon perusteella välttämättömältä ja kiireelliseltä.

Ympäristöturvallisuutta ja ihmisen vaikutuksia maapallon biosfääriin koskevassa tutkimuksessa on tuotu esiin se, että ihmisen vaikutukset ympäristöön ja luonnonjärjestelmiin ovat niin moninaisia ja merkittäviä, että dualistinen lähestymistapa jossa ympäristö mielletään joksikin yhteiskunnasta erilliseksi, jota voidaan suojella jättämällä tiettyjä alueita käytön ulkopuolelle, ei ole enää riittävää. Kun ihminen on luonnonvoimia vastaava tekijä, joka vaikuttaa ympäristöön ja ottaa maata käyttöönsä mitä moninaisimpiin tarkoituksiin muokaten sitä hyvin voimakkaasti, vaatii tämän toiminnan haitallisten vaikutusten hallinta toimenpiteitä kokonaisvaltaisesti ja läpäisevästi. Toisaalta myös turvallisuuden moninaiset kytkökset ja ihmisen riippuvuus ympäristöstä vaikuttavat niin, että ympäristökysymyksiä ja -turvallisuutta ei ole mielekäästä tarkastella alueidenkäytössäkään erillisenä kysymyksenä, vaan kyse on samanaikaisesti sosiaalisesta kysymyksestä ja inhimillisestä turvallisuudesta. Tämäkin korostaa sektorit läpäisevän tarkastelun tarvetta.

Maankäyttö- ja rakennuslain mukainen maankäytön suunnittelu on lainsäädäntömme ainoa kokonaisvaltainen, oikeusvaikutteinen ympäristönkäytön suunnittelun väline. Sillä voidaan vaikuttaa merkittävästi turvallisuuteen liittyviin kysymyksiin erityisesti pitkällä aikavälillä. Osa näistä pitkän aikavälin turvallisuuskysymyksistä on olennaisen tärkeitä tulevaisuudellemme. Kaavoituksella turvattavien yleisten etujen toteutumiseen ja esimerkiksi kaavoituksen vaikuttavuuteen muiden sektorien mukaisessa päätöksenteossa liittyy erilaisia epävarmuuksia ja hidastusvoimia. Näitä on pyritty tuomaan esiin edellä. Näihin hidastusvoimiin on mahdollista vaikuttaa oikeudellisen sääntelyn keinoin, kuitenkin samalla esimerkiksi kaikille kuuluvat perusoikeudet turvaten. Perusoikeudet ovat myös järjestelmä, jossa esimerkiksi vastuu ympäristöstä voi saada yhteiskunnassa tapahtuvista muutoksista johtuen aiempaa suuremman painoarvon.

Maankäytön suunnittelulla on mahdollista merkittävästi vaikuttaa muun ohella luonnonvarojen säästävään käyttöön, vähäpäästöisiin yhdyskuntiin, uusiutuvan energian tuotantoedellytyksiin, puhtaan veden ja sen saatavuuden

turvaamiseen, muihin ekosysteemipalveluihin ja hiilinielujen ja luonnon monimuotoisuuden säilyttämiseen, muiden edellä kuvattujen turvallisuuden osatekijöiden ohella. Tämän artikkelin luoma kuva kaavoituksen ja turvallisuuden kytköksistä ei todennäköisesti ole kattava. Tarkoituksena on kuitenkin ollut tuoda esiin se, kuinka merkittävä väline maankäytön suunnittelu voi olla tulevaisuuden turvallisuuden näkökulmasta erityisesti ympäristöturvallisuutta ja globaaleja kehityskulkuja koskevien huomioiden valossa.

Sekä hyvä elinympäristö että turvallisuus ovat käsitteitä, joihin sisältyy huomattava määrä erilaisia ulottuvuuksia ja elementtejä. Näin on tietenkin myös jossain määrin sopimuksenvaraista, minkälaisia kysymyksiä näiden sateenvarjokäsitteiden alle luetaan sisältyväksi. Kuitenkin esimerkiksi ilmastomuutokseen liittyvät kysymykset ovat nousseet myös turvallisuuden tutkimuksessa ja turvallisuutta koskevassa keskustelussa keskeiseen asemaan. Turvallisuuskysymyksiksi on tunnistettava yhtä lailla sekä ilmastomuutoksen hillintä että sen vaikutusten hallintaan liittyvät kysymykset. Samalla on tärkeää huomata, ettei ilmastomuutosta ja sen moninaisia vaikutuksia tule tarkastella irrallaan, vaan osana laajempaa muutosten joukkoa.

Turvallisuuskäsitykset ovat edellä kuvatulla tavalla laajentuneet. Turvallisuuteen tähtäävän toiminnan aikaperspektiivin olisi kuitenkin syytä laajentua entisestään viranomaisten turvallisuusstrategioissa käsitellyistä toimenpiteistä ulottumaan entistä selvemmin ja kokonaisvaltaisemmin ennaltaehkäisyyn ja sopeutumisen toimenpiteisiin. Erityisesti tämä koskee pidemmällä aikavälillä todennäköisesti aktualisoituvia turvallisuusuhkia. Maankäytön suunnittelijoiden piirissä tässä artikkelissa kuvatut maankäytön suunnittelun mahdollisuudet paljolti tunnetaan, vaikkakaan niiden toteutuminen yksittäisissä kaavoissa ei välttämättä ole aina selvää. Nämä mahdollisuudet tulisi tunnistaa myös turvallisuustoimijoiden piirissä. Toisaalta niitä tulisi myös maankäytön suunnittelussa systemaattisesti käyttää ja tunnistaa esimerkiksi erilaisten turvallisuuteen liittyvien kysymysten keskinäiset kytkökset ja erilaisten ratkaisujen merkitys näiden kytkösten kannalta.

Tämä edellyttää myös oikeudellisia mekanismeja joilla näiden intressien huomioon ottaminen varmistetaan. Kysymysten tärkeys ja myös esimerkiksi niihin liittyvät kansainväliset velvoitteet huomioiden voidaan väittää, että tämänhetkiset lainsäädäntöratkaisut eivät ole tässä suhteessa tyydyttäviä. Oikeudellisia mekanismeja tarvitaan yhtä lailla siihen, että nämä erilaiset intressit huomioiva maankäytön suunnittelu otetaan kattavasti huomioon myös muun lainsäädännön mukaisessa päätöksenteossa. Edellä on py-

ritty tuomaan esiin tämän välttämättömyys. Samalla kun maankäytön suunnittelulta toiselta puolen vaaditaan entistä suurempaa joustavuutta ja vapausasteita, on tiedostettava, että alueidenkäyttöä koskeviin haasteisiin vastaaminen ja niihin liittyvien tavoitteiden saavuttaminen edellyttää välttämättä velvoittavaa ja tehokasta aineellista sääntelyä tavoitteiden määrittelyn ohella. Esimerkiksi nykyisten valtakunnallisten alueidenkäyttö-tavoitteiden perusteluissa nostettiin ponnekkaasti esiin ilmastomuutokseen reagoiminen, mutta tavoitteet muotoiltiin samalla vähemmän velvoittavaan muotoon, mitä on pidettävä ristiriitaisena. Alueiden käytön suunnittelulle asetettavien vaatimusten ohella on kiinnitettävä huomiota myös siihen, kuinka alueiden käytön suunnittelulla voidaan vaikuttaa eri maankäyt-tösektoreihin. Esimerkiksi sekä ilmastomuutoksen että biodiversiteetin kannalta keskeisen metsien käytön sääntelyn osalta on todettava, että lainsäädännöllinen tilanne on tässä suhteessa ongelmallinen.

Samoin edellä on tuotu esiin se, että maankäytön suunnittelulla tavoiteltavien päämäärien saavuttamisen kannalta on olennaisen tärkeää, että maankäytön suunnittelu toteutuu silloin, kun maankäytön ohjaustarve sitä edellyttää. Jos ja kun ympäristöturvallisuuden kannalta keskeisiä intressejä, kuten ilmastomuutoksen hillintää ja siihen sopeutumista sekä biodiversi-teettikadon ehkäisemistä, halutaan edistää maankäytön suunnittelun keinoin, on syytä pyrkiä tehostamaan myös maankäytön suunnittelun toteutumista alueidenkäytön ohjaustarpeita vastaavasti, näihin ohjaustarpeisiin vastaavin suunnitteluvälinein. Tähän liittyvien ongelmien on todettu olevan ehkä keskeisin maankäytön suunnitteluun liittyvä ongelma.

Turvallisuuden kannalta merkitystä on kaavojen sisällön ohella myös sillä, minkälaisia itse kaavoitusprosessit ovat. Luottamus viranomaisten toimintaan ja osallisuuden tunne ovat turvallisuuden osatekijöitä, ja niille luodaan edellytyksiä muun ohella vaikutusmahdollisuuksilla omaa elin-ympäristöä koskevaan päätöksentekoon. Tätä luottamusta ja kokemusta vaikutusmahdollisuuksista ja osallisuudesta ovat omiaan lisäämään myös muun ohella muutoksenhakumahdollisuudet ja päätöksentekoon kohdistuva viranomaisvalvonta. Osallistuessaan yksityiset osallistajat tuottavat samalla viranomaistahojen ohella relevanttia, esimerkiksi turvallisuuteen liittyvää tietoa. Turvallisuuden moniulotteisuuden vuoksi kokonaiskuvan muodostaminen voi tapahtua vain sitä eri näkökulmista täydentämällä.

Kaavoilla ja rakentamisella – jota sinänsä voi tietystä määrin tapahtua myös ilman kaavaa – luodaan siis yhdyskuntarakennetta pitkälle tulevai-suuteen. Kaavojen ja niillä luodun maankäytön aikajänne on niin pitkä, että muun ohella edellä kuvattujen hitaampienkin muutosten vaikutukset ovat jo selvästi näkyvissä jo laadituilla ja laadittavilla kaavoilla luodun infrastruktuurin käyttöaikana. Esimerkiksi hallitustenvälisen ilmastopaneeli

IPCC:n viimeisimmän raportin mukaan ilmastonmuutoksen hillinnässä tarvitaan hyvin nopeita toimenpiteitä. Kansainvälisen luontopaneelin tuorein arvio maailman luonnon tilasta viestii samaa biodiversiteetin osalta. Toisaalta tuleviinkin muutoksiin on myös jo nyt välttämätöntä sopeutua. Näillä hillinnän ja sopeutumisen toimenpiteillä vaikutetaan merkittävästi turvallisuuden perustavimpiin kysymyksiin. Polkuja tulevaisuuden turvallisuuden valitaankin maankäytössä juuri nyt.

LÄHTEET

- Beck, Ulrich, Riskiyhteiskunnan vastamyrryt. Organisoitu vastuuttomuus. Vastapaino 1990.
- Beck, Ulrich, *World at Risk*. Polity Press 2007.
- Belinskij, Antti – Soininen, Niko – Huhta, Kaisa, Vesi-, ruoka- ja energiaturvallisuuden oikeudellinen resilienssi, s. 275–343 teoksessa *Ympäristöpolitiikan ja -oikeuden vuosikirja* 2017.
- Benedict, Mark A. – McMahon, Edward T., *Green Infrastructure: Linking Landscapes and Communities*. Island Press, Washington DC 2006. (<http://ebookcentral.proquest.com/lib/uef-ebooks/detail.action?docID=3317403>)
- Bickerstaff, Karen – Hinton, Emma, Climate change, human security and the built environment, s. 361–381 teoksessa Michael R. Redclift – Marco Grasso (eds), *Handbook on Climate Change and Human Security*. Edward Elgar Publishing 2013.
- Cochrane, Allan – Talbot, Deborah, The search for security, s. 1–30 teoksessa Allan Cochrane – Deborah Talbot (eds), *Security, Welfare, Crime and Society*. Open University Press 2008.
- Dalby, Simon, *Security and Environmental Change*. Polity Press 2009.
- Dalby, Simon, Climate change as an issue of human security, s. 21–40 teoksessa Michael R. Redclift – Marco Grasso (eds), *Handbook on Climate Change and Human Security*. Edward Elgar Publishing 2013.
- Denney, David, *Risk and Society*. Sage 2005.
- Diamond, Jared, *Romahdus. Miten yhteiskunnat päättävät tuhoutua tai menestyä*. Terra Cognita 2005.
- Ekroos, Ari – Majamaa, Vesa, *Maankäyttö- ja rakennuslaki. 4. uudistettu laitos*. Edita 2018.
- Ekroos, Ari – Katajamäki, Hannu – Kinnunen, Helena – Lehtovuori, Panu – Staffans, Aija, *Maankäytön ja rakentamisen ohjauksen uudistaminen. Ympäristöministeriön raportteja 7/2018*.
- European Report on Development (ERD) 2011–2012, *Confronting scarcity: Managing water, energy and land for inclusive and sustainable growth*. European Union 2012.
- Finger, Matthias, *The Arctic, Laboratory of the Anthropocene*. Teoksessa Lassi Heininen (ed.), *Future Security of the Global Arctic: State Policy, Economic Security and Climate*. Palgrave Macmillan 2016.
- Firehock, Karen, *Strategic Green Infrastructure Planning: a multi-scale approach*. Island Press 2015.
- Gilbert, Ylva – Aho, Jatta, *VAK-ratapihat ja kaavoitus. Vaarallisten aineiden kuljetus ja suuronnettomuuden mahdollisuuden huomiointi. Ympäristöministeriön raportteja 5/2012*.
- Hakala, Emma, *Climate security. Strategy or necessity for Finland*. FIIA briefing paper 209. December 2016. (<https://www.fiaa.fi/en/publication/climate-security>)
- Hall, C. Michael, Climate change and human security: the individual and community response, s. 337–360 teoksessa Michael R. Redclift – Marco Grasso (eds), *Handbook on Climate Change and Human Security*. Edward Elgar Publishing 2013.
- Hallberg, Pekka, *Perusoikeusjärjestelmä*, s. 29–59 teoksessa Pekka Hallberg – Heikki Karapuu – Tuomas Ojanen – Martin Scheinin – Kaarlo Tuori – Veli-Pekka Viljanen, *Perusoikeudet. Toinen, uudistettu painos*. WSOYpro 2011.

- HE 309/1993 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamisesta.
- HE 101/1998 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle rakennuslainsäädännön uudistamiseksi.
- HE 85/2000 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle vesihuoltolainsäädännön uudistamiseksi.
- HE 114/2015 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi maankäyttö- ja rakennuslain muuttamisesta.
- HE 220/2016 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi maankäyttö- ja rakennuslain muuttamisesta.
- HE 251/2016 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi maankäyttö- ja rakennuslain muuttamisesta.
- HE 198/2017 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi Suomen perustuslain 10 §:n muuttamisesta.
- HE 14/2018 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle maakuntauudistuksen täytäntöönpanoa sekä valtion lupa-, ohjaus- ja valvontatehtävien uudelleenorganisointia koskevaksi lainsäädännöksi.
- HE 253/2018 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle kansallisen turvallisuuden huomioon ottamista alueiden käytössä ja kiinteistönomistuksissa koskevaksi lainsäädännöksi.
- Heinilä, Aleks, Oikeus rakentaa. Tutkimus suunnittelutarveratkaisu- ja poikkeamispäätöksenteosta maankäyttö- ja rakennuslain järjestelmässä. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2017.
- Heinilä, Aleks, Riittävä suunnittelu ja suunnittelutarve- ja poikkeamispäätöksenteko. Maankäyttö 4/2018, s. 14–17.
- Heinilä, Aleks – Wähä, Susanna, Valtakunnalliset alueidenkäyttötavoitteet korkeimman hallinto-oikeuden kaavaratkaisuissa. Ympäristöministeriön raportteja 27/2013.
- Heiskanen, Heta-Elena, Towards Greener Human Rights Protection. Rewriting the Environmental Case-Law of the European Court of Human Rights. Tampere University Press 2018.
- Hoff, Holger, Understanding the Nexus. Background Paper for the Bonn 2011 Conference: The Water, Energy and Food Security Nexus. Stockholm Environment Institute 2011.
- Hollo, Erkki, Vesioikeus. Edita 2014.
- Huhtinen, Timo – Vainio, Annina, Metsämaa kaavoituksessa. Ympäristöministeriön raportteja 22/2016
- Huttunen, Kimmo, Maakuntakaavan viranomaisvaikutus erityisesti metsien käytön ohjauksen kannalta. Ympäristöjuridiikka 2/2012, s. 31–69.
- Hyvärinen, Esko – Juslén, Aino – Kemppainen, Eija – Uddström, Annika – Liukko, Ulla-Maija (toim.), Suomen lajien uhanalaisuus – Punainen kirja 2019. Ympäristöministeriö & Suomen ympäristökeskus 2019. (<http://hdl.handle.net/10138/299501>)
- Hyvönen, Ari-Elmeri – Juntunen, Tapio, Sopeutuva yhteiskunta ja resilienssi: turvallisuuspoliittinen analyysi. Poliitiikka 3/2016, s. 206–223.
- Hyvönen, Ari-Elmeri – Juntunen, Tapio, Resilienssi avaimena laaja-alaisen kokonaisturvallisuuteen: haasteita ja mahdollisuuksia. Valtioneuvoston selvitys- ja tutkimustoiminnan artikkelisarja Policy Brief 25/2018. (<https://tietokaytoon.fi/julkaisu?pubid=28005>)
- Häkkinen, Martti, Rakennusoikeuden sääntely. Suomalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki 2016.

- IPBES 2018. M. Fischer et al. (toim.), Summary for policymakers of the regional assessment report on biodiversity and ecosystem services for Europe and Central Asia of the Intergovernmental Science-Policy Platform on Biodiversity and Ecosystem Services. IPBES Secretariat 2018. (<https://www.ipbes.net/assessment-reports/eca>)
- IPBES 2019. E. S. Brondizio et al. (toim.), Summary for policymakers of the global assessment report on biodiversity and ecosystem services of the Intergovernmental Science-Policy Platform on Biodiversity and Ecosystem Services. IPBES Secretariat 2019. (<https://www.ipbes.net/global-assessment-biodiversity-ecosystem-services>)
- IPCC 2018. Summary for Policymakers. Teoksessa V. Masson-Delmotte et al. (toim.), Global warming of 1.5°C. An IPCC Special Report on the impacts of global warming of 1.5°C above pre-industrial levels and related global greenhouse gas emission pathways, in the context of strengthening the global response to the threat of climate change, sustainable development, and efforts to eradicate poverty. World Meteorological Organization 2018. (<https://www.ipcc.ch/sr15/>)
- Juntunen, Tapio, Kohti varautumisen ja selviytymisen kulttuuria. Kriittisiä näkökulmia resilienssiin. SPEK puheenvuoroja 2. Suomen Pelastusalan Keskusjärjestö 2014.
- Karapuu, Heikki, Perusoikeuksien käsite ja luokittelu, s. 63–87 teoksessa Pekka Hallberg – Heikki Karapuu – Tuomas Ojanen – Martin Scheinin – Kaarlo Tuori – Veli-Pekka Viljanen, Perusoikeudet. Toinen, uudistettu painos. WSOYpro 2011.
- Kekki, Tuula, Turvallisuuden monet käsitteet. Näkökulmia yhteiskunnan ja yksilön turvallisuuteen. SPEK puheenvuoroja 3. Suomen Pelastusalan Keskusjärjestö 2014.
- Keskinen, Marko – Rekolainen, Seppo – Sojamo, Suvi – Varis, Olli, Riskit hallintaan vesi-energia-ruoka-nexuksen avulla? Vesitalous 4/2016.
- Kollanus, Virpi – Lanki, Timo, 2000-luvun pitkittyneiden helleaaltojen kuolleisuusvaikutukset Suomessa. Duodecim 10/2014, s. 983–990.
- Koskela, Hille, Pelkokierre. Pelon politiikka, turvamarkkinat ja kamppailu kaupunkitilasta. Gaudeamus 2009.
- Koski, Kimmo, Kuntatalous ja yhdyskuntarakenne. Suomen ympäristö 42/2008.
- Kotzé, Louis, Preface: Discomforting Conversations in the Anthropocene, s. vii–xv teoksessa Louis Kotzé (toim.), Environmental Law and Governance for the Anthropocene. Bloomsbury Publishing 2017. (<https://ebookcentral.proquest.com/lib/uef-ebooks/detail.action?docID=4857445>.)
- Kumpula, Anne, Ympäristö oikeutena. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2004.
- Kuusiniemi, Kari, Biodiversiteetin suojelu ja oikeusjärjestyksen ristiriidat. Oikeustiede – Jurisprudentia 2001, s. 155–306.
- Laitinen, Kari, Turvallisuuden todellisuus ja problematiikka. Tulkintoja uusista turvallisuuksista kylmän sodan jälkeen. Tampereen yliopisto 1999.
- Lonka, Harriet, Valtioneuvoston turvallisuusstrategiatyö lainsäädännön muokkaajana. Itä-Suomen yliopisto 2016.
- Lupton, Deborah, Risk. Routledge 1999.
- Lähde, Ville, Niukuuden maailmassa. Niin & näin 2013.
- Maa- ja metsätalousministeriö, Miten väistämättömään ilmastonmuutokseen voidaan varautua? Yhteenveto suomalaisesta sopeutumistutkimuksesta eri toimialoilla. Maa- ja metsätalousministeriön julkaisuja 6/2011. (<http://urn.fi/URN:ISBN:978-952-453-682-0>)

- Maa- ja metsätalousministeriö, Suomen metsäkanalintukantojen hoitosuunnitelma. Maa- ja metsätalousministeriön julkaisuja 10/2014. (<http://urn.fi/URN:ISBN:978-952-453-873-2>)
- Macnaghten, Phil, Environment and risk, s. 132–146 teoksessa Gabe Mythen – Sandra Walklate (eds), *Beyond the Risk Society. Critical Reflections on Risk and Human Security*. Open University Press 2006.
- McDonald, Matt, Global Security after 11 September 2001, s. 47–79 teoksessa Simon Carter – Tim Jordan – Sophie Watson (eds), *Security. Sociology and Social Worlds*. Manchester University Press 2008.
- Mäkinen, Eija, Tarvitaanko kuntien kaavoituksen viranomaisvalvontaa? Ympäristöjuridiikka 3–4/2007, s. 22–48.
- Mäkinen, Eija, Kunnallisvalitus. Kiusantekoa vai tarpeellista valvontaa ja oikeusturvaa? Edita 2010.
- Mäkinen, Eija, Kunnallisvalituksesta hallintovalitukseen kaavoituksessa? Hallitusohjelman edellyttämä selvitys. Ympäristöministeriön raportteja 10/2016.
- Mäkinen, Eija, Kuntien ja maakuntien valvonta Pohjoismaissa. Lakimies 1/2017, s. 3–24.
- Mäkinen, Eija, Oikeusvaltiolliset vaatimukset alueidenkäytön viranomaisrooleille. Valtioneuvoston selvitys- ja tutkimustoiminnan julkaisusarja 11/2018. Valtioneuvoston kanslia 2018.
- Mäkinen, Kirsi – Sorvali, Jaana – Lipsanen, Anna – Hildén, Mikael, Kansallisen ilmastomuutoksen sopeutumissuunnitelman 2022 toimeenpanon väliarviointi. Maa- ja metsätalousministeriön julkaisuja 11/2019. .
- Määttä, Tapio, Lainsäätäjän kunnioittamisasenne, tavoitteellinen laintulkinta ja lakien tavoitesäännökset vallitsevassa tuomarinideologiassa, s. 207–226 teoksessa Auri Pakarinen – Hanna Hyvärinen – Kaijus Ervasti (toim.), *Lainvalmistelu, tutkimus, yhteiskunta*. Jyrki Talan juhlaKirja. Turun yliopisto 2011.
- Niemelä, Jari – Kotiaho, Juha – von Weissenberg, Marina, Tiivistelmä kansainvälisen luontopaneelin globaalista elinympäristöjen heikennyksen ja ennallistamisen arviointiraportista. Ympäristötiedon foorumi & Ympäristöministeriö 2018. (http://www.ymparistotiedonfoorumi.fi/wp-content/uploads/2018/05/IPBES-tiistelm%C3%A4t_suom-230518.pdf)
- Niemelä, Pauli – Lahikainen, Anja Riitta, Johdanto. Teoksessa Pauli Niemelä – Anja Riitta Lahikainen (toim.), *Inhimillinen turvallisuus*. Vastapaino 2000.
- Niemelä, Pauli, Turvallisuuden käsite ja tarkastelukehikko. Teoksessa Pauli Niemelä – Anja Riitta Lahikainen (toim.), *Inhimillinen turvallisuus*. Vastapaino 2000.
- Noponen, Jukka, Energiatohokkuus alkaa kaavoituksesta. Maankäyttö 1/2009, s. 14–17.
- Ojanen, Tuomas, KKO 2004:26. Oikeustapauskommentti. Lakimies 5/2004, s. 911–928.
- Parjanne, Antti – Silander, Jari – Tiitu, Maija – Viinikka, Arto, Suomen tulvariskit nyt ja tulevaisuudessa. Suomen ympäristökeskuksen raportteja 30/2018.
- Pellonpää, Matti, Henkilökohtainen koskemattomuus (PL 7 §), s. 281–301 teoksessa Pekka Hallberg – Heikki Karapuu – Tuomas Ojanen – Martin Scheinin – Kaarlo Tuori – Veli-Pekka Viljanen, *Perusoikeudet*. Toinen, uudistettu painos. WSOYpro 2011.
- Peltonen, Lasse, Paikallisen hallintatavan polkuriippuvuus – Tampereen aseveliakselin tie rintamalta regiimiksi. Yhdyskuntasuunnittelu 3–4/2004, s. 30–51.
- Peurala, Johanna – Muttilainen, Vesa, Korruption riskikohteet 2010-luvun Suomessa. Poliisiammattikorkeakoulun raportteja 115. Poliisiammattikorkeakoulu 2015.

- PeVM 4/2018 vp. Perustuslakivaliokunnan mietintö hallituksen esityksestä laiksi Suomen perustuslain 10 §:n muuttamisesta.
- Pölönen, Ismo – Malin, Kimmo, Yleiskaavoitus metsäalueiden käytön ohjauksessa. Ympäristöpolitiikan ja -oikeuden vuosikirja 2011, s. 121–184.
- Pölönen, Ismo, Kaivokset kaavoissa – kunnan harkintavalta yleiskaavoituksessa kaivos-toiminnan ohjauksen näkökulmasta. Oikeus 1/2016, s. 70–91.
- Rannila, Päivi, Relationality of the Law: On the Legal Collisions in the Finnish Planning and Land Use Practices. *Journal of Planning Education and Research*. Online publication ahead of print 29.6.2018. (<https://doi.org/10.1177/0739456X18785443>)
- Rikoksantorjunnan neuvottelukunta ja yhdyskuntasuunnittelu- ja rakennustutkimuksen neuvottelukunta, Rakennettu ympäristö, rikollisuus ja turvattomuus. Ympäristöministeriö 1995.
- Rytteri, Teijo – Kortelainen, Jarmo, Metsäsektorin polkuriippuvuus ja metsien energiakäytön rajat. *Politiikka* 1/2015, s. 18–32.
- Räikkönen, Timo, Kestävä työn tulevaisuus resilienssiajattelua hyödyntämällä? – tehokkuusajattelusta selviytymiskyvyn vahvistamiseen. *Futura* 1/2013, s. 34–45.
- Räikkönen, Timo, Työtä luonnon ehdoilla. Resilienssiajattelu ja kestävä työ. Tampere University Press 2016.
- Räsänen, Aleksi – Heikkinen, Kimmo – Piila, Noora – Juhola, Sirkku, Zoning and weighting in urban heat island vulnerability and risk mapping in Helsinki, Finland. *Regional Environmental Change* 2019. (<https://doi.org/10.1007/s10113-019-01491-x>)
- Scheffran, Jürgen – Remling, Elise, The social dimensions of human security under a changing climate, s. 137–163 teoksessa Michael R. Redclift – Marco Grasso (eds), *Handbook on Climate Change and Human Security*. Edward Elgar Publishing 2013.
- Silvasti, Markus, Turvuus – kohti uutta turvallisuusymmärrystä. *Tiede ja Ase* 2017, s. 265–299. (<https://journal.fi/ta/article/view/60628>)
- Sisäministeriö, Hyvä elämä – turvallinen arki. Valtioneuvoston periaatepäätös sisäisen turvallisuuden strategiasta 5.10.2017.
- Sojamo, Suvi – Keskinen, Marko – Kumm, Matti, Kestävästi vettä ja ruokaa kaikille, s. 115–136 teoksessa Suvi Ahola (toim.), *Kirjava käsikirja kestävään kehitykseen*. Tammi 2017.
- Toivonen, Tuomas, Maanteiden kuivatusjärjestelmien ja kuivatukseen liittyvän tiedonhallinnan kehitystarpeet ilmaston muuttuessa. Liikenneviraston tutkimuksia ja selvityksiä 53/2015. (<https://www.doria.fi/handle/10024/121260>)
- Tornivaara-Ruikka, Riitta, Hulevesien käsittely maankäytön suunnittelussa. Uudenmaan ympäristökeskuksen raportteja 3/2006 .
- United Nations Development Programme (UNDP), *Human Development Report 1994*. Oxford University Press 1994.
- Urban Land Institute, *Ten Principles for Building Resilience*. Urban Land Institute 2018. (https://ia71z1oozio1p7cpp37o43o1-wpengine.netdna-ssl.com/wp-content/uploads/sites/125/ULI-Documents/10P_BuildingResilience.pdf)
- Valtioneuvosto, Osallistava ja osaava Suomi – sosiaalisesti, taloudellisesti ja ekologisesti kestävä yhteiskunta. Neuvottelutulos hallitusohjelmasta 3.6.2019.

- Valtioneuvoston kanslia, Varautuminen ja kokonaisturvallisuus. Komiteamietintö. Valtioneuvoston kanslian julkaisuja 21/2010.
- Valtioneuvoston periaatepäätös kokonaisturvallisuudesta 5.12.2012. https://www.defmin.fi/files/3023/Periaatepaatos_kokonaisturvallisuudesta_2012_fi.pdf.
- Valtioneuvoston periaatepäätös, Yhteiskunnan turvallisuusstrategia. Turvallisuuskomitea 2017.
- Valtioneuvoston päätös valtakunnallisten alueidenkäyttötavoitteiden tarkistamisesta 13.11.2008.
- Valtioneuvoston päätös valtakunnallisista alueidenkäyttötavoitteista 14.12.2017. (Liite 2) <https://valtioneuvosto.fi/paatokset/paatos?decisionId=0900908f80577688>.
- Vihervuori, Pekka, Totuudesta hallintolainkäytössä, s. 494–510 teoksessa Risto Nuolimaa – Pekka Vihervuori – Hannele Klemettinen (toim.), Juhlajulkaisu Pekka Hallberg 1944 – 12/6 – 2004. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2004.
- Vihervuori, Pekka, Oikeus ympäristöön (PL 20 §), s. 753–782 teoksessa Pekka Hallberg – Heikki Karapuu – Tuomas Ojanen – Martin Scheinin – Kaarlo Tuori – Veli-Pekka Viljanen, Perusoikeudet. Toinen, uudistettu painos. WSOYpro 2011.
- Viljanen, Veli-Pekka, Yksityiselämän suoja (PL 10 §), s. 389–411 teoksessa Pekka Hallberg – Heikki Karapuu – Tuomas Ojanen – Martin Scheinin – Kaarlo Tuori – Veli-Pekka Viljanen, Perusoikeudet. Toinen, uudistettu painos. WSOYpro 2011.
- Virta, Sirpa, Turvallisuuden tutkimus. Tieteenalat ja monitieteisyyden lähtökohtia. Tiede ja Ase 2012, s. 112–126. (<https://journal.fi/ta/article/view/7470>)
- VNS 2/2000 vp. Valtioneuvoston selonteko eduskunnalle valtakunnallisista alueidenkäyttötavoitteista.
- Wahlgren, Irmeli, Ilmastonmuutoksen haasteet kaavoitukselle. Maankäyttö 2/2006, s. 6–10.
- Wahlgren, Irmeli, Yhdyskuntarakenteen ekologisuus ja sen arviointi. EcoBalance-arviointimalli yhdyskuntarakenteen vaikutusten arvioinnissa. Aalto-yliopisto 2017.
- Walker, Brian – Salt, David, Resilience Thinking: Sustaining Ecosystems and People in a Changing World. Island Press 2006. (<https://ebookcentral.proquest.com/lib/uef-ebooks/detail.action?docID=3317645>)
- Ympäristöministeriön kirje 26.9.2001 (3/501/2001), Kemikaaleja käsittelevät ja varastoivat tuotantolaitokset – onnettomuusriskin huomioon ottaminen kaavoituksessa.
- Ympäristöministeriö, Liikenneturvallisuus kaavoituksessa. Ympäristöhallinnon ohjeita 1/2006. Ympäristöministeriö 2006.
- Ympäristöministeriö, Suuronnettomuusriskit ja kaupunkirakenne – opas maankäytön suunnitteluun. Suomen ympäristö 3/2016.
- Ympäristöministeriö ja Tilastokeskus, Finland’s Seventh National Communication under the United Nations Framework Convention on Climate Change. Ministry of the Environment and Statistics Finland 2017.
- YmVL 44/2018 vp. Ympäristövaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä eduskunnalle kansallisen turvallisuuden huomioon ottamista alueiden käytössä ja kiinteistönomistuksissa koskevaksi lainsäädännöksi.
- Zedner, Lucia, Security. Routledge 2009.

LAND USE PLANNING AND SECURITY

Security threats to modern society and its individuals are dynamic, complex and increasingly global in nature. The main cause of these threats is man's influence on the Earth's environment and its natural systems. According to the IPCC special report on the impacts of global warming of 1.5 °C in 2018, climate change represents an urgent and potentially irreversible threat to human societies and the planet. Similarly, according to the IPBES Global Assessment Report on Biodiversity and Ecosystem Services in 2019, the loss of species, ecosystems and genetic diversity is a global threat to human well-being. In short, human security is threatened by changes in the natural environment.

These threats challenge the traditional views of security as a matter of primarily military powers and territorial integrity of nation states. Environmental degradation is not an intentional and direct act by an enemy that can be fought against with guns. Instead, environmental threats are diffuse, indirect and international in nature. Thus, the changed nature of security threats must also affect the means by which security is promoted. These kinds of threats require a comprehensive and multisectoral approach that recognises the links between different questions related to security. In this article it is argued that Land use planning is an important tool in both fighting environmental degradation (for example climate change, loss of biodiversity, pollution) and coping with the security threats it causes (such as floods, droughts, or heatwaves). Land use planning is the only comprehensive legal instrument for controlling the utilisation of the environment.

The Finnish land use planning system has its hindrances in promoting public interests like security (which, though, can also be seen as a private interest). The discretionary powers of planning officials (which may be used to promote a variety of interests, but which often emphasise economic interests) and the rights of individuals shape the constellations of interests in individual decision-making instances. In the political debate, more flexibility in the land use planning and building legislation has been demanded, as well as more fluency in the decision-making processes concerning land use. This, however, may weaken the capacity of the legislation to secure or promote the interests it was enacted to promote. In this article it is argued that this has been the case with many recent amendments of the Finnish land use planning and building legislation. The security challenges that man-made environmental change brings in its wake call for a change of direction.

Jaakko Markus

**PROSESSIKYNNYS JA
ASIANAJAJIEN
TULOSPALKKIOT**

Sisällys

1	JOHDANTO	107
1.1	Prosessikynnys.....	107
1.2	Kulujen kasvu	109
1.3	Kirjoituksen metodit ja rakenne.....	112
2	KULURISKI JA VAIKUTTAMISKEINOT	114
2.1	Kuluriskin käsite	114
2.2	Mahdollisia vaikuttamiskeinoja	118
2.2.1	Kustannustason alentaminen.....	118
2.2.2	Kuluriskin tasaaminen asianosaisten kesken.....	121
2.2.3	Kuluriskin jakaminen.....	125
3	TULOSPALKKIOIDEN PERUSASIAMT	126
3.1	Käsite ja lajit.....	126
3.2	Tulospalkkioiden hyötyjä.....	129
4	TULOSPALKKIOT YKSILÖLLISESSÄ LAINKÄYTÖSSÄ.....	131
4.1	Tulospalkkioiden käyttöala	131
4.1.1	Yleistä	131
4.1.2	Vakuutusehtojen merkitys	133
4.1.3	Asianajajaeettisiä ongelmia.....	136
4.2	Sopimuskysymyksiä	138
4.3	Tulospalkkiot ja kulukorvaussäännökset	142
5	TULOSPALKKIOT KOLLEKTIIVISESSA LAINKÄYTÖSSÄ.....	146
5.1	Kollektiivisen lainkäytön perusasiat.....	146
5.2	Tulospalkkiot päämiesten kannalta.....	149
5.3	Sopimuskysymyksiä	153
5.4	Tulospalkkiot vastapuolen kannalta.....	155
5.5	Laajoja ja suppeita ratkaisuja.....	158
6	JOHTOPÄÄTÖKSET.....	160
	LÄHTEET.....	163
	OIKEUSTAPAUKSET.....	168
	LYHENTEET.....	169
	ACCESS TO JUSTICE AND ATTORNEYS' RESULT-BASED FEES IN FINLAND	170

Prosessikynnys ja asianajajien tulospalkkiot*

1 JOHDANTO

1.1 Prosessikynnys

Prosessikynnys on kielikuva, joka havainnollistaa henkilön tosiasiallista mahdollisuutta saada asiansa tuomioistuimen käsiteltäväksi.¹ Lukuisat taloudelliset ja psykologiset tekijät vaikuttavat siihen, kuinka korkea tämä kynnys kullekin henkilölle on. Suomalaisessa oikeustieteessä on esitelty monia keinoja vaikuttaa prosessikynnykseen ja sen olennaiseen taustatekijään, oikeudenkäyntikuluihin. Tämä kirjoitus arvioi lyhyesti eräitä keinoja sekä tutkii tarkemmin asianajajien tulospalkkioita.² Kyse on markkinaehtoisesta ratkaisusta, jossa yritetään käyttää päämiehen hyväksi sitä, että rahantoive on ”erinomainen kiihoke”.³ Tulospalkkioita on käsitelty Suomessa vähän, mutta kansainvälisessä keskustelussa runsaasti. Aluksi kuitenkin perustelen lyhyesti, miksi prosessikynnys on olennainen ja ongelmallinen aihe.

Perus- ja ihmisoikeuksien valossa prosessikynnyksen ei tule olla niin korkea, että se käytännössä vesittää oikeudenkäyntiin pääsyn. Euroopan ihmisoikeussopimus (EIS) on Suomessa voimassa lakina; kuitenkin muita lakeja tulee soveltaa tavalla, joka on sen kanssa sopusoinnussa.⁴ Koska EIS:n varsinainen sisältö ilmenee Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen (EIT) ratkaisukäytännöstä, lainsoveltajan tulee noudattaa EIT:n käytäntöä.⁵

* Kiitän professori Mikko Vuorenpäättä kannustavasta ja asiantuntevasta ohjauksesta sekä referee-arvioijia oivallisista kommentteista.

¹ Viitanen 2011, s. 2–4.

² Kirjoitus ei erikseen tarkastele luvan saaneiden oikeudenkäyntiavustajien oikeusasemaa, koska laajuus vaatii keskittymään tärkeimpiin palveluntarjoajiin. Kirjoitus ei myöskään käsittele prosessikynnystä rikosasioissa, hakemusasioissa tai indispositiivisissa riita-asioissa, koska niissä ongelma ei ole niin keskeinen kuin dispositiivisissa asioissa.

³ Ylänkö 1985, s. 62.

⁴ PeVL 2/1990, s. 2–3.

⁵ Hirvelä – Heikkilä 2013, s. 5–6; Virolainen – Pölönen 2003, s. 66.

EIS 6 artiklan mukaan jokaisella on oikeus oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin.⁶ EIT on oikeuskäytännössään tehnyt selväksi, että tämä turvaa myös oikeudenkäyntiin pääsyn. Pääsyn tulee olla tosiasiallista ja tehokasta, mikä voi edellyttää esimerkiksi julkisen oikeusavun järjestämistä.⁷

Myös perustuslain 21 § takaa oikeudenkäyntiin pääsyn. Perustuslain 21 §:n 2 momentissa luetaan oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin takeita, mutta oikeudenkäyntikuluista ei mainita mitään. Luettelo on esimerkinomainen eikä tyhjentävä; takeisiin kuuluu myös muun muassa oikeus ”saada – tarvittaessa julkisen vallan kustannuksella – oikeudellista apua”.⁸ Yleensäkin tunnustetaan, että oikeusturva voi toteutua vain, jos oikeudenkäynti on riittävän varmaa, nopeaa ja halpaa.⁹ PL 22 §:n mukaan julkisen vallan on turvattava perus- ja ihmisoikeuksien toteutuminen. Lainsäätäjän siis tulee tuottaa sellaisia lakeja ja tuomioistuinten sellaisia tulkintoja, että prosessikynnys pysyy kohtuullisella tasolla.

Kohtuullisuus on toki epätäsmällinen standardi. Oikeuslähteistä ei ilmene kovinkaan tarkasti, mikä on oikea prosessikynnyksen taso.¹⁰ Lainsäätäjä on käsitellyt sitä mainittavasti viimeksi 1990-luvun lopussa: esitöiden mukaan jonkinlaista kynnystä tarvitaan, jotta vähäisiä tai tarpeettomia riitoja ei viedä yleisesti tuomioistuimiin. Kuitenkaan tämä ei saa johtaa siihen, ”että asianosaiset joutuvat luopumaan oikeuksiensa ajamisesta tai niistä kiinni pitämisestä”.¹¹ Tarkka lukija havaitsee, että tässä yhteydessä on pulmallista puhua asianosaisesta: henkilöstä ei tule asianosaista, jos hän päättää jättää kanteen nostamatta. Tarvitaan osuva termi kuvaamaan kantajaa ja potentiaalista kantajaa, joka harkitsee kannetta. Sellainen saadaan *Koululta*, joka on kirjoittanut *intressinhaltijasta* merkityksessä ”subjektiivinen oikeudenomistaja”.¹² Intressinhaltija voi sinänsä päätyä oikeudenkäynnissä kantajan tai vastaajan asemaan,¹³ mutta jatkossa kirjoitus pitää silmällä kantajapuolen intressinhaltijaa.

Prosessikynnyksen vuoksi moni intressinhaltija tyytyy tilanteeseen tai vastapuolen vaatimukseen, riippumatta aineellisesta oikeutuksesta.

⁶ Samoin määrätään KP-sopimuksen 14 artiklassa.

⁷ *Golder v. the United Kingdom* no. 4451/70, §§ 35–36, 21.2.1975. Ks. myös Hirvelä – Heikkilä 2013, s. 201–204.

⁸ HE 309/1993, s. 74.

⁹ HE 107/1998 vp, s. 3. Ks. myös KM 2003:3, s. 88.

¹⁰ *Ervasti* 1999, s. 656.

¹¹ HE 107/1998 vp, s. 5.

¹² *Koulu* 2017b, s. 37. Hän käyttää sitä oikeudenomistajista, jotka (potentiaalisesti) ajavat oikeuksiaan yhdessä. Nähdäkseni termiä voidaan käyttää yhtä hyvin niin kollektiivisen kuin yksilöllisenkin lainkäytön kontekstissa.

¹³ *Koulu* 2017a, s. 102–103.

Ilmiön ongelmallisuutta voidaan lyhyesti perustella ja täsmentää siviiliprosessin funktioiden avulla. Pyrkimykseni ei ole käsitellä kattavasti funktioita, niiden tärkeysjärjestystä tai funktioerittelyn käyttötapoja.¹⁴ Tässä funktioilla tarkoitetaan siviiliprosessin tehtäviä oikeusjärjestyksen tasolla, ja funktioerittelyä käytetään oikeuden sisäisen kritiikin taustaksi, huomionarvoisen ongelman havaitsemiseksi. Siviiliprosessilla on *ohjausfunktio*, eli se on eräs keino vaikuttaa ihmisten käyttäytymiseen, eräs sanktiomekanismin osatekijä.¹⁵ Siviiliprosessia tarvitaan, jotta aineellinen lainsäädäntö löisi läpi yhteiskunnassa.¹⁶ Läpäisykyky jää puutteelliseksi, jos esimerkiksi yritykset voivat toimia ilman korvausvaatimusten pelkoa; toki ongelmaa voidaan lieventää muun muassa viranomaisvalvonnalla ja kriminalisoinnilla. Yksittäisissä tapauksissa keskeisiä ovat siviiliprosessin *oikeussuojafunktio* ja *konfliktinratkaisufunktio*.¹⁷ Edellinen korostaa, että yksilöllä täytyy olla mahdollisuus saada aineellinen oikeutensa vahvistetuksi.¹⁸ Korkea prosessikynnys myös rapauttaa siviiliprosessin merkitystä konfliktinratkaisumenetelmänä. Tämä ei välttämättä haittaa osapuolia, sillä sovintoneuvottelut tai vaihtoehtoiset ratkaisumenetelmät voivat yleensäkin palvella heidän intressejään paremmin kuin siviiliprosessi. Toisaalta vain oikeudenkäynti ja välimiesmenettely taatusti tuottavat täytöntönpanokelpoisen ratkaisun. Sitä paitsi heikomman osapuolen neuvotteluvoima on vähäinen, jos hän ei voi uskottavasti uhata oikeudenkäynnillä. Realistisesti ajateltuna korkea prosessikynnys aiheuttaa sen, että yhä useammat vääryyskokemukset eivät johda toimenpiteisiin ja että yhä useammat sovinnot perustuvat taloudelliseen pakkoon. Tämä ei palvele hyvää konfliktinratkaisua.

1.2 Kulujen kasvu

Perus- ja ihmisoikeuksien sekä funktioiden valossa korkea prosessikynnys on potentiaalinen ongelma. Empiiriset tutkimukset ja käytännön juristien kannanotot viittaavat siihen, että ongelma on myös aktuaalinen. Käräjäoikeuden pääkäsitelyssä ratkaistujen riita-asioiden määrä on kutistunut samalla, kun keskimääräiset kulut ovat kasvaneet huomattavasti. Juttu-

¹⁴ Ervasti 2002, s. 52–53, 67–69 esittelee laajasti lainkäytön funktioita viidellä eri tasolla ja hahmottelee funktioerittelyn käyttötapoja oikeustieteessä.

¹⁵ Käyttäytymistä ohjataan yhteiskunnan toivomaan suuntaan muun ohessa rangaistuksilla, vahingonkorvauksilla ja muilla oikeudellisilla sanktioilla, joiden jakamiseen tarvitaan rikos- ja siviiliprosessia. Ks. Virolainen – Vuorenperä 2016, I.2 (väliotsikko Ohjausfunktio).

¹⁶ Jokela 2016, s. 29.

¹⁷ Ervasti 2002, s. 57–59.

¹⁸ Lindell 2003, s. 89.

määrä oli vielä vuonna 1995 noin 7 000, mutta vakiintui pian noin 4000:n tasolle.¹⁹ Vuonna 2013 käräjäoikeudet ratkaisivat pääkäsitelyssä enää 2821 riita-asiaa.²⁰

Oikeudenkäyntikuluista käräjäoikeudessa on kattavaa tutkimustietoa vuosilta 1995, 2004 ja 2008. Aineisto koostuu pääkäsitelyyn edenneistä riita-asioista. Vuonna 1995 kantajan kuluvaatimuksen mediaani oli noin 3547 euroa, vastaajan vaatimuksen mediaani taas noin 3437 euroa. Vuonna 2004 vastaavat luvut olivat kantajalla noin 5864 euroa ja vastaajalla noin 5119 euroa. Kasvu jatkui, sillä 2008 kuluvaatimuksen mediaani kantajalla oli noin 7290 euroa, vastaajalla noin 6188 euroa. Kaikki hinnat on muunnettu vuoden 2017 rahanarvoon, eli ne nousivat reaalisesti, yleistä hintatasoa enemmän: mediaani kasvoi 13 vuodessa kantajalla noin 105 prosenttia, vastaajalla noin 80 prosenttia.²¹ Tuomioistuimien voi tunnetusti OK 21 luvun nojalla tuomita kulukorvausta, jonka määrä voi olla vaatimuksen mukainen tai pienempi. Kulukorvaukset ovat kehittyneet suunnilleen samoin kuin kuluvaatimukset: mediaani kasvoi vuoden 1995 noin 3177 eurosta 2004 mennessä 4568 euroon ja edelleen 2008 mennessä 5879 euroon.²² Kasvua on siis ollut noin 85 prosenttia.²³

Hovioikeuskuluja ei ole tutkittu empiirisesti, mutta luultavasti ne ovat pienemmät kuin käräjäoikeuskulut.²⁴ Myöskään kulujen kehityksestä vuoden 2008 jälkeen ei ole tilastotietoja, mikä on onneton tilanne lainvalmistelun ja oikeustieteen kannalta. Valistuneita arvauksia voi esittää sen perusteella, vallitsevatko edelleen ne olosuhteet, joiden vuoksi kulut kasvoivat yleistä hintatasoa voimakkaammin vuosina 1995–2008.

Kasvun syytä on käsitelty oikeuskirjallisuudessa niin runsaasti, ettei aiheeseen tarvitse syventyä tässä. Kun *alioikeusmenettely uudistettiin* 1993 suulliseksi, välittömäksi ja keskitetyksi, juttukohtainen työmäärä kasvoi.²⁵ Uudistus ei kuitenkaan selitä, miksi reaalikulut ovat kasvaneet vielä 2000-luvullakin. Usein syyksi mainitaan sekin, että asianajopalveluista alettiin periä *arvonlisäveroa* vuonna 1994.²⁶ Uudistus nosti asianajopalkkioita kerralla

¹⁹ Ervasti 2009, s. 6–7.

²⁰ Käräjäoikeuksien siviiliasioiden ratkaisut 2013, s. 2. Valitettavasti uudempiä tilastoja ei ole olemassa.

²¹ Ervasti 2009, s. 21. Rahanarvon muunnos on toteutettu kuluttajahintaindeksin rahanarvonkertoimella. http://www.stat.fi/til/khi/2017/khi_2017_2018-02-26_tau_001.html

²² Ibid.

²³ Kulukorvaussääntöjä ei tiukennettu tänä aikana, vaan ankarampia sääntöjä sovellettiin jo kaikkiin vuoden 1995 aineiston tapauksiin. Ervasti 1997, s. 51–52.

²⁴ Viitanen 2011, s. 157.

²⁵ Ervasti 1998, s. 40–41, 45–47; Koulu 2017a, s. 29; Jokela 2015, s. 392.

²⁶ Jokela 2015, s. 392.

22 prosenttia. On toki selvää, että jos verottomat reaalikulut olisivat sen jälkeen pysyneet ennallaan, myöskään arvonlisäverolliset reaalikulut eivät olisi kasvaneet (paitsi silloin, kun arvonlisävero on hienoisesti korotettu). Vuodesta 1995 lähtien arvonlisävero on vain paisuttanut muista syistä johtuneen kasvun euromäärää.

Kolmas syy on *muutos juttukannassa* eli tavanomaisen jutun vaatimustasossa. Yksinkertaiset velkomusasiat eivät enää etene pääkäsittelyyn asti, joten monimutkaisten riitojen osuus aineistossa on kasvanut.²⁷ Juttukannan muutos ilmenee muistakin keskiluvuista: Riidanalaisen intressin mediaani on kasvanut vuoden 1995 noin 12 850 eurosta vuoden 2008 noin 16 940 euroon.²⁸ Todistajien määrän keskiarvo on kasvanut 3,7:stä 4,7:ään.²⁹ Kuitenkaan juttukannan muutos ei ole ainoa eikä ehkä pääasiallinenkaan syy. Keskimääräinen intressi on kasvanut noin 32 prosenttia; todistajien määrät sekä haastehakemusten ja tuomioiden pituudet ovat muuttuneet vielä vähemmän.³⁰ Mikään tunnusluku ei täysin tavoita vaatimustason muutosta, mutta tilastot eivät viittaa siihen, että tyypillinen riitajuttu olisi ollut 2008 kaksi kertaa niin vaativa kuin 1995. Kulujen kaksinkertaistumiseen on muitakin syitä.

Eräät taustatekijät kannustavat asianajajia lisäämään laskutusta ja pienentävät päämiesten valvontaintressiä. *Aikaveloituksesta* on viime vuosikymmeninä tullut hallitseva palkkioperuste oikeudenkäyntiasioiden hoitamisessa: uusimman asianajajatutkimuksen mukaan 95 prosenttia asianajajista käytti sitä yli puolessa laskutuksista.³¹ Aikaveloitus johtaa helposti tehottomaan ajankäyttöön sekä liialliseen argumentointiin ja todisteluun.³² Onkin mielenkiintoinen paradoksi, että aikaveloituksen suosio on käytännössä vain kasvanut samaan aikaan, kun sitä on oikeuskirjallisuudessa kritisoitu. Päämiehen on erittäin vaikea valvoa ja arvioida, kuinka tehokkaasti asianajaja työskentelee. Hänen on myös vaikea ennakolta etsiä edullinen asianajaja: Vaikka hän vertailisi eri toimistojen tuntihintoja verkkosivuilta, hän ei tietäisi, montako tuntia kukin asianajaja käsittelisi juttua. Kun kokonaishintoja voi vertailla vain vaivoin, kysymällä erikseen useita kokonaishinta-arvioita, *hintakilpailu toimii puutteellisesti*.³³

²⁷ Ervasti 2009, s. 22.

²⁸ Ervasti 1997, s. 90; Ervasti 2009, s. 13. Olen muuntanut molemmat määrät vuoden 2017 rahanarvoon.

²⁹ Ervasti 2009, s. 16. Hän ei ole laskenut mukaan nollan todistajan juttuja. Jos nekin olisi laskettu, muutos olisi luultavasti hieman suurempi.

³⁰ Ervasti 2005, s. 97 taulukko 10; Ervasti 2009, s. 17 ja s. 40 taulukko 7.

³¹ Asianajajatutkimus 2017, s. 25.

³² Viitanen 2011, s. 317–320; Halila 1999, s. 912; Hölttä 2016, s. 60. Kansainvälisestä keskustelusta ks. esim. Susskind 2013, s. 32; Maurer – Thomas – DeBooth 1999, s. 289–291.

³³ Hintakilpailun puutteita käsittelee laajasti Viitanen 2011, s. 100–116, 122–123.

Usein ei edes ole päämiehen intressissä rajoittaa asianajopalkkiota, koska hän uskoo jonkun muun viime kädessä maksavan laskun. Oikeusapujutuissa maksajana on valtio, maksullisissa toimeksiannoissa yleensä vakuutusyhtiö enimmäiskorvaukseen eli 8500 euroon asti.³⁴ Enimmäiskorvaus ei useinkaan riitä hovioikeuskuluihin eikä monimutkaisen jutun käräjäoikeuskuluihin, mutta tällöinkin on huomattava kulukorvaussääntö (OK 21:1). Eri kulusääntöjen vaikutusta osapuolten toimintaan on jo pitkään tutkittu oikeustaloustieteessä. Yksinkertaistetut mallit eivät täysin tavoita monimutkaista todellisuutta, mutta eräitä varovaisia johtopäätöksiä voidaan tehdä. Tyypillisesti verrataan *korvaussääntöä*, jossa häviäjä maksaa, *kuiittaussääntöön*, jossa osapuolet kantavat omat kulunsa. Korvaussääntö luultavasti rajoittaa kanteiden nostamista ja saattaa lisätä sovintohalua, mutta myös kasvattaa panostusta jutuissa, joissa riidellään tuomioon asti.³⁵ Suomessa korvaussäännöstä tehtiin aiempaa vahvempi pääsääntö vuonna 1993,³⁶ ja vuonna 1999 säädetyt poikkeukset lievensivät sitä vain marginaalisesti.³⁷

Mikään kulujen kasvun taustatekijä ei ole hävinnyt viimeiksi kuluneen vuosikymmenen aikana. Myös käytännön juristien lausunnot viittaavat siihen, että kasvu on jatkunut: Tuomariliitto on suorasanaisesti ilmaissut huolensa siitä, että ”oikeudenkäyntikulujen kasvua ei ole saatu hillittyä”.³⁸ Lisäksi Lakimiesliitto on kiinnittänyt huomiota ongelmaan.³⁹ Huoli on ymmärrettävä, sillä oikeusprosessi on väline, jolla toteutetaan lainsäädäntöä ja aineellisia oikeuksia sekä ratkaistaan konflikteja. Kun intressinhaltijoiden ajatuksia hallitsee prosessuaalinen kysymys kuluista, tilanne on jokseenkin vinoutunut – häntä heiluttaa koira.

1.3 Kirjoituksen metodit ja rakenne

Tämä kirjoitus on prosessioikeudellinen ja olennaisesti myös *asianajajaoikeudellinen*. Asianajajaoikeuden ymmärrän *Peltosen* luonnehdinnan mukaisesti:

³⁴ Lehtinen 2014, s. 173–174. Oikeusturvavakuutusehdoista ks. Lasola – Rissanen 2013, s. 10–13.

³⁵ Katz 1999, s. 68–73. Empiirisistä tutkimuksista ks. Snyder – Hughes 1990, 363–366, 374. Ks. myös Männistö 2005, s. 79–97.

³⁶ HE 191/1993 vp, s. 1. Muutoksen vaikutuksesta ks. Ervasti 1997, s. 50–52.

³⁷ Poikkeussäännösten soveltamisesta ks. Ervasti 2005, s. 108; Kilpiä 2016, s. 204.

³⁸ Tuomariliiton ehdotus 9.8.2017, s. 1.

³⁹ Saarensola 2017, s. 14 av. 95.

Asianajajaoikeus käsittää asianajotoimintaa koskevien ja siihen asiallisesti liittyvien oikeusnormien ja ammattieettisten normien kokonaisuuden sekä sitä koskevan tutkimuksen. Asianajajaoikeudelle on tyypillistä oikeusalamaisen näkökulma ja etu, yksityisoikeudellinen toimeksiantosuhde sekä itsesääntelyyn perustuvat ammattieettiset normit.⁴⁰

Asianajaja toimii ristiriitaisten velvollisuuksien verkossa: Hänen perusvelvollisuutensa on ajaa päämiehen etua ja oikeutta, mutta hänellä on myös velvollisuuksia vastapuolta, tuomioistuimia, muita viranomaisia ja yhteiskuntaa kohtaan. Asianajajaoikeuden yleinen osa säätelee ainakin asianajotoiminnan järjestäytymisen perusteita sekä asianajajan yleisiä velvollisuuksia, palkkio-oikeutta ja vastuuta.⁴¹ Kysymys tulospalkkioista on kiinteästi asianajajaoikeudellinen, joten oikeudenalan tarkempi rajankäynti ei ole tässä tarpeen.⁴² Asianajajaoikeudellinen viitekehys auttaa prosessuaalista hahmottamaan tapaohjeiden suuren merkityksen, kiinnittämään huomiota toimeksiantosopimukseen ja katsomaan oikeusprosessia päämiehen näkökulmasta.

Tämä kirjoitus on ensinnäkin oikeusdogmaattinen tutkimus, joka tarkastelee seuraavia kysymyksiä: Millaisissa tilanteissa hyvä asianajajatapa sallii tulospalkkiot? Millaiset sopimusehdot ovat hyvän asianajajatavan mukaisia? Kuinka tuomioistuimen tulee soveltaa OK 21 luvun säännöksiä tulospalkkioon? Kysymyksistä on niukasti tavanomaisia oikeuslähteitä eli säännöksiä sekä kotimaista käytäntöä ja kirjallisuutta. Siksi tuon tutkimukseen lihaa luiden päälle hyödyntämällä oikeustaloustieteellisiä ja oikeusvertailevia havaintoja. Oikeustaloustiede muun ohessa valaisee, kuinka toimijat tyypillisesti reagoivat erilaisiin oikeusnormien luomiin kannustimiin. Oikeuslähdeopillisesti se on seuraamusargumenttien alalaji.⁴³ Oikeusvertailevia havaintoja en käytä niinkään tulkintojeni tueksi, vaan ideoiden lähteeksi; on inspiroivaa tarkastella, millaisia sopimuksia on keksitty, mitä kiistakysymyksiä on herännyt ja mitä argumentteja kiistoissa käytetään.

Toiseksi kirjoitus arvioi karkeasti eräiden keinojen vaikutusta prosessikynnykseen. Kun perusoikeuksien halutaan *toteutuvan*, tulee selvittää paitsi lain oikeat tulkinnat, myös niiden potentiaali vaikuttaa todellisuuteen. Tämä auttaa suuntaamaan huomiota hedelmällisiin aiheisiin. On esimerkiksi syytä keskittyä sopimuksiin, jotka ovat asianajajalle ja päämiehelle kannattavia, sillä kumpikaan ei sitoudu keinoihin tulospalkkioehtoihin.

⁴⁰ Peltonen 2017, s. 174.

⁴¹ Peltonen 2017, s. 175–176.

⁴² En myöskään käsittele, kuinka itsenäinen oikeudenala asianajajaoikeus on ja kuinka sen yleiset opit pitäisi rajata. Tästä keskustelusta ks. Fredman 2018, s. 37–40 ja 47–49.

⁴³ Määttä 2016, s. 64, 67–68.

Kirjoituksen rakenne on seuraavanlainen. Luku 2 syventyy kuluriskin käsitteeseen ja arvioi eräitä oikeuskirjallisuudessa esiteltyjä keinoja. Luvussa 3 esittelen asianajajien tulospalkkioita, joilla madalletaan prosessikynnystä esimerkiksi Yhdysvalloissa ja Englannissa. Suomessa laki ei kiellä tulospalkkioita, mutta niiden käyttö on vähäistä.⁴⁴ Euroopan komissio on suosituksessa⁴⁵ ottanut mielenkiintoisesti kantaa tulospalkkioihin *kollektiivisen lainkäytön tilanteissa*. Kollektiivisen lainkäytön keinoilla yhdistetään useita samankaltaisia vaateita samaan oikeudenkäyntimenettelyyn.⁴⁶ Suomessa tulospalkkioille on näissä tilanteissa tavallista enemmän tarvetta, mikä johtuu OAL:sta ja oikeusturvavakuutusehdoista. Toisaalta tulospalkkioiden vaarat kasvavat kollektiivisen lainkäytön kontekstissa. Näiden erojen vuoksi luku 4 käsittelee tulospalkkioita yksilöllisessä ja luku 5 kollektiivisessa lainkäytössä. Luku 6 sisältää johtopäätökset.

2 KULURISKI JA VAIKUTTAMISKEINOT

2.1 Kuluriskin käsite

Yleinen käsitys on, että korkea prosessikynnys koostuu paljolti oikeudenkäyntikuluriskistä.⁴⁷ Mutta mistä puhumme, kun puhumme kuluriskistä? Riskin käsitteelle ei liene erityistä määritelmää oikeuskielessä, toisin kuin esimerkiksi vakuutusalan kielessä tai rahoitusteoriassa.⁴⁸ Kotimaisessa riskienhallinnan tutkimuksessa lähdetään siitä, että arkikielessä ”sanaa ’riski’ käytetään kuvaamaan sitä vaaraa ja epätietoisuutta, joka liittyy onnettomuuden mahdollisuuteen”.⁴⁹ Riskin käsitteeseen liittyy sekä arkikielessä että teoriassa kolme aspektia: 1. Erilaiset lopputulokset ovat mahdollisia. 2. Eräät lopputulokset koetaan toivotuiksi tai epätoivotuiksi. 3. Epätoivottu

⁴⁴ Asianajajatutkimuksen 2017, s. 27 mukaan 86 % asianajajista ei käytä tulosperusteista laskutusta lainkaan.

⁴⁵ Komission suositus, annettu 11 päivänä kesäkuuta 2013, unionin lainsäädäntöön perustuvien oikeuksien loukkauksiin perustuvia kieltokanteita ja vahingonkorvausvaatimuksia koskeviin jäsenvaltioiden kollektiivisiin oikeussuojakeinoihin sovellettavista yhteisistä periaatteista. EUVL L 201/60. 26.7.2013. (Jatkossa Komission suositus 11.6.2013.)

⁴⁶ Ks. Komission tiedonanto Euroopan parlamentille, neuvostolle, Euroopan talous- ja sosiaalikomitealle ja alueiden komitealle ”Kohti kollektiivisia oikeussuojakeinoja koskevaa EU:n horisontaalista kehystä”. Strasbourg 11.6.2013 COM (2013) 401 final (jatkossa Komission tiedonanto 11.6.2013), kohta 1.2. Ks. myös Koulu 2017b, s. 11 av. 1.

⁴⁷ Ks. esim. Koulu 2017b, s. 16.

⁴⁸ Kuusela – Ollikainen 2005, s. 16–17; Kahra – Kuusela – Kanto, s. 78.

⁴⁹ Kuusela – Ollikainen 2005, s. 16. Lisäksi sanaa käytetään tämän vaaran hyväksyvistä päätöksistä. Sekavuuden välttämiseksi en kutsu päätöksiä riskeiksi.

vaihtoehto toteutuu tietyllä todennäköisyydellä.⁵⁰ Niin ikään ruotsalaisessa oikeustieteessä *Lindell* kirjoittaa prosessista riskinä ja tarkoittaa tällä vahingon tai haitan todennäköisyyttä tai mahdollisuutta.⁵¹

Ensi silmäyksellä riskin käsite vaikuttaa selvältä ja intuitiiviselta. Vaikutelma on illuusio, joka häviää, kun tarkastellaan riskin ja odotusarvon suhdetta sekä lopputuloksen ja *status quon* suhdetta.⁵² Valinnan odotusarvo merkitsee yksinkertaisesti sitä, että mahdollisten lopputulosten arvot kerrotaan todennäköisyyksillä ja tulot lasketaan yhteen.⁵³ On helppo havaita, että esimerkiksi lottokupongin tuoton odotusarvo alittaa kupongin hinnan. Tämän voisi vielä selittää jännityksen kaipuulla ja hyväntekeväisyydellä, mutta kyseessä ei ole suinkaan ainoa odotusarvolaskemia uhmaava käyttäytymismalli. Useimmat ihmiset valitsevat mieluummin varman voiton kuin odotusarvoltaan paremman uhkapelin, joka saattaa päättyä nollatulokseen. Pyy pivossa on parempi kuin kymmenen oksalla. Ilmiötä kutsutaan taloustieteessä *riskinkarttamiseksi*, ja sitä selitetään usein hyötyfunktiolla: tietyn rahasumman lisäys kasvattaa henkilölle tulevaa hyötyä sitä vähemmän, mitä enemmän rahaa hänellä jo on.⁵⁴

Riskien ymmärtämiseksi tulee pohtia myös sitä, mieltääkö henkilö lopputulokset voitoiksi vai tappioiksi (*gains or losses*). Ihmiset eivät hahmota lopputuloksia niinkään sellaisenaan, vaan suhteessa lähtökohtaan, joka yleensä on *status quo*. Päätöksentekoa koskevista teorioista empiirisesti vakuuttavin lienee *prospektiteoria*, joka voidaan tiivistää kolmeen väitteeseen: Kun valinta tehdään voiton tuottavien vaihtoehtojen välillä, riskinkarttaminen vallitsee. Kun valinta tehdään tappion tuottavien vaihtoehtojen välillä, riskihakaisuus vallitsee, eli määrältään varman tappion sijasta valitaan odotusarvoltaan huonompi uhkapeli. Kun vaihtoehtoista voi seurata niin voittoja, tappioita kuin nollatuloskin, korostuu tappion karttaminen (*loss aversion*).⁵⁵ Ihmiset ovat esimerkiksi valmiita tinkimään

⁵⁰ Paavola 2005, s. 193. Samansuuntaisesti Kuusela – Ollikainen 2005, s. 28.

⁵¹ Lindell 2003, s. 85.

⁵² Lisäksi eräät taloustieteilijät erottavat riskin epävarmuudesta. Tässä kielenkäytössä riskin alueella liikutaan vain, kun toimija tuntee kunkin vaihtoehdon objektiivisen todennäköisyyden; epävarmuuden alueella ollaan muulloin eli useimmissa arkielämän päätöksissä. Ks. Talley 2009, s. 759–760; 763–764. Erittelyn hyödyistä ei kuitenkaan ole yksimielisyyttä, ks. Sunstein 2009, s. 159–161. Pidän erittelyä tämän kirjoituksen kannalta tarpeettomana ja pitäydyn tavallisessa kielenkäytössä: riski merkitsee myös epävarmuutta ja todennäköisyyssarviot voivat olla subjektiivisia.

⁵³ Odotusarvosta käy esimerkiksi yhden nopan peli, jossa pariton silmäluuku tuottaa pelaajalle 10 euroa ja parillinen 0 euroa. Peliin ryhtymisen odotusarvo on $\frac{1}{2} \times 10 \text{ €} + \frac{1}{2} \times 0 \text{ €} = 5 \text{ €}$.

⁵⁴ Kahra – Kuusela – Kanto, s. 75–76.

⁵⁵ Tversky – Kahneman 1992, s. 316; Zamir – Ritov 2010, s. 253; Kahra – Kuusela – Kanto 2005, s. 77–78.

voiton odotusarvosta muuttaakseen kolmen lopputuloksen pelin kahden lopputuloksen peliksi (jossa voi seurata voitto tai nollatullos.)⁵⁶ Prospektiteorian valossa henkilö tekee päätöksiä yhdistelemällä subjektiivisia todennäköisyyksiä ja lopputuloksia kertolaskunomaisesti, tosin epätarkalla ja sanallisella tasolla.⁵⁷

Mitä annettavaa näillä lähitieteiden havainnoilla on oikeustieteelle? Ensinnäkin oikeuskieli voi rikastua ja täsmentyä: riskinkarttaminen, riskihakuisuus ja tappion karttaminen kuvaavat osuvasti tiettyjä käyttäytymismalleja, joten hyödynnän näitä termejä jatkossa. Sen sijaan en näe tarvetta pilkkoa tai hylätä termiä kuluriski. Esitöissä sillä kuvataan johdonmukaisesti *käyttäytymistä ohjaavaa vaaraa*, että intressinhaltija joutuu maksamaan omat ja vastapuolen oikeudenkäyntikulut.⁵⁸ Seuraan traditiota ja kirjoitan kuluriskistä.⁵⁹ Toiseksi havaintojen pohjalta käy selväksi, että kuluriski muodostuu *sekä taloudellisista realiteeteista että niiden psykologisesta hahmottamisesta*; kyse ei ole pelkistä odotusarvolaskelmista, muttei myöskään aaveiden näkemisestä. Tämä kannattaa muistaa, kun arvioidaan vaikuttamiskeinojen potentiaalia.

Nyt on syytä palata käytännön tasolle ja avata oikeudenkäyntikulujen käsitettä. Mitä kaikkia kulueriä siihen sisältyy, ja kuinka suuri mikin kuluerä yleensä on? Mihin siis kannattaa vaikuttaa, jos haluaa vaikuttaa oikeudenkäyntikuluihin?

Ensinnäkin jutun vireillepanija maksaa valtiolle oikeudenkäyntimaksun. MaksuL 2 §:n mukaan dispositiivisen riita-asian kantaja maksaa käräjäoikeudessa pääsääntöisesti 500 euroa, kuitenkin vähemmän esimerkiksi silloin, jos asia päättyy yksipuoliseen tuomioon. Oikeusavun saaja on maksuvelvollisuudesta vapaa MaksuL 7 §:n ja OAL 4 §:n nojalla. Voi kysyä, miten maksu vaikuttaa muihin intressinhaltijoihin, joiden vaade on pieni ja menestysnäkömät epävarma. Luultavasti 500 euron maksuerä ei vaikuta ratkaisevasti, koska muut kuluerät ovat paljon suurempia.⁶⁰

Muita oikeudenkäyntikuluja sanotaan asianosaiskuluiksi.⁶¹ Niitä ovat ensinnäkin asianosaisen oman asianajajan palkkio ja kustannuskorvaus.

⁵⁶ Zamir – Ritov 2010, s. 254, 268–271.

⁵⁷ Paavola 2005, s. 194.

⁵⁸ Ks. esim. HE 107/1998, s. 4: ”Jos oikeudenkäynnistä aiheutuvat kustannukset ja niihin liittyvät riskit ovat liian suuret, voi tämä johtaa siihen, että oikeudenkäyntiin ei uskalleta ryhtyä.”

⁵⁹ Ks. Kaisto 2005, s. 172: ”Lähtökohtana on kuitenkin se, että oikeustieteellinen käsitteistö on tarkoituksenmukaisella tavalla sopeutettava muuhun oikeudelliseen kielenkäyttöön.”

⁶⁰ HE 29/2015, s. 22. Ks. myös LaVM 2/2015, s. 3, jossa enemmistö piti lakiesitystä hyväksyttävänä ja tarkoituksenmukaisena. Vrt. sama, s. 21–23, jossa viisi kansanedustajaa esitti sen hylkäämistä.

⁶¹ HE 107/1998 vp, s. 3.

Kuluerä on käytännössä välttämätön, sillä maallikon on miltei mahdotonta ajaa riita-asiaa pätevästi omin avuin.⁶² Asianajopalkkiot ovat tavallisesti useita tuhansia euroja silloin, kun juttu etenee kärjäoikeuden pääkäsitteelyyn asti.⁶³ Prosessikynnystä madaltaa tältä osin oikeusturvavakuutus, joka kattaa asianosaisen omat kärjäoikeuskulut pienehkössä riita-asiassa. Se ei riitä silloin, jos asia on tavallista monimutkaisempi tai etenee hovioikeuteen. Vakuutusturvaa ei myöskään myönnetä kaikkiin yksityishenkilöille merkittäviin asioihin.⁶⁴

Asianosaiselle koituu kuluja myös niistä todistajista ja asiantuntijoista, jotka hän on nimennyt. OK 17:65:n mukaan todistajalla on oikeus kohtuulliseen korvaukseen tarpeellisista matka- ja toimeentulokustannuksista sekä taloudellisesta menetyksestä. Toki asianosainen voi maksaa todistajalle enemmänkin, jotta tämä varmasti vaivautuu oikeudenkäyntiin.⁶⁵ Silti todistajista koituu yleensä vain marginaalisia kustannuksia. OK 17:66:n mukaan asiantuntijalla on oikeus saada kohtuullinen palkkio työstään ja ajanhukasta sekä korvaus tarpeellisista kuluistaan. Useimmissa riitajutuissa ei käytetä asiantuntijoita; jos kuitenkin asianosainen nimeää asiantuntijan, kuluerä saattaa olla merkittävä.⁶⁶

Tuomioistuin voi OK 21 luvun mukaan tuomita asianosaisen korvaamaan vastapuolen oikeudenkäyntikuluja. Kuluerä on suuri, eikä oikeusturvavakuutus kata sitä juuri milloinkaan.⁶⁷ Määrää on vaikea ennakoida: vaikka kantajan ja vastaajan kulut ovat keskimäärin samaa suuruusluokkaa, yksittäisessä tapauksessa kulukorvaus voi olla paljon suurempi kuin häviäjän omat kulut.⁶⁸ Luvun 1 § ilmaisee dispositiivisen riita-asian pääsäännön: häviäjä korvaa kaikki vastapuolensa tarpeellisista toimenpiteistä johtuvat kohtuulliset oikeudenkäyntikulut. Luvun 8 §:ssä ja esitöissä tarkennetaan, että korvauskelpoisia ovat muun ohessa asianajopalkkio, oikeudenkäyntimaksu, todistajien ja asiantuntijoiden palkkiot sekä päämiehelle aiheutunut työ.⁶⁹ Luvussa on lukuisia tarkentavia säännöksiä ja poikkeussäännöksiä. Käytännössä esiintyy paljon erilaisia osavoittoja; tällöin tuomioistuin voi 3 §:n nojalla tuomita kulujen kuittauksen, osakorvauksen tai täyden kor-

⁶² Viitanen 2011, s. 57–59 ja Saarensola 2017, s. 55 puhuvat tosiasiallisesta lakimiespalkkosta.

⁶³ Ervasti 2009, s. 26 kuviot 16 ja 17, s. 44 taulukko 21, s. 45 taulukko 22.

⁶⁴ Ks. jäljempänä luku 4.1.2.

⁶⁵ Jokela 2015, s. 268–269.

⁶⁶ Viitanen 2011, s. 59.

⁶⁷ Lasola – Rissanen 2013, s. 13–14.

⁶⁸ Esimerkiksi tapauksissa HHO 25.6. 2013 1862 ja RHO 17.4.2015 214 tuomittu kulukorvaus oli yli kolminkertainen häviäjän omiin oikeudenkäyntikuluihin nähden.

⁶⁹ HE 191/1993 vp, s. 16. Ks. myös Jokela 2015, s. 393–403.

vauksen. Kulukorvausta voidaan kohtuullistaa eli lähinnä alentaa 8 a §:n (oikeudellinen epäselvyys) tai 8 b §:n (ilmeinen kohtuuttomuus) nojalla. Muilla OK 21 luvun säännöksillä on vähäinen vaikutus kulatoriskisiin.

Lyhyesti sanoen kulatoriski perustuu lähinnä kahteen isoon kuluerään: henkilön oman asianajajan palkkioon sekä vastapuolen asianajajan palkkioon, jonka hän voi joutua korvaamaan.⁷⁰ Riskiä voidaan kutistaa pienentämällä epätoivotun lopputuloksen vakavuutta tai todennäköisyyttä. Vakavuus vähenee, jos asianajopalkkiot yleisesti alentuvat tai jos kulukorvauksia ei tuomita täysimääräisinä. Todennäköisyys on sitä pienempi, mitä harvemmin asianosaisten tarvitsee maksaa oman tai vastapuolen asianajopalkkio. Keinot lieventää kulatoriskiä voidaankin luokitella keinoihin alentaa kustannustasoa, keinoihin tasata riskiä asianosaisten kesken, sekä keinoihin jakaa riskiä ulkopuolisille.⁷¹ Seuraavaksi arvioin lyhyesti eräitä keinoja *de lege lata*, nykyisen lainsäädännön vallitessa.

2.2 Mahdollisia vaikuttamiskeinoja

2.2.1 Kustannustason alentaminen

Kustannustasoa voidaan periaatteessa alentaa ainakin kehittämällä oikeudenkäyntimenettelyä tai tiukentamalla valvontalautakunnan palkkiokäytäntöä. Nopeampi menettely olisi myös halvempi. Nopeus tarkoittaa paitsi kirjelmien laatimisen, suullisen valmisteluistunnon ja pääkäsittelyn tuntimääriä, myös vaiheiden välisiä viivytyksiä. Jos eri vaiheiden välissä kuluu useita kuukausia, asianajajan täytyy perehtyä asiakirjoihin moneen kertaan.⁷² Viivytyksiin on vaikea puuttua lainitulkinnoilla, sillä kyse on lähinnä tuomioistuinten resursseista. Nopeammasta menettelystä on kirjoitettu koko 2000-luvun ajan; jos siihen olisi ongelmaton tehokeino, se olisi epäilemättä jo otettu käyttöön. Toki parantamisen varaakin on: Tehokas asianosaisvalmistelu vähentää ohipuhumista ja edistää riidan sopimista alkuvaiheessa, jolloin se ei ehkä ole kovin kärjistynyt. Käytännössä riitaa ei aina kunnolla yritetä ratkaista asianosaisvalmistelussa.⁷³ Jo tapaohjeiden kohta 7.1 vaatii, että ennen kanteen nostamista asianajaja

⁷⁰ Viitasen 2011, s. 60 mukaan yleensä yli 90 % oikeudenkäyntikuluista on asianajopalkkioita.

⁷¹ Tämä luokitus on toki vain yksi tapa havainnollistaa asiaa. Koulun 2017a, s. 26 mukaan oikeuksiin pääsy voidaan tehostaa alentamalla yleistä kustannustasoa, lisäämällä ulkopuolista rahoitusta tai jakamalla kustannukset mahdollisimman suurelle intressinhaltijoiden joukolle. Viimemainittu keino on muita erityisempi, sillä se edellyttää tällaisen joukon olemassaoloa.

⁷² Kilpiä 2016, s. 231.

⁷³ Hölttä 2016, s. 111–112; Virolainen 2006, s. 581.

ilmoittaa vaatimukset vastapuolelle ja varaa tilaisuuden ”sovinnolliseen selvittämiseen”.

Teknologinen kehitys luo mahdollisuuksia alentaa menettelykustannuksia. Asianosaisten, asianajajien ja todistajien matkakulut kutistuvat, jos he voivat osallistua valmisteluistuntoon tai pääkäsitteilyyn videoyhteyden välityksellä. Vuoden 2019 alusta lähtien tämä on ollut mahdollista asianosaisille ja asianajajille, jos he suostuvat ja tuomioistuim katsoo sen soveliaaksi (OK 5:15 d ja 12:8). On vielä liian aikaista sanoa, kuinka nopeasti käytäntö yleistyy. Istuntoja voivat nopeuttaa myös todisteiden sähköinen esittäminen sekä asiakirjojen näyttöjärjestelmä, jonka ansiosta jokaisen ruudulla näkyy sama sivu.⁷⁴ Seuraavan sukupolven juristit luultavasti hyödyntävät välineitä, joita nykyisin on vaikea kuvitella. Mutta lyhyellä aikavälillä teknologia tuskin nopeuttaa menettelyä merkittävästi: se muuttaa siviiliprosessia vähitellen ja epätasaisesti.⁷⁵

Prosessin kehittämisessä ei tietenkään voida maksimoida nopeutta ja halpuutta, koska kansalaisten täytyy kokea prosessi oikeudenmukaiseksi ja laadukkaaksi. Jos menettelyä halutaan nykyisellä teknologialla merkittävästi nopeuttaa, täytyisi rajoittaa voimakkaasti todistelua ja oikeudellista argumentointia. Tuomarit, asianajajat ja asianosaiset hahmottavat eri tavoin, mikä on tarpeellista todistelua. Tiukempi linja johtaisi siihen, että yhä useampi asianosainen kokisi prosessin epäoikeudenmukaiseksi.⁷⁶

Tarkastellaan seuraavaksi hyvää asianajajatapaa. Se on keskeinen säännöstö, jonka sisältö ilmenee lähinnä säädöksistä, Asianajajaliiton ohjeista ja valvontalautakunnan ratkaisukäytännöstä.⁷⁷ Tapaohjeiden kohdassa 5.12 määrätään: ”Asianajajan asiakkaaltaan maksettavaksi vaatiman palkkion on oltava kohtuullinen sekä säädösten ja asianajajaliiton ohjeiden mukainen.” Säädökset määräävät tarkasti palkkiosta vain oikeusapujutuissa, summaarisissa jutuissa ja huoneenvuokra-asioissa (OK 21: 8 c ja d). Muulloin sovelletaan liiton palkkio-ohjetta. Sen kohdan 1.1 mukaan palkkion tulee olla ”oikeassa suhteessa tehtävän laatuun ja sen vaatimaan työn määrään sekä muutoinkin kohtuullinen”. Kohdan 1.4 mukaan toimeksiantoon käytetyn ajan tulee olla kohtuullinen, kun veloitus on aikaperusteista. Arvioinnin lähtökohdana on ammattitaitoisen asianajajan normaali ajankäyttö, mutta asianajaja voi laskuttaa myös enemmästä ajankäytöstä, jos se on johtunut asiakkaan erityisestä vaatimuksesta.⁷⁸

⁷⁴ Susskind 2014, s. 103.

⁷⁵ Samoin Koulu 2017a, s. 29. Esimerkiksi siirtymä paperittomiin menettelyihin ei ole sujunut aivan toivotulla tavalla, ks. Kilpiä 2016, s. 238–239.

⁷⁶ Koulu 2017a, s. 29. Ks. myös Saarensola 2017, s. 142–143.

⁷⁷ Ylönen 2018, s. 294–298.

⁷⁸ Ylönen 2018, s. 550–552.

Ohjeet ovat yleisluonteisia, joten hyvän asianajajatavan tarkempaa sisältöä on etsittävä valvontalautakunnan käytännöstä. Se voi käsitellä palkkiota joko pelkästään palkkioriiita-asiana tai myös valvonta-asiana. Palkkioriiita-asiassa valvontalautakunta voi suosittaa asianajajaa alentamaan palkkiolaskua, kuten AAL 7 e §:ssä säädetään. Palkkioriiita-asian voi panna vireille vain asianajajan päämies tai muu asiakas. Jos alkuperäinen palkkiolasku on selvästi suositusta suurempi, asianajaja on laskuttanut kohtuuttoman paljon eli toiminut vastoin hyvää asianajajatapaa. Niinpä tämän jälkeen asianajajalle voidaan valvonta-asiassa antaa *kurinpidollinen sanktio*.⁷⁹ Niitä ovat AAL 7 §:n mukaan liitosta erottaminen, seuraamusmaksu, varoitus ja huomautus. Sanktion valinta riippuu sekä alennussuosituksen suhteellisesta suuruudesta että euromäärästä.⁸⁰ Tyypillisesti sanktio määrätään vain, jos palkkiota suositellaan alennettavaksi ainakin 30 prosenttia.⁸¹ Sanktio on jätetty määräämättä, kun alennussuositus on ollut vain 720 euroa (42 %).⁸²

Palkkioriiita-asiassa voidaan puuttua pienempään ylilaskutukseen kuin valvonta-asiassa. Suhteellisesti pienimmät alennukset ovat olleet kymmenisen prosenttia laskun määrästä, euromääräisesti pienimmät taas noin 500 euroa.⁸³ On sinänsä ymmärrettävää, että alennusta suositetaan vain tietyn marginaalin ylittyessä, sillä kunkin jutun kohtuullista palkkiota ei voida euron tarkkuudella määrittää. Päämiehen kannalta palkkioriiitamenettely on kevyt ja maksuton, mutta kärsii eräästä puutteesta: AAL 7 e §:n mukaan suositus ei ole täytäntöönpanokelpoinen. Asianajajaliitto ei myöskään käytä tehosteita tai uhkia, jotta asianajaja noudattaisi alennussuositusta. Valvontalautakunta on linjannut, että suosituksen noudattamatta jättäminen ei ole hyvän asianajajatavan vastaista.⁸⁴ Lain esitöissä on arvioitu, että suosituskin on asianajajan kannalta käytännössä lähes sitova.⁸⁵ Tuomioistuimien näet melko varmasti päättyisi samalle kannalle kuin valvontalautakunta, jos asianajaja vaatisi velkomuskanteessa alkuperäisen laskun mukaista määrää. Suosituksia noudatetaankin melko kattavasti.⁸⁶ Olisi ehkä perusteltua tulkita, että hyvä asianajajatapa vaatisi suosituksen noudattamista,⁸⁷ mutta

⁷⁹ Viitanen 2011, s. 255.

⁸⁰ Ylönen 2018, s. 401–402.

⁸¹ Viitanen 2011, s. 255.

⁸² Valvontalautakunnan 3. jaosto 31.8.2007 3 §.

⁸³ Tala – Pakarinen – Kyttä 2009, s. 47.

⁸⁴ Palkkioriiita-asian suosituksen noudattamisesta, Advokaatti 5/2007, s. 22. Tulkinta on vakiintunut, ks. Hyvää asianajajatapaa koskevien ohjeiden kommentaari, s. 32 ja Ylönen 2018, s. 194.

⁸⁵ HE 54/2004, s. 27.

⁸⁶ Tala – Pakarinen – Kyttä 2009, s. 82.

⁸⁷ Viitanen 2011, s. 244–245.

linjanmuutoksen vaikutus jäisi luultavasti pieneksi.

Tiivistetysti voidaan todeta, että valvontalautakunta on tärkeä asianajajakunnan kurinpitäjä. Se puuttuu yksittäisiin kohtuuttomiin laskuihin, mutta sillä ei ole valtuuksia eikä resursseja vaikuttaa laajemmin kustannustasoon. Palkkioritamenettely ei esimerkiksi käynnisty, jos päämies tyytyy laskuun, koska saa korvauksen vakuutuksesta tai vastapuolelta. Oikeuskirjallisuudessa onkin arvioitu, että ”asianajajien nykymuotoinen valvontajärjestelmä toimii parhaiten reaktiotapana etupäässä selkeisiin [...] epäasianmukaisuuksiin”.⁸⁸ *On epärealistinen ajatus alentaa yleistä kustannustasoa kehittämällä menettelyä tai asianajajatapaa.*

2.2.2 Kuluriskin tasaaminen asianosaisten kesken

Oikeudenkäymiskaaren 21 luvun pääsääntö on kulukorvaussääntö, jonka mukaan jutun voittanut asianosainen saa täyden korvauksen. Sääntö merkitsee huomattavaa kuluriskiä sille, joka ei pidä voittoa hyvin todennäköisenä. Voidaan siis ajatella, että riski lievenisi, jos tuomioistuin nykyistä useammin jättäisi kulukorvauksen tuomitsematta tai leikkaisi sen määrää. Tätä kutsutaan kuluriskin tasaamiseksi.⁸⁹ Kulukorvauksia koskeva linja siis vaikuttaa samalla lopputuloksen vakavuuteen ja todennäköisyyteen. Välillisesti se voi vaikuttaa myös yleiseen kustannustasoon, kuten luvussa 1.2 ilmeni. Jos asianosainen ei luota kulujensa täyteen korvaukseen, hänellä on heikompi kannustin satsata juttuun ja vahvempi syy valvoa asianajajansa laskutusta. Linjanmuutos voisi perustua joko nykyisten kulusääntöjen tulkintaan tai muuttamiseen. Kummastakin aiheesta on kirjoitettu runsaasti, mutta epävarmaa on, paljonko kulusäännöillä todella voidaan vaikuttaa.⁹⁰

Tarkastelen aluksi laintulkinnan potentiaalia. Sääntelyn päämäärät asettavat raamit OK 21 luvun tulkinnalle. Esitöissä täyttä korvausta perustellaan esimerkeillä:⁹¹ Voitokas kantaja on joutunut nostamaan kanteen saadakseen sen, mitä hänelle kuuluu aineellisen oikeuden mukaan. Voitokas vastaaja on joutunut puolustamaan aineellisia oikeuksiaan perusteetonta kannetta kohtaan. Esimerkeistä huomaa, että jos voittaja ei saisi täyttä korvausta, se vaikuttaisi hänen varallisuuteensa samoin kuin varallisuus oikeuden arvon aleneminen. Täysi korvaus vaikuttaa reilulta, koska sitä voi viime kädessä perustella omaisuuden suojalla (PL 15 §). Laajasti tunnustettu

⁸⁸ Tala – Pakarinen – Kyttä 2009, s. 83. Samansuuntaisesti Viitanen 2011, s. 274.

⁸⁹ HE 108/1997 vp, s. 1. Vrt. Saarensola 2017, s. 63.

⁹⁰ Saarensola 2017, s. 64 toteaa osuvasti, että kulusäännöt eivät ole viisasten kivi, jolla kustannustasoa voitaisiin alentaa. Ks. myös Jokela 2015, s. 391.

⁹¹ HE 191/1993 vp, s. 3.

päämäärä onkin, että voittaja tulisi saattaa siihen varallisuusasemaan, jossa hän olisi ollut ilman riitaa.⁹² Lisäksi täyttä korvausta on perusteltu häviäjän käyttäytymisen ohjaamisella: se on tarpeellinen sanktio, jonka ansiosta esimerkiksi velallinen täyttää velvoitteensa vapaaehtoisesti eikä turhaan rasita oikeuslaitosta.⁹³

Esimerkit ovat kuitenkin harhaanjohtavia, sillä ne koskevat selviä tapauksia, joissa toisen osapuolen kanta on perusteeton. Lukuisissa epäselvissä tapauksissa kulukorvauksen korjaava vaikutus ei olekaan kohtuullinen eikä ohjaava vaikutus olekaan tehokas. Täyden kulukorvauksen riskinäissä tapauksissa haittaa tuomioistuimeen pääsyä eli PL 21 §:n toteutumista. Nykyaikainen *prosessuaalinen oikeussuojanäkemys* edellyttääkin sitä, että kulukysymyksessä huomioidaan sekä voittajan että häviäjän oikeusturva.⁹⁴ Yhteenvetona voi todeta, että 1990-luvulla laaditut esityöt muodostavat kovin väljän tulkintakehikon, etenkin kun olosuhteet ovat sittemmin muuttuneet.

Oikeudenkäymiskaaren 21 luvun keskeisten säännösten tulkinta on varsin vakiintunut oikeuskäytännössä. 1 §:n mukainen täysi korvaus koskee tarpeellisista toimenpiteistä johtuvia kohtuullisia kuluja. Tuomioistuin arvioi, ”onko toimenpiteen suorittamisen ajankohtana ollut objektiivisesti arvioiden perusteltu syy pitää sitä aiheellisena”.⁹⁵ Mitä kulloinkin pidetään aiheellisena, riippuu asian laadusta, työläydestä, vaikeudesta sekä riidanalaisen intressin arvosta.⁹⁶ Koska laskutus perustuu käytännössä aikaveloitukseen, voidaan sanoa, että tuomioistuin harkitsee ensin tuntimäärän tarpeellisuutta ja sen jälkeen tuntiveloituksen kohtuullisuutta.

Korkein oikeus on muutamalla ennakkopäätöksellä valaissut, miten tuntimäärän tarpeellisuutta arvioidaan. Merkittävin lienee tapaus KKO 1997:195.⁹⁷ Palkkiota verrattiin ”vastaavanlaatuisten ja -laajuisten juttujen hoitamisesta yleensä veloitettuihin palkkioihin”. Valmisteluistuntojen määrän, todistajien määrän ja oikeuskysymysten laadun perusteella asia ei

⁹² Ks. esim. Saarensola 2017, s. 71. Analyttisesti aihetta käsittelee Rowe Jr. 1982, s. 657–659.

⁹³ Ekelöf – Bylund – Edelstam 2006, s. 280–282.

⁹⁴ Jokela 2015, s. 390–391. Saarensola 2017, s. 67, 70–72 hahmottaa asian niin, että korvausvelvollisuutta määrittävät useat periaatteet, joiden painoarvot vaihtelevat tilanteen mukaan.

⁹⁵ HE 107/1998 vp, s. 16.

⁹⁶ Ibid.

⁹⁷ Tapauksessa oli kyse OK 21:3.1 §:n toisen virkkeen mukaisesta vähämerkityksisestä osavoitosta, josta myös seuraa täysi korvaus. Aiheellisuuden ja kohtuullisuuden kriteerit olivat tuolloin luvun 8 §:ssä. Näistä varauksista huolimatta tapaus on edelleen tärkein ennakkopäätös asianajajan ajankäytöstä, ks. esim. Helsingin hovioikeuspiirin laatuhanke 2011, s. 36, 39.

merkittävästi poikennut tyypillisestä työsuheriidasta. Näistä syistä korkein oikeus leikkasi asianajopalkkiota lähes 40 prosenttia. Korkein oikeus on käyttänyt samanlaisia arviointikriteerejä myös esimerkiksi tapauksissa KKO 1997:26 ja KKO 2003:65. Laajuus ja vaikeus ovat tärkeimmät perusteet, kun taas intressin suuruus ei nähtävästi juuri vaikuta. Vaikka esimerkiksi tapauksessa KKO 2003:65 lapsen palauttaminen oli äidille tärkeä asia, se ei oikeuttanut palkkiota, joka ei vastannut vaadittua työmäärää. Oikeuskirjallisuudessa on käsitelty lukuisia tarpeellisen ajankäytön erityiskysymyksiä, joista ei ole ennakkopäätöksiä.⁹⁸

Korkein oikeus ei ole arvioinut kohtuullista tuntiveloitusta ennakkopäätöksensä. Oikeuspoliittinen keskustelu aiheesta ei koskaan päättyisi yksimielisyyteen; kuitenkin ennakoitavuus vaatii, että arvioinnin pohjaksi otetaan jokin objektiivinen mittari. Sellainen on *markkinoiden yleinen hintataso*.⁹⁹ Tosin *Lehtisen* mukaan tämä johtaa kierteseen, jossa yleinen taso nousee jatkuvasti, kun asianajajat pyrkivät maksimoimaan palkkionsa ja kun kuluvaatimukset hyväksytään liian helposti.¹⁰⁰ Kuten edellä ilmeni, asianajajien hintakilpailu toimii Suomessa vähintäänkin epätäydellisesti. Niinpä yleinen hintatasokin on epätäydellinen mittatikka kohtuullisuuden arviointiin, mutta parempaakaan ei ole. Sitä korkeampi tuntiveloitus voidaan korvata vain, jos se näkyy asianajon laadussa tai tehokkuudessa.¹⁰¹

Oikeudenkäymiskaaren 21:3:ää sovelletaan osavoittoihin, joita on kahta lajia: Oikeudenkäynnissä käsitellään useita vaatimuksia, joista osa tuomitaan toisen ja osa toisen osapuolen hyväksi. Tai sitten oikeudenkäynnin ainoa vaatimus hyväksytään määrältään osittain. Lähtökohtana on kuittausääntö, mutta myös osakorvaus ja täysi korvaus ovat mahdollisia. Osavoittotilanteet vaihtelevat niin paljon, että oikeuskäytännön pohjalta on vaikea lausua yleispäteviä johtopäätöksiä.¹⁰² Kulut voidaan kuitata, vaikka asianosainen häviäisi määrältään suurimman vaatimuksen, kuten esimerkiksi tapauksessa KKO 2002:71 tapahtui. Tämä on kulatoriskin lieventämiseksi perusteltua, sillä osaksi hävinneellä asianosaisella on usein ollut aihetta nostaa kanne tai vastustaa sitä.

Oikeudenkäymiskaaren 21:8a sallii kulukorvauksen leikkaamisen, kokonaan tai osittain, kun asia on ollut oikeudellisesti niin epäselvä, että asianosaisella on ollut perusteltu syy oikeudenkäyntiin. Esitöiden mukaan

⁹⁸ Helsingin hovioikeuspiirin laatuhanke 2011, s. 37–41 käsittelee mm. oikeustieteellisiä asiantuntijalausuntoja, kirjallisia lausumia ja usean asiamiehen käyttöä.

⁹⁹ Ks. esim. HE 107/1998, s. 16.

¹⁰⁰ Lehtinen 2014, s. 173–175.

¹⁰¹ Helsingin hovioikeuspiirin laatuhanke 2011, s. 41.

¹⁰² Helsingin hovioikeuspiirin laatuhanke 2011, s. 76–77.

kyseessä on poikkeussäännös, jonka soveltamiskynnys on ”suhteellisen korkea”.¹⁰³ Epäselvyys voi johtua ainakin uudesta ilmiöstä, vähäisestä tai ristiriitaisesta oikeuskäytännöstä taikka erisuuntaisten normien punninnasta. *Halijoen* mukaan epäselvässä asiassa ei ”asiantunteva henkilö oikeudellisen lähdemateriaalin perusteella voi varmuudella ennustaa asian lopputulosta”.¹⁰⁴ Sen sijaan 8 b §:ää sovelletaan, kun täysi korvaus olisi ilmeisen kohtuuton ottaen huomioon oikeudenkäyntiin johtaneet syyt, asianosaisten aseman ja asian merkityksen. Syillä on usein ratkaiseva merkitys: hävinneellä on täytynyt olla perusteltu aihe uskoa vaatimukseensa, näytön ja oikeusnormien valossa.¹⁰⁵ Kumpaakin pykälää sovelletaan käytännössä harvoin.¹⁰⁶ Ne eivät tosiasiallisesti lievennä riskiä, sillä intressinhaltija ei voi etukäteen luottaa siihen, että häviötapauksessa kulukorvausta kohtuullistetaan.¹⁰⁷

Oikeudenkäymiskaaren 21 luvun säännöksissä on sinänsä jonkin verran tulkinnanvaraa. *Kuitenkin tulkinnoilla voidaan madaltaa prosessikynnystä vain varsin vähän*. On vaikea kuvitella laintulkinnan muutosta, joka tulisi suuren yleisön tietoon ja muuttaisi sen käsitystä kuluriskistä. Sama koskee pieniä lainmuutoksia; niiden vaikutusta rajoittaisi myös se, että tuomioistuimien on käytännössä vaikeaa harkita kulukysymyksiä syvällisesti. Kulukysymys jää ”lapsipuolen asemaan”, kun asianajajat eivät ehdi tai välitä kunnolla arvioida toistensa kuluvaatimuksia, jotka esitetään pääkäsittelyn päätteeksi.¹⁰⁸ Tällöin myöskään tuomarin tarkkaavaisuus ei ole huipussaan, jolloin hän helposti soveltaa pääsääntöä mekaanisesti.¹⁰⁹ Oikeustieteilijät voivat esittää hienojakoisia tulkintasuosituksia tai lainmuutoksia, mutta niiden tosiasiallinen vaikutus voi olla pettymys. Kuluriskiä voitaisiin toki lieventää merkittävästi säätämällä yleinen kulukorvaustaulukko. Vielä kattavampi ratkaisu olisi, että taulukko määräisi myös päämiehen oman asianajajan palkkion.¹¹⁰ Tällaisia muutoksia ei ole näköpiirissä.

¹⁰³ HE 107/1998 vp, s. 19.

¹⁰⁴ Halijoki 2000, s. 225.

¹⁰⁵ Esimerkiksi ratkaisussa KKO 2004:23 työsuojeluviranomaisen neuvoa pidettiin perustelluna syynä. Saarensola 2017, s. 178–179 pitää kriteereinä subjektiivista vakuuttuneisuutta ja varteenotettavaa todistelua.

¹⁰⁶ *Ervasti* 2005, s. 108; *Kilpiä* 2016, s. 204.

¹⁰⁷ Tuomariliiton ehdotus 9.8.2017, s. 2. Ks. myös Saarensola 2017, s. 277, joka pitää soveltamiskynnystä tarpeettoman korkeana.

¹⁰⁸ Saarensola 2017, s. 269.

¹⁰⁹ *Kilpiä* 2016, s. 206.

¹¹⁰ *Viitanen* 2011, s. 404–408; *Jokela* 2015, s. 402. On kyseenalaista, tulisiko sopimusvapautta rajoittaa niin voimakkaasti.

2.2.3 Kuluriskin jakaminen

Jakamisella tarkoitan, että kustannuksia kantavat muut tahot kuin oikeudenkäynnin asianosaiset. Suomessa tätä tapahtuu jatkuvasti, kun oikeudenkäyntejä rahoitetaan oikeusturvavakuutuksilla¹¹¹ ja julkisella oikeusavulla. Järjestelmät täydentävät toisiaan: Jos henkilön oikeusturvavakuutus korvaa asian kuluja, siihen ei pääsääntöisesti saa oikeusapua (OAL 3 b). Oikeusapua voidaan kuitenkin myöntää oikeusturvavakuutuksen omavastuuosuuden kattamiseen tai kustannuksiin, jotka ylittävät vakuutuksen enimmäiskorvausmäärän. Näin tehdään harvoin.¹¹² Oikeusapu tai tavanomaiset oikeusturvavakuutukset eivät kata tuomittuja kulukorvauksia. Muutoinkin juristit ovat arvostelleet oikeusturvavakuutuksia riittämättömiksi ja oikeusapua suppeaan työskentelyyn kannustavaksi.¹¹³ Avokätisempää julkista oikeusapua ei ole odotettavissa. Vakuutusehdot taas muuttuvat, jos vakuutusyhtiö pitää sitä kannattavana; oikeustieteellä ei niihin linjauksiin vaikuteta.¹¹⁴

Oikeudenkäyntien ulkopuolinen yksityinen rahoitus on Suomessa varsin tuntematon ilmiö. Lainsäädäntö ei kuitenkaan aseta sille merkittäviä esteitä, joten se voi yleistyä tulevaisuudessa. Rahoitusta voidaan tarjota vastikkeen toivossa tai ilman. Vastikkeetonta rahoitusta voi saada vahvoilta toimijoilta, kuten kansalaisjärjestöiltä, taikka pieninä puroina joukkorahoituksena.¹¹⁵ Ammattijärjestöjä lukuun ottamatta Suomessa on niukasti vahvoja toimijoita, jotka haluavat lähteä oikeudenkäynnin ”pääsponsoriksi”; sen sijaan joukkorahoituksen potentiaali on merkittävä, sikäli kuin se voidaan organisoida lainmukaisesti.¹¹⁶ Kaupallista oikeudenkäyntien rahoitusta voivat tarjota rahoitusalan yritykset, jotka arvioivat menestysmahdollisuuksia, rahoittavat lupaavia juttuja ja ottavat sovittun siivun voitoista. Toiminta on yleistynyt lähinnä siellä, missä asianajajien tulospalkkiot ovat harvinaisia ja oikeusturvavakuutusten markkinat ovat kehittymättömät.¹¹⁷ Australiassa

¹¹¹ Toki vakuutusosittaja on maksanut vakuutusmaksuja vastikkeeksi, ennen kuin saa vakuutuskorvauksen. Oikeusturvavakuutuskin on tuote, jolla yhtiö tavoittelee voittoa. Mutta vakuutusosittajan saama oikeusturvaetu on yleensä moninkertainen verrattuna siihen, mitä hän on oikeusturvavakuutuksesta maksanut. Varsinaisia kustannusten kantajia ovatkin ne vakuutusosittajat, jotka suorittavat vakuutusmaksuja saamatta itse vakuutuskorvauksia (ainakaan samassa määrin).

¹¹² Lasola – Rissanen 2013, s. 43–46.

¹¹³ Edilex 5.6.2015: Asianajajaliitto ja Kuluttajaliitto: Oikeusturvavakuutukset johtavat harhaan; Lehtinen 2014, s. 422–429.

¹¹⁴ Samoin Turunen 2000, s. 611.

¹¹⁵ Koulu 2017a, s. 135–136 kutsuu ensin mainittua rahoitusmuotoa no-party-rahoitukseksi. Selvällä suomella sitä voisi kutsua vaikkapa (oikeudenkäynnin) sponsoroinniksi.

¹¹⁶ Koulu 2017a, s. 31–32, 133.

¹¹⁷ Hodges – Peysner – Nurse 2012, s. 38.

kaupallinen rahoitus on kasvanut merkittäväksi ilmiöksi; rahoittaja vastaa asianosaisen omista kuluista ja tuomituista kulukorvauksista, minkä vuoksi se valikoi jutut tarkoin ja käyttää oikeudenkäynnissä päätösvaltaa.¹¹⁸ Suomessakin on syytä tutkia joukkorahoitusta ja kaupallista rahoitusta keinoina madaltaa prosessikynnystä. Tällä hetkellä aiheista on kuitenkin hyvin niukasti oikeuslähteitä ja käytännön esimerkkejä. Tämä kirjoitus keskittyykin erilaiseen riskinjaon muotoon, asianajajien tulospalkkioihin.

3 TULOSPALKKIOIDEN PERUSASIAMAT

3.1 Käsite ja lajit

Tulospalkkio tarkoittaa tässä kirjoituksessa palkkiota, jonka saanti tai määrä riippuu toimeksiannon lopputuloksesta. Termi viittaa yläkäsitteeseen, joka kattaa hyvin erilaisia palkkiosopimuksia. Suomessa terminologia ei ole vakiintunut, vaan yläkäsitteestä on käytetty termejä tulospalkkio¹¹⁹, tulosperusteinen palkkio¹²⁰ ja voittopalkkio¹²¹. Tulospalkkio on tähän tarkoitukseen naseva, läpinäkyvä ja kyllin yleisluonteinen termi. Sen sijaan *ehdollinen palkkio* merkitsee tässä kirjoituksessa tulospalkkion lajia, jossa asianajaja jää kielteisessä tapauksessa kokonaan ilman palkkiota (*no win, no fee*).¹²²

Englanninkielisissä lähteissä käytetään termejä *contingent fee*¹²³ ja *contingency fee*¹²⁴. Ne kuvaavat, että palkkio riippuu sattumuksesta (*contingency*), joka voi sopimuksen laatimisen jälkeen tapahtua tai jäädä tapahtumatta. Ruotsissa ylätasoinen termi toimii *riskavtal*¹²⁵, joka kuvastaa asianajajan näkökulmaa; päämiehen kannaltahan riski on pienempi kuin tavallisesti.

Näköalojen avartamiseksi esittelen lyhyesti, millaisia tulospalkkion lajeja maailmalla käytetään. Voidaan sopia, että palkkio on tietty murto-osa siitä rahamäärästä, jonka päämies voittaa tuomiolla tai sovinnolla. Jos päämies

¹¹⁸ Hodges – Peysner – Nurse 2012, s. 48–55, 60.

¹¹⁹ Koulu 2017b, s. 117–118.

¹²⁰ Lehtinen 2014, s. 150–151. Viitanen, s. 350–352 kirjoittaa tulosperusteisesta veloituksesta.

¹²¹ Turunen 2000, s. 606 av. 2.

¹²² Samoin Turunen 2000, s. 606.

¹²³ Termillä on laaja, laajahko ja suppea merkitys. Laajassa se viittaa kaikkiin tulospalkkioihin, suppeassa merkityksessä vain voitto-osuuspalkkioon. Ks. Shajnfeld 2009/2010, s. 775 av. 3. Laajahkossa merkityksessä se viittaa ehdollisiin palkkioihin. Ks. Rowe Jr. 2003, s. 129 av. 17.

¹²⁴ Tämäkin tarkoittaa usein ehdollisia palkkioita. Ks. esim. Kritzer 2002, s. 745–747.

¹²⁵ Ks. esim. Vägledande regler om god advokatsed, 4.2.2.

ei saa mitään, asianajajakaan ei saa. Järjestelyä kutsutaan *voitto-osuuspalkkioksi* (*pactum de quota litis*).¹²⁶ Yhdysvalloissa sitä käytetään runsaasti esimerkiksi henkilövahinko- ja työsuhderiidoissa sekä yhä useammin myös kaupallisissa riidoissa.¹²⁷ Yleisin murto-osan suuruus on yksi kolmasosa.¹²⁸ Yhdysvalloissa asianajajat jäävät ilman palkkiota vain noin 10 prosentissa voitto-osuuspalkkiojutuista, koska he valikoivat huolellisesti, mitä tapauksia ajavat sillä palkkioperusteella.¹²⁹ Voitto-osuuspalkkiota käyttävä asianajaja ansaitsee tuntia kohti enemmän kuin aikaveloitusta käyttävä, mikä on tarkoituskin ja johtuu erilaisesta riskinjaosta.¹³⁰ Eron suuruusluokasta on liian vähän empiiristä tietoa.¹³¹ Perinteisessä muodossaan voitto-osuuspalkkio soveltuu vain kantajan ja hänen asianajajansa sopimukseksi, mutta nykyään sen muunnelmaa hyödynnetään usein myös vastaajapuolella. Käänteinen voitto-osuuspalkkio on murto-osa siitä rahamäärästä, jolla asianajaja onnistuu rajoittamaan päämiehensä tappiota.¹³² Eurooppalaisten asianajajien tapaohteet kieltävät voitto-osuuspalkkion,¹³³ mutta ne ovat sallittuja ja käytettyjä esimerkiksi Espanjassa ja Englannissa (*damages-based agreement, DBA*).¹³⁴

Englannissa käytetään toistakin tulospalkkion lajia nimeltä *conditional fee*. Se sallittiin asteittain 1990-luvulla, ja sitä on hyödynnetty muun muassa sadoissa tuhansissa henkilövahinkojutuissa, jotka olisivat luultavasti muutoin jääneet kuvitelmiksi.¹³⁵ Siinäkin palkkio on ehdollinen eli edellyttää myönteistä tulosta. Sen toteutuessa määrä koostuu työmäärän mukaisesta perusosasta ja korotusosuudesta.¹³⁶ Korotusosuus on sovittu prosenttiosuus perusosasta ja on sitä suurempi, mitä epätodennäköisempi voitto oli. Lähtökohtaisesti se lasketaankin jakamalla tappion todennäköisyys voiton todennäköisyydellä ja kertomalla tulos sadalla prosentilla.¹³⁷ Jos esimerkiksi tappion todennäköisyydeksi arvioidaan 1/3 ja voiton

¹²⁶ Koulu 2017a, s. 30.

¹²⁷ Richmond 2017, s. 916–918.

¹²⁸ Kritzer 2002, s. 759.

¹²⁹ Brickman 2003, s. 697–698, 734–735; Kritzer 2002, s. 766.

¹³⁰ Brickman 2003, s. 655–656. Arviossa on huomioitu myös jutut, joissa palkkio on 0 dollaria, ks. av. 3.

¹³¹ Shajnfeld 2009/2010, s. 777–778. Empiirisistä tutkimuksista ks. Kritzer 2002, s. 772; ja edellistä kritisoiva Brickman 2003, s. 676–684, 687–691, 704.

¹³² Richmond 2017, s. 985–987. Laskelman lähtökohtana voi olla kantajan korvausvaatimus tai, jos se on hillitön, erikseen sovittu realistisempi määrä.

¹³³ EYTO 3.3. Ohjeita noudatetaan rajat ylittävissä toimeksiannoissa.

¹³⁴ State of Collective Redress 2017, s. 919, 969.

¹³⁵ Slapper – Kelly 2011, s. 653–654.

¹³⁶ CLSA, s. 58.

¹³⁷ Turunen 2000, s. 606–607, 617.

todennäköisyydeksi 2/3, korotusosuus on 50 prosenttia perusosasta. Kun tappio on todennäköisempi kuin voitto, kaava tuottaa lopputulokseksi yli 100 prosenttia. Englannissa tätä ei sallita, vaan korotusosuus on enintään 100 prosenttia perusosasta.¹³⁸ Asianajajan todennäköisyysarvion pohjalta vakuutusyhtiö voi myöntää *kuluvastuuvakuutuksen*, joka suojaa päämiestä, jos hän häviää jutun ja joutuu vastuuseen vastapuolen kuluista.¹³⁹

Kolmas huomionarvoinen tulospalkkion laji on lisä- eli *bonuspalkkio* (*pactum de palmario*).¹⁴⁰ Asianajaja ja päämies sopivat ensinnäkin, että asianajaja saa tuloksesta riippumatta peruspalkkion, esimerkiksi tietyn tuntihinnan mukaan. Lisäksi he sopivat, että asianajaja saa voiton johdosta bonuksen, esimerkiksi kiinteän summan tai tuntihinnan korotuksen. Heidän tulee tarkasti määritellä, mikä katsotaan voitoksi.¹⁴¹ Järjestely laskee prosessikyynnystä silloin, kun peruspalkkio on pienempi kuin se, jonka asianajaja veloittaisi ilman bonussopimusta. Bonuspalkkio vaikuttaa asianajajan kannustimiin lievemmin kuin ehdollisen palkkion lajit. Se sallitaankin esimerkiksi Ranskassa, jossa voitto-osuuspalkkiot ovat lailla kiellettyjä.¹⁴² Lisäksi kekseliäät juristit ovat toki kehittäneet mitä erilaisimpia tulospalkkioiden muunnelmia.¹⁴³ Esimerkiksi Suomessa käytettiin 1990-luvulla velkomusjutuissa sopimuksia, joiden mukaan palkkion saaminen edellytti sekä voittoa että vastapuolen tuomitsemista kuluvastuuseen.¹⁴⁴

Juristiyhteisö on aiemmin suhtautunut kielteisesti tulospalkkioihin sielläkin, missä niitä nykyisin käytetään laajalti. Yhdysvalloissakin tulospalkkioiden käyttöä pidettiin ensin kunniantomana ja laittomana, pian välttämättömänä pahana, 1800-luvun puolimaista lähtien jopa kunniallisena.¹⁴⁵ Euroopassa tulospalkkiot ovat varsin huonossa maineessa ja mielletään osaksi ”amerikkalaista myrkkycocktailia”, joka väitetysti tukee kiristysluonteisia kanteita. Kuitenkin myrkyksen teho perustuu lähinnä rangaistusluonteisiin vahingonkorvauksiin, todistelun *discovery*-sääntöihin, kulujen kuittaussääntöön ja ryhmäkanteiden erityispiirteisiin.¹⁴⁶ Ennen kuin Englannissa sallittiin *conditional fee*, sopimukset ehdollisista palkkioista

¹³⁸ CFAO 2013 art. 3.

¹³⁹ Turunen 2000, s. 607; Slapper – Kelly 2011, s. 652.

¹⁴⁰ Viitanen 2011, s. 366–368; Koulu 2017b, s. 118.

¹⁴¹ Sama pätee conditional fee -sopimuksiin, mutta ei niinkään voitto-osuussopimuksiin.

¹⁴² State of Collective Redress 2017, s. 589.

¹⁴³ Ks. esim. Kritzer 2002, s. 759–760.

¹⁴⁴ Lehtinen 2014, s. 150–152. Käytäntö lakkasi, kun OK 21: 8 c §:n nojalla tuomioistuimet alkoivat määrätä kulukorvauksia taulukon mukaan.

¹⁴⁵ Shajnfeld 2009/2010, s. 775.

¹⁴⁶ Koulu 2017b, s. 116. Palaan asiaan luvussa 5.4.

olivat pätemättömiä – vuoteen 1967 saakka jopa rikollisia tekoja.¹⁴⁷ Silti käytännössä esiintyi epävirallisia ehdollisia palkkioita.¹⁴⁸ Myös monissa Manner-Euroopan maissa kieltoja on 2000-luvulla kumottu.¹⁴⁹ Näyttääkin siltä, että pitkällä aikavälillä tulospalkkiot yleistyvät ympäri Eurooppaa, sillä globalisaatio rapauttaa asianajajaetiikan perinteisiä yksityiskohtia.¹⁵⁰ Kuitenkaan voitto-osuuspalkkiosta ei ehkä tule vallitsevaa lajia Euroopassa.

Seuraavassa alaluvussa esittelen yleisellä tasolla, miksi tulospalkkioita käytetään. Myöhemmissä luvuissa taas käsitellään lähemmin eräitä ongelmia ja haittapuolia. Tässä välissä on hyvä selvittää, että kirjoitus ei yritä ajaa tulospalkkioiden yleistymistä eikä kieltämistä Suomessa. Tarkoitus on tarjota perusteita sen arvioimiseksi, onko jokin palkkiojärjestely hyvän asianajajataivan mukainen tai onko vastapuolen korvattava jokin kuluerä. Perusteita on hyödyllistä tuntea myös Suomessa, koska juristit kohtaavat toisinaan tulospalkkioita ja koska aihe voi nousta pinnalle oikeuspoliittisessa keskustelussa.

3.2 Tulospalkkioiden hyötyjä

Kansainvälisesti tulospalkkioita puoltaa ennen kaikkea oikeuden saataavuus (*access to justice*). Eräissä länsimaissa pienituloiset ihmiset eivät saa oikeusapua riita-asioihin, ja Suomessakin kuluriski on usein raskas keski- ja hyvätuloisille. Kaikenlaiset tulospalkkiot lieventävät riskiä ja madaltavat prosessikynnystä kahdella tavalla: *Tappion tullen se toimii vakuutuksen tavoin* eli kattaa päämiehen oman asianajopalkkion, kokonaan tai osittain. *Voitollisissa tapauksissa tulospalkkio toimii luoton tavoin* eli antaa päämiehelle maksuaikaa, kunnes korvaukset ovat hänen hallussaan.¹⁵¹ On helppo havaita, että ehdolliset palkkiot vaikuttavat vahvemmin kuin bonuspalkkiot. Vaikutus on suurimmillaan kuittaussäännön vallitessa, kun päämies ei joudu korvaamaan vastapuolen kuluja. Kun kokeessa luotiin tällainen asetelma, useimmat koehenkilöt valitsivat mieluummin voitto-osuuspalkkion kuin kiinteän palkkion, vaikka sen odotusarvo oli kaksi ja puoli kertaa niin suuri kuin kiinteä palkkio.¹⁵² Käyttäytymismalli

¹⁴⁷ Slapper – Kelly 2011, s. 652.

¹⁴⁸ White – Atkinson 2000, s. 119.

¹⁴⁹ Sacconi 2011, s. 624; Koulu 2017b, s. 115–117.

¹⁵⁰ Maurer – Thomas – DeBooth 1999, s. 329.

¹⁵¹ Vakuutus- ja luottovertauksista ks. Zamir – Ritov 2010, s. 246. Ks. myös Shajnfeld 2009/2010, s. 776: ”Such persons cannot afford the costs of litigation *unless and until* it is successful.” (Kursivointi tässä.)

¹⁵² Zamir – Ritov 2010, s. 267–268.

johtunee lähinnä tappion karttamisesta, tarkemmin sanoen halusta päästä peliin, jossa voi seurata vain voitto tai nollatulot.¹⁵³ Vaikutus ei liene näin dramaattinen kulukorvaussäännön vallitessa, kun kantaja voi tulospalkkiolla siirtää asianajajalleen ”vain” noin puolet kuluriskistä.

Mahdollinen kulukorvausvastuu onkin merkittävä prosessikynnyksen taustatekijä kaikkialla Euroopassa. Tulospalkkioiden käyttö ei vaikuta siihen suoraan, mutta saattaa edesauttaa suojautumiskeinojen kehitystä. Suomessa vakuutusyhtiöt eivät tarjoa kuluvastuuvakuutusta, jonka voisi ottaa riidan syntymisen jälkeen (*after-the-event-insurance, AEI*).¹⁵⁴ Tämä johtuu paljolti siitä, että vakuutusyhtiön on liian kallista selvittää luotettavasti menestysmahdollisuuksia. Mutta kun asianajaja on sopinut tulospalkkiosta, hän on arvioinut menestysmahdollisuudet oman etunsa vuoksi tarkoin: tämä arvio voi kelvata myös vakuutusyhtiölle.¹⁵⁵ Englannissa on nimenomaan yritetty kehittää *conditional fee* ja kuluvastuuvakuutus toimivaksi parivaljakoksi.¹⁵⁶

Tulospalkkioita käytetään paitsi prosessikynnyksen alentamiseksi, myös asianajajan motivoimiseksi. Kun hänellä on oma palkkio pelissä, hän tekee kaikkensa jutun voittamiseksi. Oikeustaloustiede tarjoaa mielenkiintoisen näkökannan asianajajan ja päämiehen suhteeseen. Se on eräänlainen *päämies-agenttisuhde*, jossa päämies edistää omia etujaan käyttämällä toista toimijaa eli agenttia.¹⁵⁷ Tällainen suhde vallitsee myös osakeyhtiön osakkeenomistajien ja johdon välillä samoista syistä: päämiehillä ei ole asiantuntemusta eikä aikaa päättää itse, *miten* yhtiön pitäisi toimia.¹⁵⁸ Suhde on ongelmallinen, jos agentti saavuttaa itselleen suurimman edun työtavalla, joka ei maksimoi päämiehen etua.¹⁵⁹ Tietenkin asianajaja välittää monesta muustakin asiasta kuin omasta lyhyen aikavälin edustaan, esimerkiksi etiikasta ja omasta maineestaan. Kuitenkin huolellisen arvioijan tulee huomioida taloudelliset kannustimet, koska jokainen ammattikunta sisältää monenlaisia yksilöitä ja koska päämiehen on vaikea havaita asianajajan

¹⁵³ Zamir – Ritov 2010, s. 270–271. Valinnat eivät näet juurikaan riippuneet koehenkilöiden vauraudesta tai summien suuruudesta. Myöskään asianajajan motivointi ei ollut merkittävä taustatekijä, koska valinnat olivat samankaltaisia silloinkin, kun ylijäämää ei mennyt asianajajalle.

¹⁵⁴ Turunen 2000, s. 607; Saarensola 2017, s. 63.

¹⁵⁵ Turunen 2000, s. 610. Tämä koskee lähinnä conditional fee -järjestelyä, sillä muissa tulospalkkiosopimuksissa ei ehkä nimenomaan määritellä todennäköisyyksiä.

¹⁵⁶ Ks. esim. White – Atkinson 2000, s. 119–121.

¹⁵⁷ Maurer – Thomas – DeBooth 1999, s. 280–281. Päämiehestä puhutaan siis taloustieteessä laajemmassa merkityksessä kuin asianajajaoikeudessa.

¹⁵⁸ Mähönen – Villa 2015, s. 195–196.

¹⁵⁹ Maurer – Thomas – DeBooth 1999, s. 280–281.

tehotonta toimintaa.¹⁶⁰ Osakeyhtiöissä on arkipäivää yhdenmukaistaa johdon ja osakkeenomistajien etuja kannustimilla, esimerkiksi palkitseamalla johtoa osakkeilla ja optioilla.¹⁶¹ Voitto-osuuspalkkio tyypillisesti yhdenmukaistaa päämiehen ja asianajajan etuja paremmin kuin tuntipalkkio tai kiinteä palkkio.¹⁶² Käsittelen myöhemmin erityistilanteita, joissa näin ei tapahdu.

Tulospalkkioita voidaan puoltaa myös sillä perusteella, että asianajaja toimii portinvartijana.¹⁶³ Hänellä on tavallista suurempi syy kieltäytyä laatimasta kannetta, jonka menestysmahdollisuudet olisivat vähäiset. Tämä argumentti ei ole Suomessa nykyisin kovin merkityksellinen, koska kulu-riski ehkäisee heikkojen kanteiden nostamista. Kuitenkin portinvartiointi toimisi tasapainottavana tekijänä, jos tulospalkkiot yleistyisivät Suomessa: heikkojen kanteiden tulvaa ei tulisi, vaikka päämiehen prosessikynnys madaltuisi.

4 TULOSPALKKIOT YKSILÖLLISESSÄ LAINKÄYTÖSSÄ

4.1 Tulospalkkioiden käyttöala

4.1.1 Yleistä

Nyt kun perusasiat on esitelty, on aika syventyä Suomen voimassaolevaan oikeuteen. Kuinka asianajajan on toimittava, jos päämies ehdottaa alkuneuvottelussa tulospalkkiota? Tässä luvussa oletan, että päämies ei kuulu oikeudenkäyntiä varten organisoituun joukkoon.¹⁶⁴ Ensin tarkastelen tulospalkkiosopimuksen hyväksyttävyyttä, sitten sopimuskySYMYSKYSIÄ ja lopuksi kulukorvaussäännösten soveltamista.

Tulospalkkioista ei ole erityislainsäädäntöä. Oikeusapujutussa lainsäädäntö kuitenkin estää niiden käytön: Asianajaja ei voi periä päämieheltä mitään muuta kuin mahdollisen omavastuuosuuden (OAL 17. 2 §). Asianajaja saa PalkkioA 6 §:n nojalla 110 euron tuntipalkkion, jota voidaan

¹⁶⁰ Shajnfeld 2009/2010, s. 777.

¹⁶¹ Mähönen – Villa 2015, s. 245–248.

¹⁶² Maurer – Thomas – DeBooth 1999, s. 293–295. Samoin kollektiivisesta lainkäytöstä Ulen 2011, s. 194.

¹⁶³ Shajnfeld 2009/2010, s. 776.

¹⁶⁴ Oletan myös, että toimeksiantoon ei liity yhteistyötä ulkomaisen asianajotoimiston kanssa. Ruotsissa on keskusteltu asianajajan asemasta rajat ylittävässä tapauksessa, jossa päämies käyttää ”pääurakoitsijana” ulkomaista toimistoa ja sopii tulospalkkiosta, joka sisältää myös ruotsalaisen ”aliurakoitsijan” palkkion. Ks. Bellander 2017, s. 222–224.

korottaa 8 §:n mukaisilla perusteilla. Omavastuuosuus on OAA 5 ja 7 §:ien määräämä prosenttiosuus PalkkioA:n mukaisesta palkkiosta. Koska OAL ja asetukset ovat pakottavaa lainsäädäntöä, niihin nähden ristiriitaiset sopimusehdot väistyvät.¹⁶⁵ Tyypilliset tulospalkkioehdot ovatkin tehottomia oikeusapujutuissa.¹⁶⁶ Kirjoituksesta ei pidä tehdä sellaista johtopäätöstä, että tulospalkkiot olisivat *de lege ferenda* hyvä vaihtoehto julkiselle oikeusavulle. Jos oikeudensaanti edellyttäisi monimutkaiseen sopimukseen sitoutumista, luultavasti oikeuksiaan hakisivat entistä harvemmin ne, jotka ovat heikossa yhteiskunnallisessa asemassa.

Maksullisessa toimeksiannossa tärkeimmät oikeuslähteet ovat Asianajajaliiton palkkio-ohje ja valvontakäytäntö. Tulospalkkiosopimus saattaa tietenkin olla sopimusoikeudellisesti pätemätön, mutta oletan, että asianajaja osaa laatia pätevän sopimuksen.¹⁶⁷ Hyvä asianajajatapa on ankarampi normijärjestelmä ja kieltää asianajajaa tekemästä monia sellaisiakin sopimuksia, jotka sinänsä ovat siviilioikeudellisesti päteviä. Tästäkin syystä asianajajaoikeudellinen näkökulma on keskeinen.

Palkkio-ohjeen kohdan 1.1 mukaan lähtökohtaiset palkkionmääräytymisperusteet ovat tehtävän laatu ja sen vaatima työn määrä. Eräässä erityiskohdassa (1.5) määrätään:

Jos on erityistä aihetta, voidaan palkkio sopia etukäteen määräsäksi siitä, mitä tehtävällä asiakkaalle saavutetaan (*pactum de quota litis*), tai tehdä sopimus erityisen hyvityksen maksamisesta asianajajalle siinä tapauksessa, että tarkoitettu tulos saavutetaan (*pactum de palmario*).

Kohdassa mainitaan kaksi olennaista tulospalkkioiden lajia: voitto-osuus-palkkio ja bonuspalkkio. Ohjeen laatijat joko eivät halunneet sallia muita lajeja tai eivät pitäneet tarpeellisena mainita niitä nimenomaisesti. Eri-laiselle kohtelulle on vaikea keksiä mitään asiaperustetta. Esimerkiksi *conditional fee* on kahden kohdassa mainitun palkkioperusteen yhdistelmä: kun voitto-osuus-palkkio ja bonuspalkkio sallitaan, sallittuja ovat ne ehdot, joista *conditional fee* koostuu.¹⁶⁸ Voidaan yleensäkin tulkita, että kohtaa

¹⁶⁵ Lehtinen 2014, s. 90–91.

¹⁶⁶ Sinänsä on mahdollista laatia tulospalkkiosopimus, jonka mukaan päämiehen ei tarvitse maksaa omavastuuosuutta häviötapauksessa. Aihe ei ole olennainen, koska ani harva asianajaja sopisi sellaista.

¹⁶⁷ Vanhan oikeuskäytännön perusteella asianajajien tulospalkkiosopimukset eivät ole itessään pätemättömiä. Ks. esim. KKO 1950 II 137; Ylänkö 1985, s. 61–62.

¹⁶⁸ Samoin Viitanen 2011, s. 356. Periaatteessa kahden sopimustyyppien ehtojen yhdistelystä voi toki syntyä sopimus, joka on jossain mielessä kumpaakin tyyppiä haitallisempi. En pysty näkemään, kuinka *conditional fee* olisi haitallisempi päämiehelle tai yhteiskunnalle kuin vaikkapa voitto-osuus-palkkio.

sovelletaan kaikkiin tulospalkkioiden lajeihin.¹⁶⁹ Erityisen aiheen vaatimus on joka tapauksessa niin joustava, että sen nojalla voidaan sallia ja kieltää erilaisia järjestelyjä tilanneherkällä tavalla.

Palkkio-ohjeen kohdan 1.5 kieliasusta päätellen *tulospalkkiosopimus on kielletty, jos erityistä aihetta ei ole*.¹⁷⁰ Tämä on tullut selväksi myös valvontalautakunnan käytännöstä, viimeksi täysistuntoratkaisusta 23.10.2017 2 §. Ratkaisu myös avaa erityisen aiheen käsitettä: Se tarkoittaa poikkeuksellista syytä, joka ei tavanomaisesti ole käsillä. Pelkästään päämiehen pyyntö tai vaatimus ei merkitse erityistä aihetta, vaan arviointi on objektiivista. Erityinen aihe liittyy päämiehen taloudellisiin ja henkilökohtaisiin olosuhteisiin ja on olemassa esimerkiksi, jos ”päämies on joutunut ilmeisen oikeudenloukkauksen kohteeksi, mutta asianajajan päämiehellä ei ole taloudellista mahdollisuutta ostaa asianajopalvelua tai saada julkisen oikeusavun tarjoamaa oikeusapua”.¹⁷¹ Ratkaisun tarkka selostaminen ei ole tässä kirjoituksessa tarpeen, sillä tapauksessa oli erikoislaatuisia piirteitä.¹⁷² Kuitenkin eräät yleisluonteiset perustelukohdat ansaitsevat huomiota.

4.1.2 Vakuutusehtojen merkitys

Milloin päämies jää ilman oikeusapua eikä kuitenkaan kykene ostamaan asianajopalvelua? OAL:n soveltamisalahan on niin laaja, että pienituloisen saa oikeusapua kaikenlaisiin riita-asioihin, kunhan se ei olisi selvästi tarkoituksetonta tai johtaisi oikeuden väärinkäyttöön (7 §). Lähes kaikilla keski- ja suurituloisilla kotitalouksilla taas on (yksityishenkilön) oikeusturvavakuutus.¹⁷³ Siltä osin kuin vakuutus kattaa asianajajan palkkion, tulospalkkiota ei tarvita päämiehen kuluriskin pienentämiseksi.¹⁷⁴ Jos tulospalkkiota tällöin käytettäisiin, se vain kutistaisi päämiehen voittoa jutun päättyessä myönteisesti. Päämies ei näet ehkä saisi niin suurta kulkorvausta, että se kattaisi asianajajan voitto-osuuden tai korotetun palkkion. Toisaalta voidaan kuvitella päämies, joka aidosti haluaa motivoida

¹⁶⁹ Samoin Turunen 2000, s. 611.

¹⁷⁰ Vertailun vuoksi Ruotsin asianajajaliiton tapaohjeissa määrätään voitto-osuuspalkkiosta selkeämmin: ”En advokat får inte med klienten ingå ett arvodesavtal som ger rätt till en kvotdel av uppdragets resultat, om inte särskilda skäl därtill föreligger.” (Vägledande regler om god advokatsed, 4.2.1)

¹⁷¹ Valvontalautakunnan täysistunto 23.10.2017 2 §, s. 3. (Sivunumero viittaa julkisen ratkaisuselosteen sivuihin.)

¹⁷² Kyse oli ns. tekijänoikeuskirjeistä. Asianajajan päämiehet olivat yrityksiä, tekijänoikeuden haltijoita, jotka vaativat vastapuolilta TekijäL:n 57 §:n mukaisia hyvityksiä ja korvauksia. Asianajaja sai varoituksen.

¹⁷³ Lasola – Rissanen 2013, s. 4–5.

¹⁷⁴ Samoin Turunen 2000, s. 616.

asianajajaa tulospalkkiolla pienentääkseen häviön todennäköisyyttä ja on valmis tinkimään voiton määrästä.¹⁷⁵ Valvontalautakunnan käytännön valossa tulospalkkion käyttöön ei kuitenkaan olisi objektiivisesti erityistä aihetta. Filosofisesti voidaan miettiä, kuinka vahvaa paternalismia linjaus edustaa. Lainopillisesti kuitenkin täytynee todeta, että *vakuutuksen kat- taessa asianajopalkkion tulospalkkio on hyvän asianajajatavan vastaista.*

Päämiehen oikeusturvavakuutus ei kuitenkaan aina kata asianajopalkkiota, sillä vakuutus on rajoitettu määrällisesti ja asiallisesti. Yleensä enimmäisvakuutusmäärä on 8500 euroa ja omavastuun suuruus 15 prosenttia, joten vakuutusyhtiö korvaa tyypillisesti 7225 euroa.¹⁷⁶ Joistakin jutuista asianajaja huomaa jo alkuneuvottelussa, että kantajan käräjäoikeuskulut tulisivat selvästi ylittämään 7000 euroa. Esimerkiksi käy kiinteistökauppariita. Onko tällöin erityistä aihetta sopia, että asianajopalkkio perustuu tulokseen siltä osin kuin vakuutusyhtiö ei maksa sitä? Oikeuden saatavuus puhuu myönteisen vastauksen puolesta. Toisaalta alkuneuvottelussa asianajaja ei tyypillisesti tiedä, onko asiassa syytä riidellä käräjätuomioon asti vai onko tyydyttävä sovinto mahdollinen. Vaikka vastapuoli olisi torjunut päämiehen itse tekemät sovintotarjoukset, se voi ottaa paljon vakavammin asianajajan laatiman ja kanneuhalla varustetun tarjouksen. Siksi asianajajan on syytä kalliissakin jutussa suhtautua tulospalkkioon varauksellisesti, joskaan ei kategorisen kielteisesti. Ainakin eräissä erityistilanteissa tiedetään jo alkuneuvottelussa, että asianajopalkkio tulee väistämättä ylittämään vakuutuskorvauksen. Vastapuolen historiasta saatetaan tietää, että se hylkää sovintotarjoukset ja ajaa riitansa ns. senaatin peräseinään asti. Ja jos päämies vaihtaa asianajajaa kesken prosessin, hän voi jo alkuneuvottelussa kertoa uudelle asianajajalle, että vakuutusyhtiö tulee korvaamaan kuluja enää vähän tai ei lainkaan.

Tässä vaiheessa ehkä herää kysymys, miksi tulospalkkiosta pitää sopia jo alkuneuvottelussa. Palkkio-ohjeen ilmausta ”etukäteen” voidaan kai tulkita väljemminkin. Kuitenkin on hyvä syy vaatia, että tulospalkkioehto lyödään lukkoon *ennen kuin asianajaja on yhteydessä vastapuoleen.* Asianajaja alkaa siitä lähtien saada jutusta yksityistä informaatiota, jota päämiehellä ei ole.¹⁷⁷ Yksityinen informaatio ja erityisasiantuntemus muodostavat yhdessä tiedollisen ylivoiman, jonka hyväksikäyttö palkkioehtojen muotoilussa on erittäin houkutteleva ajatus. Tilanne voidaan välttää edellyttämällä varhaista sopimista. Tämä asianajajaeettinen argumentti lienee vahvempi

¹⁷⁵ Koska tappion ja riskin karttaminen ovat yleisiä ilmiöitä, tällaisia haluja esiintyy. Tulospalkkioiden harvinaisuus johtuukin enemmän asianajajista kuin päämiesten intresseistä.

¹⁷⁶ Perustietoa oikeusturvavakuutuksista 2018, s. 5; Lasola – Rissanen 2013, s. 10.

¹⁷⁷ Ylänkö 1985, s. 63.

kuin argumentti, jonka mukaan myös tulospalkkion sopimisajasta pitää joustaa oikeuden saatavuuden nimissä.

Enimmäismäärän lisäksi merkittäviä ovat vakuutusehtojen asialliset rajoitukset. Melko usein korvauksen estää kahden vuoden sääntö:¹⁷⁸ Kun oikeusturvavakuutus on ollut voimassa alle kaksi vuotta, korvausta myönnetään vain, jos oikeusjuttu perustuu seikkoihin, jotka ovat syntyneet vakuutuksen voimassaoloaikana. Esimerkiksi asuntokauppariidassa oikeusturvavakuutuksesta ei ole apua, jos se ei ollut voimassa vielä asuntokaupan hetkellä. Voimassaoloajaksi luetaan se aika, jonka vakuutus on ollut yhtäjaksoisesti samanlaisena voimassa yhdessä tai useammassa vakuutusyhtiössä.¹⁷⁹ Muutaman päivänkin katkos johtaa korvauksen epäämiseen. Vakuutuksen piiriin eivät yleensä kuulu lapsiasiat tai puolisoiden varallisuussuhdeasiat.¹⁸⁰ Vakuutuksen ulkopuolelle jäävät myös vähäiset asiat, joissa päävaatimus tyypillisesti alittaa 500 euroa. Vähäisissä asioissa myöskään asianajajan tulospalkkiosta tuskin syntyy sopimusta, koska palkkio joko jäisi asianajajalle liian pieneksi tai söisi suhteettoman osan päämiehen voitosta.¹⁸¹

Yksityishenkilön oikeusturvavakuutus ei auta myöskään riidassa, joka liittyy työhön tai muuhun ansiotoimintaan. Esimerkiksi Osuuspankin vakuutusehdoissa tämä määritellään hyvin kattavasti riidaksi,

joka liittyy vakuutetun tai hänen kanssaan samassa taloudessa asuvan muun vakuutetun nykyiseen, aiempaan, tulevaan tai suunniteltuun työhön, ammatinharjoittamiseen, virkaan, toimeen, elinkeino- tai ansiotoimintaan, kaupallisen yrityksen osakkuuteen tai jäsenyyteen tällaisen yrityksen hallinnollisissa elimissä tai muuhun pää- tai sivutoimiseen toimintaan tulon hankkimiseksi.¹⁸²

Kun vakuutettu on vienyt tällaista ehtoa koskevan erimielisyyden vakuutuslautakuntaan, hän ei ole menestynyt. Esimerkiksi tapauksessa VKL 571/15 vakuutettu oli myynyt metsästään raakapuuta metsäyhtiölle ja sittemmin vaatinut yhtiöltä kanteella voittoa, joka oli jäänyt saamatta hintamanipulaation vuoksi. Vakuutuslautakunnassa vakuutettu korosti, että puun myynti perintömetsästä oli ollut sivutoimista ja epäjatkovaa toimintaa, johon hän

¹⁷⁸ Lasola – Rissanen 2013, s. 11.

¹⁷⁹ Perustietoa oikeusturvavakuutuksista 2018, s. 6.

¹⁸⁰ Lasola – Rissanen 2013, s. 14–15.

¹⁸¹ Sanottu koskee yksilöllistä lainkäyttöä. Kollektiivisen lainkäytön kontekstissa tilanne on toinen, kuten jäljempänä ilmenee. OAL 7 §:n nojalla myöskään oikeusapua ei myönnetä, jos asialla on hakijalle vähäinen merkitys.

¹⁸² OP Mittaturvan vakuutusehdot, s. 9, ehto 5, kohta 2).

oli ryhtynyt lähinnä metsänhoitosyistä. Vakuutuslautakunnan mukaan kyse oli ollut tulonhankkimistoiminnasta, koska vakuutettu oli myynyt puuta yli 360 000 euron arvosta ja vaatinut saamatta jäänyttä voittoa oikeusteitse. Lautakunta ei suositellut vakuutusyhtiön päätöksen muuttamista. Lautakunta on päätyneet samaan tulokseen myös silloin, kun oikeusjuttu on liittynyt tulonhankintaan vain välillisesti. Esimerkiksi tapauksessa VKL 349/11 vakuutettu oli nostanut moitekanteen Kennelliiton antamista varoituksesta ja koiranrekisteröintikiellosta. Vaikka tulonhankinta ei ollut riidan suoranainen kohde, riidan tulos vaikutti siihen huomattavasti, sillä koiranpennun hinta riippuu rekisteröinnistä.

Työhön liittyvässä riidassa prosessikynnystä voi madaltaa ammattiliiton apu tai ryhmäoikeusturvavakuutus. Jotkut ammattiliitot korvaavat ilman kattoa henkilön omat oikeudenkäyntikulut ja jopa tuomitut kulukorvaukset.¹⁸³ Liitot harkitsevat menestysmahdollisuuksien perusteella, mitä riitoja sponsorivat näin avokätisesti.¹⁸⁴ Toiset liitot neuvottelevat vakuutusyhtiön kanssa vakuutuksen, johon sisältyy erilaisia rajoituksia.¹⁸⁵ Työntekijän kulatoriski työsuheriidassa siis vaihtelee monen muuttujan mukaan: Onko hän liittynyt ammattiliittoon ennen riidan syntymistä? Millainen turva hänen alansa liitolla yleisesti on? Myöntääkö liitto tasokkainta oikeusapuaan juuri hänen riitaansa varten?

Äskeinen peruskartoitus paljasti joitakin oikeudensaannin katvealueita. Intressinhaltijan tulot ensinnäkin estävät julkisen oikeusavun. Toiseksi hän ei saa asianajajapalkkiota varten rahoitusta vakuutuksesta eikä ammattiliitolta. Näin käy esimerkiksi sivutoimista tulonhankintaa koskevissa asioissa, monissa työsuhteasioissa ja niissä kiinteistökauppariidoissa, joihin kahden vuoden sääntö soveltuu. Lisäksi joskus voidaan jo alkuneuvottelussa todeta, että vakuutus ei kattaisi läheskään kaikkia väistämättä syntyviä asianajokuluja. Näillä katvealueilla on usein objektiivisesti kohtuutonta edellyttää, että intressinhaltija sopisi tavanomaisesta tuntipalkkiosta. Tällöin on käsillä erityinen aihe käyttää tulospalkkiota.

4.1.3 Asianajajaeettisiä ongelmia

Vielä täytyy arvioida paria kysymystä, ennen kuin voidaan todeta tulospalkkiot eräissä tilanteissa sallituksi. Hävittääkö niiden käyttö riippumattomuuden, joka on asianajajakunnan perusarvo? Merkitseekö tulospalkkio vakavaa asianajajan ja päämiehen intressikonfliktia? Jos jompikumpi

¹⁸³ Kuluttajaliiton selvitys 2016, s. 4, 8.

¹⁸⁴ Ks. esim. <https://www.akt.fi/edunvalvonta/oikeusavustus/>

¹⁸⁵ Kuluttajaliiton selvitys 2016, s. 5–7.

vastaus on myönteinen, tulospalkkioille on asianajajaoikeudellinen kategorinen este.

Riippumattomuus vaatii ensinnäkin, että asianajaja on vapaa sidonnaisuuksista, jotka voivat haitata hänen ja päämiehen ehdotonta luottamusuhdetta. Asianajajalla ei myöskään saa olla sidonnaisuuksia, joiden vuoksi hän laiminlyö velvollisuutensa tuomioistuinta, vastapuolta tai ylipäänsä yhteiskuntaa kohtaan.¹⁸⁶ *Niemistön* mukaan tulospalkkioiden käyttö on vaikeasti yhteensovittavissa riippumattomuuden vaatimukseen ja voi johtaa suorastaan ”taloudellisen riippumattomuuden menetykseen”.¹⁸⁷ Ja jos riippumattomuus on menettänyt, asianajaja voi pyrkiä voittoon epärehellisillä menettelytavoilla. Toisaalta tulospalkkioiden vaikutusta ei pidä liioitella: Myös aikaveloitusta käyttävä asianajaja pyrkii utterasti voittoon. Hänkin tekee niin myös oman parhaansa vuoksi, sillä voittamalla juttuja hän saa enemmän, rahakkaampia ja maineikkaampia toimeksiantoja.¹⁸⁸ Riippumattomuus onkin vaarassa vasta silloin, jos jonkin jutun voitto-osuus tai bonus on merkittävä asianajajan liiketoiminnalle. Ruotsin Asianajajaliitto määrääkin asiasta osuvalla yleislausekkeella: tapaohjeiden kohdan 4.2.2 mukaan riskisopimus ei saa tarkoittaa, että asianajajan oma taloudellinen intressi tulee suhteettomaksi tai voi vaikuttaa kielteisesti asian hoitamiseen.

Tulospalkkioihin liittyy tietynlaisia intressikonfliktin mahdollisuuksia. Erityisesti voitto-osuuspalkkio lisää asianajajan liiallisen sovintohalun vaaraa. Jos asianajaja voi saavuttaa vähällä ajankäytöllä melko edullisen sovinnon ja suurella ajankäytöllä vielä edullisemmän tuomion, hän voi suositella päämiehelle tämän edun vastaista sovintoa.¹⁸⁹ Vaikka päämies sanoo viimeisen sanan, asianajaja voi usein ohjata hänen päätöstään neuvouillaan. Tämä ongelma ei ole merkittävä käytettäessä bonussopimusta tai *conditional fee* -sopimusta, joissa peruspalkkio määräytyy yleensä ajankäytön mukaan.¹⁹⁰ Sen sijaan näissä sopimuksissa asianajajalla on kannustin sanoa voiton todennäköisyyttä pienemmäksi kuin hän pitää sitä todellisuudessa: aliarviointi näet kasvattaa bonusta tai korotusosuutta. *Turusen* mukaan tämä ei kuitenkaan ole päämiehen kannalta heikompi kuin nykyinen tilanne, jossa aikaveloitus houkuttaa asianajajaa yliarvioimaan menestysmahdollisuuksia, jotta päämies päättäisi nostaa kanteen.¹⁹¹ *Jo-*

¹⁸⁶ *Niemistö* 2000, s. 568–569.

¹⁸⁷ *Niemistö* 2000, s. 575–576.

¹⁸⁸ Ks. myös *Turunen* 2000, s. 612.

¹⁸⁹ *Posner* 1998, s. 625; *Shajnfeld* 2009/2010, s. 797–798. Kotimaisesta kirjallisuudesta ks. *Ylönen* 2018, s. 553 av. 2. Uhkakuvan kritiikistä ks. *Faure – Fernhout – Philipsen* 2010, s. 37–39.

¹⁹⁰ *Turunen* 2000, s. 615.

¹⁹¹ *Turunen* 2000, s. 612.

kainen palkkioperuste ruokkiikin sille ominaisia intressikonflikteja; niitä ei voida kokonaan välttää päämies-agenttisuhteessa.

Tulospalkkiot eivät itsessään hävitä riippumattomuutta eivätkä merkitse nykyistä vakavampaa intressikonfliktia. Asianajajaeettiset vaarat eivät muodosta kategorista estettä, vaan luovat velvollisuuden pienentää vaaraa sopimusehdoilla. Ennen ehtoihin perehtymistä voidaan esittää vielä yksi rajoitus. Tulospalkkioon sitoutuminen vaatii huolellisempaa harkintaa kuin aikaveloituksesta sopiminen. Jos päämies on tavallista impulsiivisempi, heikkolahjaisempi, stressaantuneempi tai ahdistuneempi, tulospalkkion käyttö ei liene asianmukaista. Valvontalautakunta pitikin ratkaisussaan 13.6.2005 § 3–4 tulospalkkiota hyvän asianajajataivan vastaisena, kun päämies oli ollut ”avioeron sekä oman että lapsensa toimeentulon aiheuttaman huolen rasittama”.¹⁹²

4.2 Sopimuskysymyksiä

Millaisia ehtoja asianajajan tulee käyttää, jotta tulospalkkiosopimus on hyvän asianajajataivan mukainen? Kotimaiset oikeuslähteet ovat tältä osin epämääräiset, joten täsmällisiä linjanvetoja on vaikea tehdä. Eräitä arviointikriteerejä nousee esiin seuraamusargumenttien pohjalta. Keskityn kahteen tärkeään erityiskysymykseen: palkkion määrään sekä toimeksiannon ennenaikaiseen päättymiseen. Käytännössä tulospalkkiosopimuksessa tulee olla muitakin ehtoja ainakin korosta ja maksuaikataulusta. Bonuspalkkiosopimuksessa on tärkeää määritellä voittotilanne esimerkiksi niin, että voitossa päämiehelle myönnetään pääasiavaatimuksen johdosta vähintään 10 000 euroa sovinnolla tai tuomiolla.

Kiinnostavin ehto koskee palkkion määrää. Myös tulospalkkioon sovelletaan palkkio-ohjeen kohtaa 1.1, eli palkkion tulee olla oikeassa suhteessa tehtävän laatuun ja sen vaatimaan työn määrään ja muutoinkin kohtuullinen. Valvontalautakunta on siksi suositellut alennusta palkkioriiita-asiasa, jossa asianajaja oli laskuttanut pesänselvityksestä ja perinnönjaosta yhden prosentin 14 miljoonan kuolinpesän jakoarvosta.¹⁹³ Tapauksessa tulospalkkio oli määrältään kohtuuton, koska se ei vastannut työ määrää ja koska asianajaja ei ollut ottanut riskiä. Väljän muotoilun ”muutoinkin kohtuullinen” vuoksi voidaan huomioida se, että tulospalkkiosta sopinut asianajaja ottaa kantaakseen osan päämiehen kuluriskistä. Tämän tulee olla

¹⁹² Ratkaisua selostaa Lehtinen 2014, s. 150 av. 12. Asianajaja sai varoituksen.

¹⁹³ Valvontalautakunta 2. jaosto 15.6.2007 § 7. Täysistuntoratkaisussa 23.10.2017 § 2 myös palkkion määrä katsottiin kohtuuttomaksi. Tältä osin perusteluista on hankala tehdä yleisiä johtopäätöksiä.

merkittävä kriteeri etenkin käytettäessä ehdollisia palkkioita. Asianajajan kannalta vaarana ei ole pelkästään se, että päämiehen kanne hylätään: tuomittu rahamäärä saattaa jäädä pettymykseksi, tai tuomittua määrää voi olla mahdotonta periä vastapuolen heikon maksukyvyyn vuoksi.¹⁹⁴

Näin ollen tulospalkkio ei ole asianajajaoikeudellisesti kohtuuton pelkästään sen vuoksi, että se on suurempi kuin samankaltaisen jutun tavallinen palkkio. Arvioija astuu harhaan, jos hän ainoastaan vertaa tulospalkkiota määrään, joka syntyy tarpeellisen tuntimäärän ja tavallisen tuntiveloituksen kertolaskusta.¹⁹⁵ Tämä muistuttaisi väitettä, että pankin olisi kohtuutonta periä erisuuruisia korkoja riskitasoltaan erilaisista lainoista. Olisi epä johdonmukaista samaan aikaan kannattaa tulospalkkioita oikeuden saatavuuden nimissä ja kieltää asianajajia veloittamasta (tuntia kohden) korkeahkoja tulospalkkioita. Niin kuin pankki tarvitsee koron luottoriskien kattamiseen, tulospalkkioasianajaja tarvitsee voittojutusta verrattain korkean palkkion.¹⁹⁶ Palkkio-ohjeen kohtaa 1.1 voidaankin soveltaa tulospalkkioon niin, että palkkion määrä ei saa olla *riskinjakoon nähden kohtuuton eikä ilmeisessä epäsuhteessa* tehtävän laatuun ja sen vaatimaan työmäärään.

Seuraavaksi herää kysymys, arvioidaanko riskinottoa sopimishetken tietojen vai myöhempien tapahtumien valossa. Voiko tulospalkkio olla määrältään kohtuuton, jos jutun voittaminen oli yllättävän vaivatonta sellaisen seikan vuoksi, jota asianajaja ja päämies eivät sopimishetkellä tienneet? Jälkiviisasta arviointia *ex post facto* voidaan kritisoida seuraamusargumenteilla: jos asianajaja ei voi kunnolla laskea esimerkiksi sovitun bonuksen varaan, hän joko yleisesti kaihtaa tulospalkkiosopimuksia tai vaatii korkeampaa peruspalkkiota (kuin ympäristössä, jossa ei harjoiteta arviointia *ex post*).¹⁹⁷ Jälkiviisaudella torjutaan muutama ansioton rikastuminen ja pönkitetään tilannetta, joka on oikeuden saatavuuden kannalta jokseenkin epätydyttävä. Kuitenkin oikeusjärjestelmämme sallii *puuttumisen epäasianmukaiseen hyötymiseen*, joka lienee arvopohjainen yleinen periaate.¹⁹⁸ Esimerkiksi sopimuksen sovittelu olosuhteiden muututtua (OikTL 36 §) toimii usein tavalla, jota voi kritisoida jälkiviisaaksi – mutta joka on voimassaolevaa oikeutta. Näin ollen valvontalautakunnan on mahdollista arvioida riskinottoa ja kohtuullisuutta myös myöhempien tapahtumien valossa.¹⁹⁹ Mutta

¹⁹⁴ Shajnfeld 2009/2010, s. 788. Hän arvioi voitto-osuuspalkkioita ja mainitsee muitakin riskitekijöitä, kuten päämiehen hyväksymän epärationaalisen pienen sovinnon.

¹⁹⁵ Richmond 2017, s. 930–931. Ks. myös Shajnfeld 2009/2010, s. 787–788.

¹⁹⁶ Shajnfeld 2009/2010, s. 789. Ks. myös Posner 1998, s. 624.

¹⁹⁷ Shajnfeld 2009/2010, s. 790–792. Ks. myös Määttä 2016, s. 161–164.

¹⁹⁸ Karhu 2007, s. 185, 194–195.

¹⁹⁹ Myös Yhdysvalloissa tuomioistuimet arvioivat tulospalkkiosopimusten kohtuullisuutta *ex post facto*. Ks. Richmond 2017, s. 937–938.

mahdollisuutta pitää käyttää varoen.²⁰⁰

Määrää koskevilla sopimusehdoilla voidaan puuttua myös voitto-osuus-palkkion potentiaaliseen ongelmaan, asianajajan liialliseen sovintohaluun. Murto-osuus voidaan porrastaa esimerkiksi sen mukaan, missä vaiheessa asia ratkeaa. Jos päämiehelle kelpaava sovinto syntyy heti vaatimuskirjeen lähettämisen tai kanteen nostamisen jälkeen, sovittu osuus on vaikkapa 20 tai 25 prosenttia. Se on korkeampi, jos voitto saavutetaan myöhemmällä sovinnolla, tuomiolla tai vasta muutoksenhaulla.²⁰¹ Osuus voidaan porrastaa myös voiton euromääräisen suuruuden perusteella.²⁰² Tällaisilla ehdoilla voidaan pienentää intressikonfliktin vaaraa.

Voitto-osuussopimuksessa on myös tärkeää määrätä, mikä rahasumma tarkalleen katsotaan voitetuksi. Lasketaanko osuus tuomitusta määrästä vai siitä, mitä vastapuolelta tosiasiaassa kyetään tietyssä ajassa perimään? Kumpikin ratkaisu voi olla sopusoinnussa hyvän asianajajatavan kanssa. Entä lasketaanko osuus pääasiantarkaisusta vaiko sen ja kulukorvauksen summasta? Vaihtoehtoja voidaan kutsua netto- ja bruttotavoiksi. Päämiehelle jäävä summa on nettotavalla $PMN = (1 - o) \times R + k$ ja bruttotavalla $PMB = (1 - o) \times (R + k)$.²⁰³ Nettotapa on päämiehelle aina edullisempi erolla $o \times k$. Oletetaan yksinkertaisuuden vuoksi, että pääasiantarkaisussa tuomioistuimien kokonaan hyväksyy päämiehen vaatimuksen V , jolloin $R = V$. Nettotavalla päämiehelle jäävä summa on vaatimusta pienempi, kun $o \times V > k$ eli kun voitto-osuus ylittää kulukorvauksen. Bruttotavalla päämiehelle jäävä summa alittaa vaatimuksen, kun $o \times V > k \times (1 - o)$, eli siis useammin. (Epäyhtälön oikea puoli on aina pienempi kuin k , koska $o > 0$.)²⁰⁴

Käytettäessä voitto-osuuspalkkiota päämies pääseekin riittää edeltävään asemaan harvemmin brutto- kuin nettotavalla, paitsi jos hän voi saada suurempia kulukorvauksia vain vaatimalla enemmän. Todennäköisesti kulukorvaus ei kasva pelkän kuluvaatimuksen mukaan, koska tuomioistuimien harkitsee vaatimuksen kohtuullisuutta.²⁰⁵ Bruttotapaa voidaankin puolustaa lähinnä asianajajan motivoinnilla. Nettotapaa puoltavat päämiehen etu sekä välillisesti asianajajan velvollisuudet oikeuslaitosta ja vastapuolta

²⁰⁰ Tai oikeammin Turusen 2000, s. 617 sanoin ”erittäin varovaisesti”.

²⁰¹ Kritzer 2002, s. 759. Ks. myös Koulu 2017b, s. 117 av. 183.

²⁰² Silver 1999, s. 229.

²⁰³ Kaavoissa o merkitsee sovittua murto-osuutta $0 < o < 1$, R pääasiantarkaisun määrää $R > 0$ ja k kulukorvauksen määrää $k > 0$. Päämiehen ja asianajajan laatiessa sopimusta R ja k ovat vakioita ja o muuttuja.

²⁰⁴ Yksinkertaiset laskelmat menevät näin: $V > PMN$, kun $V > (1 - o) \times V + k$ eli $V > V - o \times V + k$ eli $o \times V > k$. Sen sijaan $V > PMB$, kun $V > (1 - o) \times (V + k)$ eli $V > V - o \times V + k - o \times k$ eli $o \times V > k \times (1 - o)$.

²⁰⁵ Käsittelem tätä seuraavassa alaluvussa.

kohtaan: jos voitto-osuuspalkkio riippuu myös kulukorvauksen määrästä, asianajajalle syntyy kannustin paisuttaa ja pitkittää riitaa. Onkin asianajajaeettisesti suositeltavaa, että voitto-osuus lasketaan vain pääasiantarkaisun määrästä.²⁰⁶

Toimeksianto voi päättyä ennenaikaisesti päämiehen tai asianajajan tahdosta. Ennenaikaisuus tarkoittaa tässä yhteydessä, että oikeusprosessi ei ole vielä päättynyt.²⁰⁷ Asianajaja voi tunnetusti luopua tehtävästä vain tapaohjeiden kohtien 5.8 – 5.9 mukaisilla perusteilla, kun taas päämies voi irtisanoa asianajajan mistä tahansa syystä tai ilman syytä.²⁰⁸ Jos toimeksianto päättyy ennen oikeusprosessin loppua, tulospalkkioehdoilta putoaa pohja pois, eikä niitä voida soveltaa. (Bonuspalkkiosopimuksesta jäänee voimaan ehto peruspalkkiosta.) Kuitenkin eräs poikkeus täytyy mainita: Asianajajan kuuluu saada voitto-osuus tai bonus alkuperäisten ehtojen mukaisesti, jos sen saanti oli käytännössä varmaa toimeksiannon päättyessä.²⁰⁹ Muutoinhan päämies voisi kiertää tulospalkkioehtoja irtisanomalla asianajajan juuri ennen tuomion antamista tai lainvoimaa, vaikka vastapuoli olisi esimerkiksi tunnustanut ratkaisevan oikeustositseikan.

Onkin syytä sopia erityisiä palkkioehtoja ennenaikaisen päättymisen varalta. Hyvää asianajajatapaa rikkoisi ehto, jonka mukaan asianajaja olisi ilman muuta oikeutettu voitto-osuuteen tai bonukseen, vaikka hänet irtisanottaisiin ennen lopputuloksen ratkeamista.²¹⁰ Sen sijaan voitto-osuusopimukseen voidaan kirjata, että jos toimeksianto päättyy ennenaikaisesti ja juttu myöhemmin tuottaa päämiehelle voittoa, asianajaja saa työmäärän mukaisen palkkion (*quantum meruit*).²¹¹ Työmäärään perustuvaa palkkiota ei tule myöntää lopputuloksesta riippumatta. Se vinouttaisi riskinjako ja koko sopimustasapainoa sekä, mikä tärkeintä, tuottaisi häviötä ennakkoivalle asianajajalle ”perverssin kannustimen” käyttäytyä tavalla, joka saisi päämiehen irtisanomaan hänet.²¹² Toinen ratkaisumalli olisi sopia,

²⁰⁶ Jos tuomarille esitetään kuluvaatimuksena monitulkinainen voitto-osuusopimus, hänen on syytä kysyä, tarkoittavatko sopimuspuolet netto- vai bruttotapaa.

²⁰⁷ Voidaan lähteä siitä, että lainvoimainen tuomio päättää prosessin ja ylimääräisen muutoksenhaun mahdollisuus jätetään huomiotta.

²⁰⁸ Ylönen 2018, s. 390.

²⁰⁹ Turunen 2000, s. 613–614. Yhdysvaltalaisesta *substantial performance* -opista ks. Richmond 2017, s. 1004–1005.

²¹⁰ Sopimusoikeuden periaatteidenkin mukaan positiivinen sopimusetu kuuluu sopimusrikkomuksen uhrille, eikä päämiehen irtisanomispäätös voi olla sopimusrikkomus. Ks. Hemmo – Hoppu 2018 luku 8 (väliotsikko Vahingon yleinen määrittely).

²¹¹ Richmond 2017, s. 998–1000; Shajnfeld 2009/2010, s. 795. Ks. myös Turunen 2000, s. 613. Sinänsä samaan tulokseen voitaisiin päätyä ilman sopimusehtoakin, perusteettoman edun palautuksen nojalla.

²¹² Shajnfeld 2009/2010, s. 796.

että asianajaja saa voitto-osuuden sijasta työmäärän mukaisen palkkion, jos toimeksianto päättyy ennenaikaisesti ilman asianajajan virhettä tai laiminlyöntiä. Tämä ehto lienee eettisesti esimerkillisempi, mutta johtaa työlämpiin jälkiselvittelyihin.

4.3 Tulospalkkiot ja kulukorvaussäännökset

Lakitekstistä, esitöistä tai KKO:n ennakkopäätöksistä ei selviä, kuinka tulospalkkio vaikuttaa OK 21 luvun säännösten soveltamiseen. Valvontalautakunta totesi ratkaisussaan 23.10.2017, että voitto-osuuspalkkio saattaa muodostua kohtuuttoman suureksi paitsi päämiehen, myös vastapuolen kannalta ”siinä tapauksessa, että palkkiosta vastaaminen jää tosiasiasa asianajajan päämiehen vastapuolen vastuulle”.²¹³ On mielenkiintoista, että valvontalautakunta huomioi tämän seikan arvioidessaan, oliko laskutus hyvän asianajajatavan mukaista. Lähtökohtaisesti vastapuolen oikeusturvasta huolehtii tuomioistuin, joka harkitsee kuluvaatimusten tarpeellisuutta ja kohtuullisuutta. Lausuma johtuikin luultavasti tapauksen erityispiirteistä.²¹⁴ Tämä luku tarkastelee lähinnä tilanteita, joissa vastaaja on lähtökohtaisesti vahvempi (työnantaja) tai suunnilleen yhtä vahva (kiinteistön myyjä) kuin tulospalkkiota käyttävä kantaja. Tällöin riittää, että hyvän asianajajatavan mukaisuutta arvioidaan päämiehen näkökulmasta, kuten olen edellä tehnyt.

Kuvitellaan ensin tapaus, jossa voitokas asianosainen on tehnyt bonus-sopimuksen tai *conditional fee* -sopimuksen. (Tässä alaluvussa tarkoitan korotusosuudella myös bonusta.) Tuomioistuin soveltaa kulukysymykseen pääsääntöä eli OK 21:1:ää – mutta miten? Palkkion perusosa ilmeisesti tuomitaan korvattavaksi, kunhan asianajaja on laskussa yksilöinyt ajankäyttönsä. Kysymys onkin ennen kaikkea korotusosan korvaamisesta. Oikeuskirjallisuudessa *Jokela* toteaa, että tulospalkkio koskee ”luonteensa (sopimuksen) mukaisesti vain sopijapuolten eli asianajajan ja hänen päämiehensä välistä suhdetta eikä vaikuta suoraan päämiehen vastapuolen korvausvelvollisuuteen kuluista”. Toki hän täsmentää, että ”sopimuksenkin mukainen palkkio voidaan määrätä vastapuolen korvattavaksi siltä osin kuin se tasoltaan ja kohtuullisuudeltaan vastaa” yleisten kriteerien mukaista

²¹³ Valvontalautakunnan täysistunto 23.10.2017 2 §, s. 2.

²¹⁴ Vastapuolet olivat kuluttajia, joille tekijänoikeusjuridiikka on varsin vierasta. Tämän vuoksi ja kun intressi oli pienehkö, vastapuolilla oli tavallistakin vahvempi syy välttää oikeudenkäyntejä ja taipua vaatimuksiin. Laskutuksen kohtuullisuus siis päättyi harvoin tuomioistuimen arvioitavaksi. Valvontalautakunnan täysistunto 23.10.2017 2 §, s. 5–6.

palkkiota.²¹⁵ Myös Viitasen mukaan ”lienee selvää”, että korotusosuus jää päämiehen maksettavaksi.²¹⁶ Heidän tulkintansa mukaan korotusosuus siis voi tulla korvattavaksi vain sattumalta, kun sekä peruspalkkio että pieni korotusosuus sisältyvät normaalitasoiseen kulukorvaukseen.²¹⁷

Turunen ottaa erilaisen kannan. Hänen mukaansa tulospalkkiot edistävät oikeudenkäynnin saavutettavuutta niin paljon, että korotusosuus tulee usein korvata. Hän perustelee kantaansa myös kulukorvaussäännösten tavoitteilla, siis korjaavalla ja ohjaavalla vaikutuksella. Tämän tulkinnan mukaan myös korotusosuus tulee korvata, jos tulospalkkiosopimus on ollut tarpeellinen, peruspalkkio noudattaa yleistä palkkiotasoa ja korotusosuus perustuu oikeaan riskiarvioon.²¹⁸

Tulkinta on mielenkiintoinen ja ansaitsee huolellisen tarkastelun. Sitä puoltavat argumentit ovat varteenotettavia, mutta niin ovat myös vastustavat argumentit. Tulkinta merkitsee, että jutun häviävä vastapuoli pääsääntöisesti maksaa muun ohessa oman asianajajansa palkkion, voittajan asianajajan peruspalkkion sekä korotusosuuden. Turunen myöntääkin ongelmaksi sen, että vastapuolen kuluvastuu voi olla jopa kolminkertainen suhteessa hänen oman asianajajansa palkkioon (jos korotusosuus on 100 %). Hänen mukaansa palkkioperusteesta tulee ripeästi ilmoittaa vastapuolelle, joka voi suojautua kuluriskiltä käyttämällä itse ehdollista palkkiota ja etsimällä markkinoilta kuluvastuuvakuutuksen.²¹⁹ Kuten edellä luvussa 3.2 ilmeni, Suomessa ei ole tarjolla kuluvastuuvakuutusta, jonka voisi ottaa riidan syntymisen jälkeen. Vastapuolen olisi myös perin vaikea löytää asianajajaa, joka sitoutuisi ehdolliseen palkkioon. Tämä johtuu paitsi yleisestä haluttomuudesta, myös mainitun tilanteen menestysnäkymistä. Jos esimerkiksi kantaja on sopinut tulospalkkiosta, tämä on vastaajan asianajajalle selvä merkki siitä, että kantajan asianajaja pitää voittoa todennäköisenä.

Jos korotusosuutta aletaan pitää korvattavana kuluna, tulospalkkiolla voidaan myös epäasiallisesti painostaa vastapuolta. Uhkana voidaan käyttää nykyistäkin suurempaa kuluvastuuta, jolta suojautumiseen markkinat kehittävät keinoja hitaasti, jos lainkaan. Vastapuoli olisi altis oikeudelliselle kiristämiselle. Vain jos vastapuoli voi luottaa normaaliin kulurisktiin, hän voi suhtautua oikeudenkäyntiin ja sovintoneuvotteluihin rationaalisesti, jutun meriittien mukaan. *Kohtuullisen kulukorvauksen tuleekin vastata*

²¹⁵ Jokela 2015, s. 400.

²¹⁶ Viitanen 2011, s. 362.

²¹⁷ Ruotsissa Bellander 2017, s. 240 on samalla kannalla.

²¹⁸ Turunen 2000, s. 617–618.

²¹⁹ Ibid.

*samankaltaisten juttujen normaalitasoa.*²²⁰ Kyse ei ole siitä, että tuomioistuimien pitäisi tulospalkkion käyttöä tarpeettomana tai moitittavana. Korotusosuuden korvattavuus vain olisi kohtuutonta etenkin nykyisiin riskinjakokeinoihin nähden.

Nähtävästi Turusen kanta perustuu olennaisesti seurausharkintaan, jonka mukaan laintulkinnan tulee edistää *conditional fee* -sopimusten käyttöä, koska niiden käyttö johtaa yleisesti suotuisiin tuloksiin. Vajaat 20 vuotta myöhemmin voimme harkita asiaa tarkemmin Englannin kokemusten valossa. Kun korotusosuus oli lain mukaan korvauskelpoinen kuluerä, syntyi niin sanottu kulusota (*Costs War*): Häviäjän vakuutusyhtiö vetosi usein siihen, että voittajan *conditional fee* -sopimus ei ollutkaan täysin lainmukainen ja tehokas.²²¹ Kaikenlainen riitely oikeudenkäyntikuluista oli yleistä ja kuormittavaa. *Conditional fee* on vähentänyt intressinhaltijoiden riskejä, mutta on myös edesauttanut huomattavaa kokonaiskulojen kasvua, jonka kustantavat vakuutusyhtiöiden asiakkaat.²²² Vuonna 2013 tuli voimaan lainmuutos, jonka mukaan korotusosuus ei ole enää korvauskelpoinen.²²³ Voidaan todeta ainakin, että on vaikea ja monimutkainen urakka saada ehdolliset palkkiot ja vakuutukset toimimaan toivotulla tavalla.²²⁴

Kuvitellaan seuraavaksi, että voitokas asianosainen on sopinut asianajajansa kanssa voitto-osuuspalkkiosta. Hänen kuluvaatimuksensa on yhtä suuri kuin sopimuksesta ilmenevä voitto-osuus. Vaatimuksen esittämisen hetkellä on ollut mahdollista, että hänelle ei koidu lainkaan asianajokuluja. Kuitenkin tuomioistuimien tietää, että hänelle koituu kuluja, kun se on harkinnut pääasian hänen edukseen ja alkaa ajatella hänen kulukorvaustaan.²²⁵ Tuomioistuimen on perusteltua punnita vaatimusta tavalliseen tapaan, eli lähtökohtaisesti arvioimalla tapauksen vaatima tarpeellinen tuntimäärä ja kertomalla se kohtuullisella tuntiveloituksella.²²⁶ OK 21:1:n sanamuodosta

²²⁰ Kohtuullisuutta siis arvioidaan eri tavoin päämiehen ja asianajajan suhteessa kuin suhteessa vastapuoleen. Tämä ei ole sinänsä erikoista, sillä samoin arvioidaan päämiehen vaatimia ylimääräisiä toimenpiteitä. Ensimmäisessä suhteessa korostuvat päämiehen tarpeet, jälkimmäisessä myös vastapuolen oikeusturva.

²²¹ Ayling 2013, s. 127; Zuckerman 2009, s. 436–437. Ongelman ytimenä Zuckerman toki pitää aikaveloitusta ja kulukorvaussääntöä.

²²² Zuckerman 2009, s. 435–436.

²²³ CLSA, s. 58A(6). Ks. myös Ayling 2013, s. 128.

²²⁴ Aika näyttää, oliko kyse enemmänkin uudistuksen lastentaudeista kuin syvemmistä ongelmista. Ks. myös Bellander 2017, s. 251–252.

²²⁵ Jos voitto-osuuspalkkiosta sopinut häviää pääasian, hänelle ei pidä tuomita kulukorvausta edes silloin, kun voittaja on syyllistynyt OK 21:5:n mukaiseen menettelyyn. Ks. Bellander 2017, s. 241. Mahdollisuus on toki teoreettinen.

²²⁶ Samoin Koulu 2017b, s. 120, joka puhuu ”fiktiivisestä keskivertopalkkiosta”. Ks. myös Jokela 2015, s. 400, jonka yllä mainittu lausuma koskee myös voitto-osuuspalkkiota.

tai esitöistä ei ilmene, että voittajan oikeus kulukorvaukseen riippuisi hänen käyttämästään palkkioperusteesta; yleensäkin on vaikea nähdä, miksi voittajaa tulisi kohdella heikommin vain harvinaisen palkkioperusteen vuoksi.²²⁷ Toisaalta tuomarin ei pidä hyväksyä sopimuksesta johtuvaa kuluvaatimusta noin vain, vertaamalla sitä jutun vaatimaan työmäärään. Tätä perustelen sillä, mitä olen edellisissä kappaleissa kirjoittanut vastapuolen oikeusturvasta.

Maailmalla on saatu kokemuksia voitto-osuuspalkkioiden ja kulukorvausten rinnakkaiselosta.²²⁸ Vaikka Yhdysvalloissa kuittaussääntö on pääsääntö, kulukorvauksia on vuosikymmenten ajan tuomittu monenlaisten poikkeussäännösten nojalla.²²⁹ Tällöin liittovaltion tuomioistuimet yleensä määräävät kulukorvauksen lähinnä kohtuullisen ajankäytön perusteella, olipa päämiehen ja asianajajan sopima palkkioperuste mikä hyvänsä.²³⁰ Englannissa sallittiin vuonna 2013 tarkoin säännelty voitto-osuuspalkkio (*damages-based agreement, DBA*). Ensimmäisessä oikeusasteessa se saa olla enintään 25 prosenttia päämiehelle lopulta maksetusta määrästä, johon ei lasketa kulukorvausta. Tuomioistuin arvioi kulukorvauksen määrän normaalien kriteerien mukaan välittämättä voittajan voitto-osuussopimuksesta, paitsi että voittaja ei tietenkään saa suurempaa korvausta kuin maksaa asianajajalleen.²³¹

Lyhyesti sanoen OK 21 luvun soveltaminen tulospalkkioon yksilöllisessä lainkäytössä ei tyypillisesti olisi kovin kiperää. Näissäkin tapauksissa tärkeää on, että tuomari todella harkitsee kuluvaatimuksen kohtuullisuutta eikä hyväksy sitä mekaanisesti. Toisaalta moni korostaa päämiehen oikeutta täyteen korvaukseen ja voi nähdä vakavan uhkakuvan, että tulospalkkioita käytettäessä kuluvaatimuksia leikattaisiin tavallista enemmän. Argumentti kuitenkin sisältää kaksikin aukkoa. Tulospalkkiota käytetään silloin, kun todennäköinen vaihtoehto on intressinhaltijan passiivisuus prosessikynnyksen edessä. Rahallisesti epätäydellinen oikeussuoja on parempi kuin oikeussuojan estyminen. Toiseksi vaikuttaa siltä, että voittotapauksessa tavalliset suomalaiset kulukorvaukset usein kattaisivat esimerkiksi yhden

²²⁷ Toki myös tulospalkkiotoimeksiannossa asianajajan kannattaa pitää kirjaa ajankäytöstään ja esittää siitä selvitys tuomarille, jolloin tämän on helpompi pitää palkkiovaatimusta kohtuullisena.

²²⁸ ”Contingent fee agreements and statutory fee awards comfortably coexist.” Richmond 2017, s. 971.

²²⁹ Maryland Access to Justice Commission 2011, s. 41–43.

²³⁰ Maryland Access to Justice Commission 2011, s. 54–56. Kohtuullisen tuntimäärän ja tuntiveloituksen kertolaskua kutsutaan kuvakielisellä nimellä ”lodestar approach” (johtotähtimetodi). Toisaalta koko tulosperusteisen palkkion korvaamista on puollettu esimerkiksi silloin, kun kanteesta on julkista etua. Ks. Rowe Jr. 1982, s. 674–676.

²³¹ CPR 44.18; DBAR 2013 r.4. Ks. myös Ayling 2013, s. 129.

kolmasosan voitto-osuuspalkkion.²³² Mediaanikulukorvauksen ja intressin mediaanin suhde näet on jo nykyisin noin 35 prosenttia.²³³ Samasta syystä on liioiteltua pelätä, että tulospalkkiot väistämättä kasvattaisivat kulukorvauksia.

5 TULOSPALKKIOT KOLLEKTIIVISESSA LAINKÄYTÖSSÄ

5.1 Kollektiivisen lainkäytön perusasiat

Kollektiivista lainkäyttöä voi luonnehtia valikoimaksi keinoja, joilla yritetään toteuttaa intressinhaltijoiden yhteinen pääsy oikeuksiin.²³⁴ Tällainen kollektiivinen oikeussuoja (*collective redress*)²³⁵ toteutuu, kun ”suuri joukko samanlaisessa asemassa olevia oikeudenhaltijoita saa yhdellä kertaa ja yksillä kustannuksilla oikeussuojaa intresseilleen.”²³⁶ Nämä Koulun luonnehdinnat kuvaavat intressinhaltijoiden näkökulmaa. Vastapuolen näkökulmasta kollektiivinen lainkäyttö merkitsee joukkovoiman kohtaan yhdessä yksityisoikeudellisessa riidassa. EU-komission tiedonanto tarkastelee ilmiötä yleisemmästä näkökulmasta: ”Kollektiiviset oikeussuojakeinot ovat prosessioikeudellinen järjestely, jonka ansiosta menettelyjä voidaan keventää ja/tai täytäntöönpanoa tehostaa yhdistämällä useita samankaltaisia oikeusvaateita samaan oikeudenkäyntimenettelyyn.”²³⁷ Komission suositus sisältää koukeroisen määritelmän, jossa eritellään kielto- ja korvausvaatimukset.²³⁸ Tämä kirjoitus keskittyy vahingonkorvauksia koskevaan kollektiivilainkäyttöön, sillä siinä tulospalkkioilla on potentiaalia. Samasta syystä kirjoitus ei käsittele kollektiivisia vaihtoehtoisia riidanratkaisumenettelyjä, vaikka nekin ovat sinänsä tärkeitä.

Kollektiivisen lainkäytön tarve on helppo ymmärtää. Yhteistyö tuottaa intressinhaltijoille huomattavia mittakaavaetuja, kun he voivat jakaa kes-

²³² Oletan, että osuus lasketaan nettotavalla, kuten on suositeltavaa.

²³³ Ks. luku 1.2 edellä.

²³⁴ Koulun 2017b, s. 11 av. 1.

²³⁵ Termi *collective redress* omaksuttiin EU:ssa vuoden 2008 tienoilla, koska termi *class action* yhdistetään yhdysvaltalaiseen ryhmäkanteeseen, jolla on huono maine Euroopassa. Ks. Hodges 2014, s. 72; Tzankova 2016, s. 118 av. 3.

²³⁶ Koulun 2017a, s. 16. (Kursivointi tässä.)

²³⁷ Komission tiedonanto 11.6.2013, kohta 1.2.

²³⁸ Komission suositus 11.6.2013, kohta 3. a). Koska suositus ei ole sitova oikeuslähde, kyseessä ei ole mikään merkittävä legalimääritelmä.

kenään kustannukset ja häviöön liittyvän kulukorvausriskin. Kustannuksia voidaan jakaa erityisesti käyttämällä yhteistä asianajajaa ja todistusaineistoa sekä pyrkimällä vaateiden yhteiskäsittelyyn. Sovintoneuvottelussa kollektiiviin kuuluva intressinhaltija on vahvemmassa asemassa kuin yksinäinen intressinhaltija, joka todennäköisesti ei ryhdy pitkään oikeusprosessiin eikä siis merkitse vastapuolelle uskottavaa uhkaa.²³⁹ Joukko myös tarjoaa intressinhaltijalle vertaistukea ja siten lievittää oikeudenkäynnin henkistä räsitystä.²⁴⁰ Kaikki nämä tekijät madaltavat prosessikynnystä.²⁴¹

Kollektiivisesta lainkäytöstä voi olla hyötyä monenlaisten korvausvaateiden ajamisessa. Suosituksen johdannossa mainitaan olennaisiksi aloiksi muun muassa kuluttajansuoja, kilpailuoikeus ja ympäristönsuojelu.²⁴² Suomessakin on nähty esimerkkejä kollektiivisen lainkäytön mahdollisuuksista ja vaikeuksista näillä aloilla. Kun Nokian renkaiden testihuijaus tuli julki, noin kolmesataa ostajaa vaati hinnanalennusta käyttäen samaa lakiasiantuimistoa.²⁴³ He harkitsivat ensin kanteiden nostamista, mutta päättivät sitten viedä asian kuluttajariitalautakuntaan, joka ei suositellut korvauksia.²⁴⁴ Niin sanotussa puukartellijutussa metsänmyyjät vaativat yli 1500 kanteella kilpailuoikeudellisia vahingonkorvauksia kolmelta metsäyhtiöltä, jotka olivat syyllistyneet ostokartelliin. Myyjät järjestäytyivät Internetin avulla ja hyödynsivät yhteistä asianajajaa.²⁴⁵ Niin sanotussa Talvivaara-tapauksessa alun perin 142 asianomistajaa vaati rikosasian yhteydessä vahingonkorvauksia ympäristön turmelemisesta. Kun käräjäoikeus päätti ROL 3:3:n nojalla käsitellä korvausvaatimukset erikseen riita-asian järjestyksessä, lukuisat asianomistajat peruivat vaatimuksensa kasvaneen kuluriskin vuoksi.²⁴⁶ Osa asianomistajista valitsi tuomioistuinsovittelun, ja vain noin 30 jatkoi kanteiden ajamista.²⁴⁷

Kotimaiset esimerkit havainnollistavat *massavahinkotilanteiden* laajaa kirjoa. Suosituksessa massavahinkotilanteet määritelläänkin seuraavasti:

²³⁹ Oikeustaloustieteen näkökulmasta ks. Silver 1999, s. 202. Ks. myös Saraceno 2008, s. 14–15.

²⁴⁰ Koulu 2017b, s. 18–20.

²⁴¹ Kollektiivista lainkäyttöä perustellaan toki muillakin syillä, kuten lainvastaisten käytäntöjen lopettamisella ja ennaltaehkäisyllä. Ks. Komission suositus 11.6.2013, kohta 1. Ks. myös Saraceno 2008, s. 2–4.

²⁴² Komission suositus 11.6.2013, johdantokappale (7).

²⁴³ Talouselämä 2.6.2016: Nokian renkaiden korvausvaatimukset kuihtuivat pikkurahoiksi.

²⁴⁴ HS 2.3.2016: Nokian Renkaita vastaan vireillä ”joukkokanne”; HS 3.11.2018: 250 kuluttajaa valitti Nokian Renkaiden testivilpistä, lautakunta ei suosittelle korvauksia.

²⁴⁵ Koulu 2017a, s. 206–211.

²⁴⁶ Koulu 2017a, s. 189–192.

²⁴⁷ Yle 9.10.2017: Patitilanne: Ihmiset odottavat korvauksia Talvivaaran ympäristövahingoista, maksajaa ei löydy.

kaksi tai useampia luonnollisia tai oikeushenkilöitä väittää joutuneensa kärsimään yhden tai useamman luonnollisen tai oikeushenkilön samanlaisen laittoman toiminnan seurauksena vahinkoa, jonka vuoksi heillä on oikeus vahingonkorvaukseen.²⁴⁸

Massavahinkotilanteita esiintyy monilla muillakin aloilla: Työnantaja irtisanoo laittomasti lukuisia työntekijöitä taloudellisilla ja tuotannollisilla perusteilla. Suuri joukko sijoittajia kärsii pörssiyrityksen virheellisestä tai harhaanjohtavasta tiedotuksesta. Useissa massavahinkotilanteissa kärsijät saavat hyvin oikeussuojaa vakuutuksen, vaihtoehtoisen riidanratkaisun tai syyttäjän ajamien korvausvaatimusten ansiosta. Mutta toisinaan he tarvitsevat siviiliprosessia. Tarkastellaan seuraavaksi, millaiset kollektiivisen lainkäytön lajit voivat tällöin soveltua.

Koulu on tunnistanut neljä kollektiivisen lainkäytön perusmallia ja luokitellut ne *kumulatiivisiin ja edustuksellisiin*. Kumulatiivisissa malleissa moni intressinhaltija on oikeudenkäynnin asianosaisena. Puhtain kumulatiivinen malli on *yhteiskanne*: useat kantajat ajavat oikeudenkäynnissä yhtä kannetta.²⁴⁹ Tilanne voi prosessuaalisesti syntyä ainakin yhteisen haastehakemuksen tai väliintulon johdosta. Yhteiskanne on hauras järjestely kohdatessaan yhteiskantajien erimielisyyksiä tai vastapuolen prosessiväitteen siitä, ettei yhteinen haastehakemus saa sisältää vaihtelevia vaatimuksia.²⁵⁰ *Joukkokanteilla* taas tarkoitetaan kimppua itsenäisiä kanteita, joita yhteenkuuluvuuden vuoksi koordinoidaan esimerkiksi yhteisellä asianajolla tai yhteiskäsittelyllä (OK 18:6).²⁵¹ Ilmiö pakenee tarkkaa sanallista määritelmää, mutta nähdessään joukkokanteita vastapuoli tai tuomari kyllä tunnistaa niiden kollektiivisen luonteen.

Edustuksellisissa malleissa asianosaisena on vain yksi intressinhaltija, mutta oikeudenkäynti vaikuttaa muihinkin intressinhaltijoihin ja he siihen. Edustuksellisia malleja ovat *ryhmäkanne* ja *pilottikanne*.²⁵² Suomessa ryhmäkannelain²⁵³ 1 §:n mukaan vain kuluttaja-asiamies voi ajaa kannetta ryhmän puolesta, ja tuomio sitoo oikeusvoimaisesti ryhmän jäseniä. Ryhmän jäseneksi pääsee 8 §:n mukaan ilmoittautumalla (*opt-in*), kun taas

²⁴⁸ Komission suositus 11.6.2013, kohta 3 b).

²⁴⁹ Koulu 2017a, s. 43–44.

²⁵⁰ Koulu 2017b, s. 187–188.

²⁵¹ Koulu 2017a, s. 45–46; Koulu 2017b, s. 70–71.

²⁵² Edustuksellisiin malleihin voidaan lukea myös siirronsaajan kanne, jossa intressinhaltijat (käytännössä työntekijät) siirtävät saatavansa perittäväksi vahvalle toimijalle (ammattiliitolle). Tämä toimii asianosaisena mahdollisessa oikeudenkäynnissä ja tilittää sen tuotot intressinhaltijoille. Ks. Koulu 2017a, s. 55–58 sekä KKO 2018:8.

²⁵³ Ryhmäkannelaki 13.4.2007/444

monissa maissa oikeusvoiman piiriin kuuluvat kaikki tietyn määritelmän täyttävät henkilöt, jotka eivät ole nimenomaan irtautuneet ryhmästä (*opt-out-malli*).²⁵⁴ Suomessa ei ole nostettu vielä yhtään ryhmäkannetta.²⁵⁵ Testi- eli pilottikanne on muodollisesti tavallinen kanne, josta johtuva tuomio sitoo vain jutun asianosaisia. Tuomiolla on kuitenkin tosiasiaa laajempi merkitys, sillä se saa ennakkopäätöksen kaltaisen painoarvon ja innostaa muita intressinhaltijoita nostamaan kanteita – tai pelottaa heitä ryhtymästä siihen. Kollektiivisuus näkyikin siinä, että taustajoukko tyypillisesti tukee kantajaa taloudellisesti ja henkisesti.²⁵⁶

Lyhyt tarkastelu paljastaa, että kollektiivinen lainkäyttö merkitsee paljon muutakin kuin yhdysvaltalaisia ryhmäkanteita. Kollektiivinen lainkäyttö onkin värikäs oikeudellinen siirrännäinen (*legal transplant*), joka on viime vuosikymmeninä levinnyt *common law* -maista Manner-Eurooppaan, Aasiaan ja Etelä-Amerikkaan.²⁵⁷ Suomen nykyisessä oikeusjärjestyksessä joukkokanteet ovat monikäyttöisiä ja kohtalaisen potentiaalisia. Niitä voidaan hyödyntää, olipa kantajia kymmeniä tai satoja ja olivatpa heidän vaateensa identtisiä tai jossain määrin yksilöllisiä.²⁵⁸ Kirjoitus pitääkin silmällä lähinnä joukkokanteita, toisinaan myös pilotti- ja yhteiskanteita.

5.2 Tulospalkkiot päämiesten kannalta

Valvontalautakunnan mukaan tulospalkkiota tulee arvioida ainakin kahtaalta: päämiehen ja vastapuolen kannalta.²⁵⁹ Seuraavassa alaluvussa käsittelen, riittääkö tuomioistuimen jälkikäteiskontrolli valvomaan vastapuolen etua myös kollektiivisessa lainkäytössä. Kuten edellä ilmeni, päämiehen kannalta tulospalkkion käyttöön voi olla erityinen aihe niillä oikeudensaannin katvealueilla, joilla hän ei saa julkista tai liiton oikeusapua taikka kor-

²⁵⁴ Malleista ks. esim. Komission tiedonanto 11.6.2013, s. 12–13.

²⁵⁵ State of Collective Redress 2017, s. 574. Kiinnostus ryhmäkannelakia kohtaan voi kasvaa lähitulevaisuudessa, jos EU säättää ns. edustajakannedirektiivin. Ks. Euroopan komission ehdotus COM/2018/184 direktiiviksi kuluttajien yhteisten etujen suojaamiseksi nostettavista edustajakanteista sekä direktiivin 2009/22/EY kumoamisesta; ja ehdotusta koskeva Euroopan parlamentin lainsäädäntöpäätöslauselma 26.3.2019. Edustajakanne on erityinen ryhmäkanne, jota ajaa ”edustava oikeutettu yksikkö”, toisin sanoen kuluttajajärjestö tai julkinen elin. En syvenny direktiiviin, koska se on kapea-alaisempi kuin suositus ja koska sen sisällöstä ei ole vielä varmuutta. Parlamentin ehdottaman 15 a artiklan mukaan voitto-osuuspalkkiot ovat kiellettyjä.

²⁵⁶ Koulu 2017a, s. 50–52.

²⁵⁷ Hensler 2016, s. 3–5.

²⁵⁸ Samoin Koulu 2017b, s. 102.

²⁵⁹ Valvontalautakunnan täysistunto 23.10.2017 2 §, s. 2.

vausta oikeusturvavakuutuksesta. Vakuutusehtojen rajoituksista johtui, että esimerkiksi puukartellijutun kantajalle ei myönnetty vakuutuskorvausta (VKL 571/15). Jos pilottikanteen taustajoukko on heikko, tulospalkkio on kantajalle tarpeellinen rahoituskeino. Pilottioikeudenkäynti tulee erittäin kalliiksi, ja vastapuoli on strategisista syistä sovintohaluton. Onkin epätoimennäköistä, että kukaan ryhtyisi pilottioikeudenkäyntiin ilman kunnollista taustatukea.²⁶⁰

Oikeudensaannin katvealueella ovat myös pienen yksilöintressin jutut. OAL 7 §:n 1 kohdan mukaan oikeusapua ei myönnetä, jos asialla on hakijalle vähäinen merkitys. Esitöissä ei mainita suuntaa-antavia rahamääriä, mutta asiaa ”olisi arvioitava hakijan näkökulmasta, jolloin se olisi suhteutettava hänen sosiaalisiin ja taloudellisiin oloihinsa”.²⁶¹ Lainkohtaa soveltaessaan vakuutusosoikeus on arvioinut, että hyvin pienituloiselle henkilölle 250 euron intressi ei ole vähäinen.²⁶² Myöskään oikeusturvavakuutuksesta ei saa korvausta, jos asialla on vakuutetulle vähäinen merkitys. Eräät vakuutusyhtiöt pitävät lähtökohtana 500 euroa ja eräät pienintä omavastuusummaa (noin 200–300 euroa); intressiä voidaan myös verrata kuluihin.²⁶³ Ratkaisussa VKL 74/03 vakuutuslautakunta piti vähemmistöosakkeen lunastusta vakuutetulle vähäisenä, koska intressin suuruus oli 307,50 euroa ja koska hänellä ei ollut yhtiöön merkittäviä tunnesiteitä.

Kollektiivisessa kuluttajariidassa suurelle joukolle kuluttajia voi syntyä vaikkapa 100–400 euron vahinko, jota koskevaan riitaan ei ehkä saa oikeusapua eikä vakuutuskorvausta. Esimerkiksi käy Nokian renkaat-tapaus, jossa ainakin harkittiin joukkokanteita ja jonkinlaisia ehdollisia palkkioita. Onkin helppo ymmärtää, että *jos päämiehellä on jutussa vähän voitettavaa, hän ei halua ainakaan hävitä paljoo*.

Kuitenkin herää kysymys, sisältääkö erityisen aiheen vaatimus sen, että päämiehen intressin täytyy olla merkittävä. Kannattaa muistaa, että lainsäätäjä on viime vuosikymmeninä luonut kuluttajille yhä uusia aineellisia oikeuksia; onkin johdonmukaista ajatella, että lainsäätäjä tahtoo niiden myös toteutuvan. Sitä paitsi kuluttajien yhteenlaskettu intressi voi olla suuri, jolloin oikeudenkäynti on lisäksi keino kutistaa elinkeinonharjoittajan ansiotonta voittoa ja ehkäistä laittomia käytäntöjä – joskin rikosprosessi ja viranomaisvalvonta ovat toki ensisijaisia ehkäisykeinoja. Näistä syistä hyvää asianajajatapaa ei tarvitse tulkita niin, että tulospalkkiosopimus edellyttäisi

²⁶⁰ Koulu 2017b, s. 168–169.

²⁶¹ HE 82/2001 vp, s. 85.

²⁶² VakO 4.12.2003/8291:2003. Kyse oli muutoksenhausta Valtionkonttorin päätökseen rikosvahingon korvaamisesta. Hakijalle ei myönnetty oikeusapua, koska hänen ei katsottu tarvitsevan avustajaa.

²⁶³ Lasola – Rissanen 2013, s. 10, 16.

merkittävää yksilöintressiä. Eri asia on, että mitättömän pieniä (muutamien eurojen) vaatimuksia ei yleensäkään tule ajaa siviiliprosessissa.²⁶⁴

Kollektiivinen lainkäyttö muuttaa muutoinkin asetelmaa, jossa palkkioperusteesta sovitaan. Siinä missä yksilöllisessä lainkäytössä päämies kokee juttunsa erittäin tärkeäksi ja suhtautuu siihen jopa yliaktiivisesti,²⁶⁵ kollektiivisessa lainkäytössä päämiehen intressi on tyypillisesti pienehkö ja suhde juttuun sen vuoksi maltillisempi. Itse asiassa juttu on taloudellisesti merkittävämpi asianajajalle kuin kenellekään päämiehelle, jos hän edustaa esimerkiksi 30:tä päämiestä jutussa, jonka yksittäiset vaateet vaihtelevat 200–1500 euron välillä. Tällöin kenelläkään päämiehellä ei ole motivaatiota käyttää asianajajan valvontaan aikaa ja resursseja. Mitä useampia päämiehiä asianajaja edustaa, sitä todennäköisemmin he ovat hiljaisia vapaamatkustajia. Kun asianajajaa valvotaan heikosti, kasvaa päämies–agentti-suhteen vaara, että asianajaja edistää omaa etuaan päämiesten kustannuksella.²⁶⁶ Aikaveloitus ja tavallista heikompi valvonta ruokkivat yhdessä ylilaskutusta. Myös tulospalkkio voi synnyttää intressikonflikteja, mutta yleensä oikeustaloustieteessä sitä pidetään vähemmän haitallisena kuin aikaveloitusta.²⁶⁷

Sacconi on kuitenkin mielenkiintoisesti kritisoinut voitto-osuuspalkkioita oikeustaloustieteen keinoin. Hänen argumenttinsa on syytä punnita, ennen kuin voitto-osuuspalkkiot voidaan todeta päämiesten näkökulmasta hyväksyttäväksi. Hänen ajatuskokeessaan asianajajalla on samaan aikaan kaksi päämiestä ja kahden jutun portfolio.²⁶⁸ Hänen mukaansa asianajaja ja päämies voivat laatia toimivan voitto-osuussopimuksen vain, jos he osaavat ennakoida siinä kaikki mahdolliset *maailmantilat* (*states of the world*).²⁶⁹ Hän ei määrittele käsitettä, mutta tässä yhteydessä kyse on siitä, mitä oikeudenkäynnissä tullaan väittämään ja näyttämään toteen.²⁷⁰ Sopimuksessa voidaan toki ennakoida kaikki mahdolliset oikeudenkäynnin ja sovinnon *lopputulokset*. Kuitenkin esimerkiksi 10 000 euron osavoitto irtisanomisriidassa on asianajajalta suurempi saavutus silloin, kun vastapuoli loppuun asti väittää päämiehen lyöneen työtoveriaan (maailmantila 1) kuin

²⁶⁴ Oikeuskäytännössä tällaiset kanteet jätetään tutkimatta oikeussuojan tarpeen puuttuessa. Ks. Koulu 2017b, s. 107–108.

²⁶⁵ Ks. esim. Hölttä 2016, s. 82.

²⁶⁶ Koulu 2017b, s. 212–213; Silver 1999, s. 215–216; Ulen 2011, s. 192. Päämies–agentti-ongelma on toki joukkokanteissa lievempi kuin *opt-out*-mallin ryhmäkanteissa, joissa valtaosa kantajista ei tiedä koko kanteesta. Ks. Silver 1999, s. 200–201.

²⁶⁷ Ulen 2001, s. 192–194. Ks. vertailusta myös Silver 1999, s. 211–214.

²⁶⁸ Sacconi 2011, s. 280.

²⁶⁹ Sacconi 2011, s. 270.

²⁷⁰ Sacconi 2011, s. 275. Maailmantiloista yleisesti ks. Määttä 2016, s. 56.

silloin, kun vastapuoli yllättäen myöntää väitteen epätodeksi jo valmistelussa (maailmantila 2). Lopputuloksen todellinen merkitys riippuukin siitä, minkä maailmantilojen yhteydessä se saavutetaan. Koska riidoissa on lukuisia oikeustositseikkoja ja valtava määrä mahdollisia maailmantiloja, sopimus jää väistämättä epätäydelliseksi.²⁷¹

Mitä väliä sopimuksen epätäydellisyydellä on? Sacconin ajatuskokeessa asianajaja huomaa sopimuksen laatimisen jälkeen, että myös aiemmin ennakoimaton maailmantila on mahdollinen. Jos se otetaan tuomion perustaksi, päämies saakin paljon suuremman voiton ja asianajaja paljon suuremman palkkion kuin muissa maailmantiloissa. Kyse voi olla esimerkiksi seikoista, joiden perusteella vastaaja on sittenkin aiheuttanut ympäristövahingon törkeällä tuottamuksella. Kuitenkin tämän toteen näyttäminen vaatii asianajajalta ei vain ahkeraa, vaan poikkeuksellista työpanosta. Koska asianajajan työkapasiteetti on rajallinen, hän voi panostaa poikkeuksellisesti juttuun 1 vain, jos hän järjestää jutussa 2 nopean ja laihan sovinnon. Tämä toimintamalli on asianajajan ja onnekkaan päämiehen 1 etujen mukainen, mutta epäonniselle päämiehelle 2 lopputulos on heikompi kuin hän ennen sopimusta perustellusti odotti. Hänen näkökulmastaan asianajaja toimii epälojalisesti ja rikkoo huolellisuusvelvoitetta.²⁷² Sacconi tarkastelee myös vaihtoehtoa, jossa velvollisuudentuntoinen asianajaja ei maksimoi omaa etuaan, vaan pyrkii hoitamaan ahkerasti myös epäonnisen päämiehen jutun. Tällöin hän ei kuitenkaan voi panostaa poikkeuksellisesti juttuun 1, joten toimintamalli on tiettyssä mielessä tehoton ja päämiehen 1 etujen vastainen.²⁷³ Ajatuskoe päättyykin siihen, että voitto-osuussopimuksella toimiva asianajaja ei voi ajaa kaikkien päämiestensä oikeutettuja etuja.²⁷⁴

Sacconin argumentti on sisäisesti johdonmukainen ja valaisee liiallisen sovintohalun ongelmaa. Kuitenkin voidaan kyseenalaistaa, onko se relevantti Suomen oikeusjärjestelmässä. Lienee totta, että asianajaja voi neuvoillaan useimmiten ohjata päämiehen sovintopäätöstä etenkin kollektiivisessa lainkäytössä. Mutta sopimuksen epätäydellisyys ei välttämättä johda dramaattisiin seurauksiin, sillä ennakoimaton maailmantila voi johtaa sopimuksen uudelleen neuvotteluun, uustulkintaan tai jopa sovitteluun. Ajatuskokeessa sopimus oletettiin niin jäykäksi, ettei sitä neuvotella uu-

²⁷¹ Sacconi 2011, s. 270–273. Hänen mukaansa agenttiteoria onkin hylättävä, sillä päämies suhtautuu asianajajaan pikemminkin auktoriteettina, jonka neuvoihin luottaa enempiä miettimättä.

²⁷² Sacconi 2011, s. 278–283.

²⁷³ Sacconi 2011, s. 284–286.

²⁷⁴ Sacconi 2011, s. 288–290. Oletuksena on toki se, että asianajaja ei tee itselleen tappiollista sopimusta.

delleen eikä kaiketi sovitella.²⁷⁵ Taustalla myös nähtävästi piilee oletus rangaistusluonteisista vahingonkorvauksista, sillä ennakoimaton maailmantila (esimerkiksi törkeä tuottamus) johtaa 95 prosenttia ennakoitua suurempaan vahingonkorvaukseen.²⁷⁶ Sitä paitsi liiallisen sovintohalun vaaraa voidaan pienentää sopimusjärjestelyillä, esimerkiksi porrastamalla voitto-osuutta sen mukaan, missä vaiheessa juttu ratkeaa.²⁷⁷ Vaikka voitto-osuuspalkkioon liittyy haittoja, niitä voidaan lieventää niin, että tietyissä jutuissa ne ovat hyötyjä pienemmät. Kategorinen kieltö ei ole tarpeen.

Lyhyesti sanoen kollektiivinen lainkäyttö avaa uusia alueita, joilla tulospalkkiot voivat olla päämiesten edun mukaisia. Tärkeimmän alueen muodostavat pienen yksilöintressin jutut, joiden vähäisyys estää oikeusavun ja vakuutuskorvauksen. Koska päämiesten intressi valvoa yhteistä asianajajaa on heikko, tulospalkkio on usein tarpeellinen tapa motivoida asianajajaa. Näissä olosuhteissa tulospalkkion käyttöön on erityistä aihetta. Koulu onkin todennut, että ”tulospalkkioita vastustavan pitäisi reilun pelin hengessä ilmoittaa, mikä on kollektiivisessa lainkäytössä korvaava vaihtoehto” rahoituskeinoksi.²⁷⁸

5.3 Sopimuskysymyksiä

Kollektiivisen lainkäytön sopimuskysymyksiä ei tässä käsitellä yksityiskohtaisesti. Pelkästään palkkioperusteesta sopiminen voi vaatia monimutkaisen neuvottelun, jota muovaavat kummankin osapuolen kannattavuusarviot. Tulospalkkiosta ei synny sopua, jos päämies ei suostu niin suureen voitto-osuuteen tai bonukseen kuin asianajaja riskinottonsa vuoksi haluaa. Rangaistusluonteisten vahingonkorvausten puuttuessa tulospalkkiot jäänevät Suomessa harvinaisiksi.²⁷⁹ Jos asianajaja edustaa vain muutamia joukkokantajia, he todennäköisesti päätyvät aikaveloitukseen. Tulospalkkion käytölle on edellytyksiä, kun kantajia on ainakin kymmenen, jolloin suuri palkkio ei juuri tunnu yksittäisen kantajan kukkarossa. Myös kollektiiviseen lainkäyttöön käy ohjenuoraksi, että palkkion määrä ei saa olla riskinjakoon nähden kohtuuton eikä ilmeisessä epäsuhteessa tehtävän laatuun ja sen vaatimaan työmäärään.²⁸⁰ Määrä ei ole kohtuuton

²⁷⁵ Sacconi 2011, s. 274.

²⁷⁶ Sacconi 2011, s. 278–279.

²⁷⁷ Ks. edellä alaluku 4.2.

²⁷⁸ Koulu 2017b, s. 116.

²⁷⁹ Koulu 2017b, s. 206–208.

²⁸⁰ Samoin Koulu 2017b, s. 207: ”Selvää kuitenkin on, että voitto-osuuden tai bonuspalkkion tulee korreloida taloudelliseen riskiin, toisin sanoen ennusteeseen kanteen menestymisestä.”

pelkästään sen vuoksi, että se on paljon suurempi kuin yhdenkään kantajan tuomiolla tai sovinnolla saama summa. Skenaario voi herättää vastustusta, mutta se on johdonmukainen seuraus yhteisestä asianajosta pienehköjen yksilöintressien jutussa.²⁸¹

Asianajajan ei tarvitse sopia samasta palkkioperusteesta kaikkien saman jutun päämiesten kanssa. Olisi hyvin ankaraa vaatia, että kaikki joko sopivat tulospalkkiosta tai kukaan ei sovi siitä. Joukkokantajien suhtautuminen riskiin vaihtelee, samoin heidän vaateidensa menestysmahdollisuudet. Voidaan väittää, että kantajia kohdellaan eriarvoisesti, jos asianajaja panostaa eniten aikaa niihin kanteisiin, joissa hänellä on eniten tienattavaa. Vaikka näin tapahtuisi, en näe, että tämä olisi huono skenaario edes sille kantajalle, jonka kanne jää vähimmälle huomiolle. Asianajon laatu olisi todennäköisesti yhteisissä kysymyksissä ensiluokkaista ja yksilöllisissä kysymyksissä vaihtelevaa: parhaimmillaan ensiluokkaista, pahimmillaankin kohtalaista vertailumahdollisuuden vuoksi. Asianajaja ei näet uskaltaisi laiminlyödä minkään kanteen yksilöllistä asianajoa lopputulokseen vaikuttavalla tavalla, koska laiminlyönti luultavasti paljastuisi, kunhan joukkokantajat pitäisivät yhteyttä ja vertailisivat tuomioita.²⁸² Asianajo olisi halvempaa kuin siinä vaihtoehdossa, jossa kantaja hankkisi asianajajan aikaveloituksella.²⁸³ Lopuksi on syytä muistaa, että monille intressinhaltijoille vaihtoehto ei ole niinkään aikaveloituksen käyttäminen, vaan asian jättäminen sikseen.

Toimeksianto voi päättyä ennenaikaisesti myös kollektiivisen lainkäytön kontekstissa. Tämän varalta voidaan käyttää alaluvussa 4.2 mainittuja sopimusehtoja. Asianajaja saa sopimuksen mukaisen bonuksen tai voitto-osuuden, jos hänet erotetaan niin myöhäisessä vaiheessa, että voitto oli käytännössä varma. Hän saa työmäärän mukaisen palkkion muissa tapauksissa, joissa juttu tuottaa päämiehelle voittoa. Koulu on lisäksi pohtinut, pitäisikö sopimuksessa rajoittaa päämiehen oikeutta erottaa asianajaja ja asianajajan oikeutta luopua toimeksiannosta.²⁸⁴ Tämä on kuitenkin tarpeettoman jyrkkä keino, jos kummankin edut päättymistilanteissa voidaan turvata lievemmillä ehdoilla.

²⁸¹ Silver 1999, s. 204.

²⁸² Koska joukkokantajat voivat halutessaan vertailla myös palkkiosopimuksia, kollektiivisessa lainkäytössä ei tarvitse edellyttää, että palkkiosopimukset laaditaan ennen kuin asianajaja on yhteydessä vastapuoleen. Kollektiivisessa lainkäytössä edellytys olisi perin ankara ja estäisi ”hitaammilta” intressinhaltijoilta tulospalkkioiden käytön.

²⁸³ Tämä toki edellyttää, että mittakaavaedut ovat suuremmat kuin tulospalkkion palkkiota korottava vaikutus. Edellytys luultavimmin täyttyy, kunhan joukkokantajia on enemmän kuin muutama.

²⁸⁴ Koulu 2017b, s. 214.

5.4 Tulospalkkiot vastapuolen kannalta

Edellä päädyin siihen, että yksilöllisessä lainkäytössä on riittävää arvioida päämiehen näkökulmasta, onko tulospalkkioiden käyttö hyväksyttävää. Vastapuolen oikeusturvasta huolehtii lähtökohtaisesti kylliksi tuomioistuin. Ei ole selvää, riittääkö tuomioistuimen jälkikäteiskontrolli kollektiivisen lainkäytön kontekstissa. Siinä vastaajayritys voi kohdata vaatimuskirjeen tai kanteen, jossa joukko esittää suuria vaatimuksia. Koska oikeudenkäynti sisältää raskaan tappion mahdollisuuden ja tyypillisesti tekee hallaa yrityksen maineelle, se voi sopia asian ennen oikeudenkäyntiä, vaikka vaatimus olisi perusteeton. Ilmiötä kutsutaan kiristyssovinnoksi (*black-mail settlement*).²⁸⁵

Komission suosituksen eräs tarkoitus onkin varmistaa asianmukaiset menettelylliset takeet perusteettomien oikeudenkäyntien välttämiseksi (kohta 1). Näitä takeita ovat edustuskanneoikeuden rajoitukset, kulukorvaussääntö, osallistumisperiaate (*opt-in*), ulkopuolisen rahoituksen rajoitukset, rankaisevien vahingonkorvausten kieltä sekä palkkioperusteiden rajoitukset. Suositus ei sido jäsenvaltioita, ja sen teksti itsessäänkin lieventää mainittuja rajoituksia. Vaikuttaa siltä, että suosituksesta riippumatta jäsenvaltiot kehittävät erilaisia itselleen sopivia kollektiivisen lainkäytön muotoja.²⁸⁶ Suosituksen merkitys onkin lähinnä siinä, että se herättää keskustelua, selkiyttää kielenkäyttöä ja tarjoaa punnittuja argumentteja.²⁸⁷

Suosituksessa asianajopalkkioita koskee ensinnäkin kohta 29: Jäsenvaltioiden olisi varmistettava, että asianajajien palkkiot ja niiden laskutapa eivät kannusta panemaan vireille riita-asioita, jotka ovat *jonkin osapuolen etujen kannalta aiheettomia*. Kohdan 30 mukaan jäsenvaltioiden ei pitäisi hyväksyä oikeudenkäynnin lopputuloksesta riippuvaisia ehdollisia palkkioita, joihin liittyy riski tällaisen kannustimen luomisesta. Suomenoksessa puhutaan ehdollisista palkkioista eri merkityksessä kuin tässä kirjoituksessa; englanninkielisessä versiossa termi on *contingency fee*, ja oikeuskirjallisuudesta päätellen komissio tarkoittaa sillä voitto-osuuspalkkiota.²⁸⁸ Kohdan 30 mukaan, jos jäsenvaltio haluaa sallia sellaiset palkkiot, sen tulisi säännellä niiden soveltamista kollektiivisessä lainkäytössä ottaen huomioon erityisesti kantajaosapuolen jäsenten oikeuden täysimääräiseen korvaukseen.

²⁸⁵ Cooter – Ulen 2014, s. 420.

²⁸⁶ Hodges 2014, s. 78–79.

²⁸⁷ Koulu 2017a, s. 92–93.

²⁸⁸ Ks. esim. Hodges 2014, s. 78–81; Gamble 2016, s. 22 av. 110. Myös komission tiedonannossa *contingency fee* on käännetty provisio- eli voitto-osuuspalkkioksi. Komission tiedonanto 11.6.2013, kohta 2.3.

Arvioidaan tulospalkkioehtoista kollektiivista lainkäyttöä näiden argumenttien pohjalta. Tilanne on ongelmallinen, jos vastaajalla on Suomessa objektiivisia syitä pelätä oikeudenkäyntiä niin paljon, että se taipuu kiristysluonteiseen sovintoon. Tällöin tulisi heikentää joukkovoimaa esimerkiksi estämällä tulospalkkiot tulkinnalla tai sääntelyllä. Kuitenkaan tällainen tilanne ei vallitse: Suomessa ei sallita ryhmäläisen nostamia ryhmäkanteita, puhumattakaan *opt-out*-mallin ryhmäkanteista. Rankaisuvia vahingonkorvauksia ei käytetä, eikä oikeudenkäyntien ulkopuolista yksityistä rahoitusta juurikaan tunneta. Kulukorvaussääntö on laissa ja käytännössä vahva pääsääntö. Jos siis vastaajayritys Suomessa kohtaisi perusteettoman kiristyskanteen, se uskaltaisi viedä riidan tuomioistuimeen asti.²⁸⁹ Sillä ei ole syytä sopia kallista asiaa, jossa on selvästi oikeassa; julkinen mielipidekin on luultavimmin perättömän kanteen esittäjiä vastaan. Intressinhaltijat ja heidän asianajajansa ymmärtävät tämän eivätkä juuri nostakaan kiristyskanteita. Kirjallisuudessa ei olekaan havaittu esimerkkejä joukkokanteiden väärinkäytöstä Suomessa.²⁹⁰ Kiristysmahdollisuus on niin pieni, että se ei puolla tulospalkkioiden kieltämistä kollektiivisessa lainkäytössä.

Tulospalkkioehdotetut joukkokanteet siis ovat hyväksyttäviä. Oletetaan, että asiassa riidellään tuomioon asti. Kulukorvaukseen täytyy soveltaa OK 21 luvun säännöksiä, vaikka niitä laadittaessa ei ole juuri ajateltu kollektiivista lainkäyttöä eikä tulospalkkioita. Jos OK 21:1 soveltuu ja joukkokantajat käyttävät yhteistä asianajajaa, tuomioistuin arvioi, mikä on ollut asianajajan tarpeellinen tuntimäärä ja mikä taas kohtuullinen tuntiveloitus. Mitä enemmän kanteita on käsitelty yhdessä, sitä pienempi tuntimäärän pitäisi olla. Kukin kantaja saa oman tuomion ja oman kulukorvauksen, jonka määrä voi vaihdella, sillä moni kante on voinut vaatia myös yksilöllistä asianajajaa.²⁹¹

Edellä totesin, että kulukorvauksen kohtuullisuutta arvioidaan yleisten kriteerien mukaan silloinkin, kun voittaja käyttää tulospalkkiota. Bonusta, korotusosuutta tai koko voitto-osuutta ei pidä tuomita korvattavaksi pelkän sopimuksen perusteella. Toki sellainen voi sisältyä yleisten kriteerien mukaiseen palkkioon, koska tavanomaiset kulukorvaukset ovat Suomessa

²⁸⁹ Nagy 2013, s. 483–488 taas esittää, että *opt-out*-mallin ryhmäkanteet voitaisiin ottaa Euroopassa käyttöön ilman, että kiristyssovinnot yleistyisivät. Yhdestä takeesta luopuminen ei vaikuttaisi ratkaisevasti.

²⁹⁰ State of Collective Redress 2017, s. 569. Joskus toki nostetaan yksilöllisiäkin kiristyskanteita. Ks. esimerkiksi Saarensola 2017, s. 183, 288. (Tulkinta kanteen kiristysluonteesta tapauksessa HHO 17.10.2012 nro 2813 on omani.)

²⁹¹ Lappalainen ja Hupli pitävät erillistä kulukorvausta lähtökohtana, mutta ”[k]äytännössä saatetaan kyllä päätyä tarkoituksenmukaisuussyistä yhteisen kulukorvauksen tuomitsemiseen”. Lappalainen – Hupli 2016, VII.1 (väliotsikko Kuluvastuu eräissä erityistilanteissa).

huomattavia. On vaikea nähdä, miksi kollektiivisen lainkäytön konteksti muuttaisi tulkintaa. Kollektiivisessa lainkäytössä on aivan yhtä tärkeää, että vastapuoli voi varautua kulurisktiin, joka on normaali jutun laatuun ja laajuuteen nähden. Jostain syystä Koulun tulkinta kulukorvauksesta ei ole aivan selkeä: toisaalta voitto-osuuspalkkioon sisältyvä korvaus yrittäjäriskistä kohottaa kohtuullisuuden kynnystä,²⁹² toisaalta korvaukseksi määrätään vastaavanlaisen oikeudenkäynnin fiktiivinen keskivertopalkkio.²⁹³ Lopuksi kannattaa muistaa, että tässä käsitelty ongelma tulee Suomessa eteen vain harvoissa erikoislaatuisissa jutuissa, joissa tuomioistuimien yhtä kaikki hyödyntää tapauskohtaista harkintaa. Kuitenkin oikeustieteen tulee tarjota välineitä harkinnan jäsentämiseen.

Oikeudenkäynnin päättyessä joukon häviöön tulospalkkio ei vaikuta kulukorvaukseen, mutta kollektiivisuus vaikuttaa. Yhteiskäsittely on maldaltanut myös vastaajan asianajokustannuksia; ellei se näy laskussa, tuomioistuimen tulee leikata kuluvaatimuksia. Lisähuomiona voidaan mainita, että näin laskettua täyttä korvausta ei enää tulisi kohtuullistaa OK 21:8b:n nojalla; tarkemmin sanoen ilmeisen kohtuuttomuuden rima on tavallistakin korkeammalla. Korkein oikeus arvioi näin ennakkopäätöksessään KKO 2018:65, jossa useat kantajat olivat vaatineet kuntayhtymältä korvausta perusteettomista irtisanomisista liikkeen luovutuksen yhteydessä. Kantajista A oli aiheettomasti kohdistanut vaatimuksen myös yhtiöön X. Hänen kuluvastuutaan yhtiötä kohtaan ei pitänyt kohtuullistaa, koska oikeudenkäyntiin johtaneet syyt tukivat sitä heikosti. Korkein oikeus totesi vielä:

X Oy:n oikeudenkäyntikulut ovat lisäksi jakautuneet useiden samanlaisia asioita ajaneiden kantajien kesken, minkä johdosta A:han kohdistetut kuluvaatimukset ovat määrältään olennaisesti alhaisemmat kuin asian laatuun ja laajuuteen nähden olisi tavanomaista.

Oikeudenkäymiskaaren 21 luvussa on yksi kollektiivisen lainkäytön kannalta kiinnostava säännös. Sen 9 §:n mukaan, milloin useampi kuin yksi asianosainen on vastuussa samoista oikeudenkäyntikuluista, he vastaavat niiden korvaamisesta yhteisvastuullisesti. Toisaalta 2 momentin mukaan asianosaisen on yksin korvattava kustannukset, jotka liittyvät ainoastaan häntä koskevaan asian osaan – tai jotka hän on aiheuttanut OK 21:5:ssä tarkoitetulla viivyttelyllä. Lakiteksti ja esityöt jättävät varsin avoimeksi soveltamisalan eli sen, milloin asianosaiset ovat vastuussa samoista ku-

²⁹² Koulu 2017b, s. 142–143. Kyseinen alaluku koskee edustuksellisia kanteita, mutta lausuman muotoilu on yleinen. Ruotsin GRGL 41 §:n mukaan ryhmäkanneprosessissa ei korvata lisäkustannuksia, jotka johtuvat tulospalkkiosopimuksesta (riskavtal).

²⁹³ Koulu 2017b, s. 120.

luista. *Lappalaisen ja Huplin* mukaan ”lähtökohta on, että korvaukseen oikeutetulle syntynyt kuluvaade kohdentuu kaikkiin vastapuolella oleviin asianosaisiin”.²⁹⁴ Toki tulee huomata, että joukkokantajan vastuu kuluerästä ei perustu kanteiden kumulointiin sinänsä, vaan siihen, onko hän ollut aiheuttamassa kyseisiä kuluja.²⁹⁵ Yhteiskanteen kantajiin OK 21:9 selvästikin soveltuu.²⁹⁶ Mahdollisesta yhteisvastuusta huolimatta yksittäisen kantajan kuluriski pysyy kohtuullisena siksi, että riittävän suuresta kantajajoukosta useimmat ovat lähes varmasti maksukykyisiä.²⁹⁷

Äskeisestä huomataan, että OK 21 luvun *kulukorvaussäännökset eivät uhkaa vastaajan oikeusturvaa kollektiivisessa lainkäytössä*. Voittipa kantaja tai vastaaja, hän voi odottaa täyttä korvausta, jonka määrittävät jutun laatu ja laajuus sekä yhteiskäsittelyn osuus. Suomessa kollektiivisen lainkäytön ongelmana onkin pikemmin alikäyttö kuin liika- tai väärinkäyttö.²⁹⁸

5.5 Laajoja ja suppeita ratkaisuja

On epävarmaa, tuleeko tulospalkkioista Suomessa suosittu keino rahoittaa kollektiivista lainkäyttöä. Puhtaan juridisesti ajatellen on toki lokeroita, joissa niiden käyttö on hyvän asianajajataivan mukaista. Kuitenkin niiden laajalle käyttöönnotolle on useita sisäänrakennettuja rajoitteita: Intresinhaltijat eivät tiedä tulospalkkion mahdollisuudesta. Asianajajat ovat polkuriippuvaisia eivätkä kerro harvinaisista palkkioperusteista. Tämä on helppo ymmärtää, sillä tulospalkkiosopimus on asianajajalle riskisopimus, jonka hyväksyttävyyttä ja kannattavuutta on vaikea ennakoida. Miksi hän rohkenisi käyttää etenkin voitto-osuuspalkkiota, johon suhtaudutaan valvontakäytännössä ankarasti? Jos hän neuvottelee riskiä vastaavan voitto-osuuden tai bonuksen, hän voi suuressa jutussa kohdata julkista paheksuntaa ja vaatimuksia palkkion kohtuullistamisesta.²⁹⁹ Lisäksi tulospalkkiosopimus voi toki jäädä syntymättä siksi, että asianajaja ja päämies eivät pääse yhteisymmärrykseen ehdoista.

Ennuste voi vaikuttaa yllättävältä siihen nähden, että tulospalkkiot toimivat kollektiivisen lainkäytön moottorina esimerkiksi Yhdysvalloissa,

²⁹⁴ Lappalainen – Hupli 2016, VII.1 (väliotsikko Kuluvastuu eräissä erityistilanteissa.) Siinä tosin ei analysoida kollektiivisen lainkäytön kannalta tärkeimpiä asetuksia.

²⁹⁵ Hupli 2007, s. 138, etenkin av. 22. Ruotsin oikeudesta samoin Lindell 2002, s. 544.

²⁹⁶ Koulu 2017b, s. 144–145.

²⁹⁷ Koulu 2017b, s. 146

²⁹⁸ Tehottomuutta koskevasta kritiikistä ks. esim. State of Collective Redress, s. 575–576.

²⁹⁹ Koulu 2017b, s. 115–116 kommentoi värikkäästi, että asianajajia pidetään rahanahneina sellaisten sopimusten vuoksi, joita muussa yhteydessä pidettäisiin ”orjatyönä”.

Kanadassa ja Israelissa.³⁰⁰ Olosuhteissa on kuitenkin ainakin kaksi olennaista eroa. Näissä maissa kollektiivisen lainkäytön tärkein laji on *opt-out*-mallin ryhmäkanne. Kantaja ei saa tukea poissaolevilta ryhmäläisiltä eikä pysty yksin kustantamaan erittäin kallista prosessia; ja vaikka pystyisikin, riskinotto olisi suhteeton hänen omaan intressiinsä nähden. Riskin siirtäminen voitto-osuuspalkkiolla on tällöin käytännössä välttämätöntä.³⁰¹ Toiseksi näissä maissa julkinen oikeusapu ja oikeusturvavakuutukset eivät juuri auta siviilioikeudenkäynneissä. Suomessa tulospalkkiota tarvitaan vain siellä, minne nämä kaksi rahoituskeinoa eivät ulotu.

Myös yksilöllisessä lainkäytössä tulospalkkioiden käyttöala on sirpaleinen ja kokonaisuudessaan suppea. Pienen intressin jutussa päämies tuskin suostuu maksamaan asianajajalle sellaista voitto-osuutta tai bonusta, jota tämä edellyttää. Useissa muissa tilanteissa idea kilpistyy hyvään asianajajatapaan tai asianajajien polkuriippuvuuteen. Luvussa 2 arvioin, että ei ole realistista lieventää kuluriskiä kehittämällä oikeudenkäyntimenettelyä, tiukentamalla valvontalautakunnan käytäntöä tai tulkitsemalla kulukorvaussäännöksiä. Myöskään *tulospalkkiot eivät sovellu laaja-alaiseksi keinoksi lieventää kuluriskiä*. Näyttääkin siltä, että ongelmaan ei ole tarjolla laajaa *de lege lata* -ratkaisua.

Prosessikynnyksen tutkimuksessa onkin syytä siirtyä alemmalle abstraktiotasolle eli keskittyä pienempiin erityisiin keinoihin. Ensinnäkään oikeussuojaa ei välttämättä tarvitse hakea tuomioistuimesta. Esimerkiksi kuluttajariitalautakunta käsittelee vuosittain noin 6000 asiaa, mutta suositusten noudattamisaste on vain noin 70 prosenttia;³⁰² finanssialalla FINE käsittelee vuosittain noin 700 kuluttajariita-asiaa, joissa annettuja ratkaisusuosituksia noudatetaan miltei aina.³⁰³ Ansiokkaan oikeuskäytäntötutkimuksen lisäksi tarvitaan monipuolista tutkimusta lautakuntakäytännöstä. Oikeudenkäyntien rahoituskeinoista ulkopuolinen yksityinen rahoitus jakautuu kolmeen kiinnostavaan keinoon: joukkorahoitukseen, oikeudenkäynnin sponsorointiin ja kaupalliseen rahoitukseen.

Myös kollektiivinen lainkäyttö on potentiaalinen suppea keino lieventää kuluriskiä.³⁰⁴ Joukkokanteet voivat toimia ja yleistyä ilman tulospalkkiota-

³⁰⁰ Hensler 2016, s. 9; Kalajdzic 2016, s. 253–254; Klement 2016, s. 213.

³⁰¹ Cassoni – Ramello 2011, s. 217–221; Lindblom 1989, s. 333.

³⁰² Kuluttajariitalautakunnan toimintakertomus 2017, s. 2.

³⁰³ FINEn vuosikertomus 2017, s. 10–15. FINEn alaisuudessa toimivat vakuutus- ja rahoitusneuvonta sekä vakuutus-, pankki- ja sijoituslautakunnat. <https://www.fine.fi/tietoa-finesta/organisaatio/finen-organisaatio.html>

³⁰⁴ Keino on erityinen tai suppea siksi, että organisoidun joukon täytyy tietenkin olla olemassa ja tulla intressinhaltijan tietoon. Sen sijaan suuren joukon sisäinen kommunikaatio ei ole enää nykyteknologian aikana kynnyskysymys. Vanhassa kirjallisuudessa tätä pidettiin

kin, mikäli mittakaavaedut, riskinjako ja joukon henkinen tuki vaikuttavat riittävästi. Tulospalkkio ei näyttäisi olevan välttämätön edellytys, sillä Suomessakin on organisoitu suuria joukkokanteita intressinhaltijoiden omin varoin.³⁰⁵ Ruotsissa jopa *opt-in*-mallin ryhmäkanteita on rahoittanut kantajan tueksi luotu taustaorganisaatio.³⁰⁶ Joukkokanteiden tehokkuus Suomessa riippuu paitsi rahoituksesta, myös monista asianajajien ja tuomioistuinten käytännöistä. Kuinka yhteinen asianajaja reagoi päämiesten ristiriitaisiin ohjeisiin? Mitä esteellisyys ja salassapito merkitsevät yhteisessä asianajossa? Milloin tuomioistuin käsittelee joukkokanteet yhdessä?³⁰⁷ Tämä kirjoitus on pieni askel joukkokanteiden palkkiokysymysten hahmottamiseksi; kollektiivisen lainkäytön kehitys vaatii paljon lisää tutkimusta ja hyvien käytäntöjen kodifointia.

6 JOHTOPÄÄTÖKSET

Intressinhaltija valitsee konfliktilleen ratkaisukeinon tai jättää asian sikseen. Viime vuosina yhä harvempi konflikti on ratkaistu tuomiolla, kun taas yhä useampiin haetaan ratkaisusuosituksia eri lautakunnista. Jokainen voi miettiä, paljonko suuntaus kertoo vaihtoehtoisen konfliktinratkaisun eduista ja paljonko prosessikynnyksestä. Lautakuntiin päätyy nykyisin myös riitojen kovan ytimen juttuja, joissa molempien osapuolten kanta on vankkumaton. Oikeudenkäynti olisi sopiva ratkaisukeino näille ja lukuisille sikseen jätetyille konflikteille, ellei kuluriski olisi näin korkea. Perusoikeus saada asiansa käsitellyksi tuomioistuimessa toteutuu vajavaisesti.

Ilmiön taustalla ovat 1990-luvun merkittävät lainmuutokset sekä tuolloin pinnanalaiset kehityskulut. Kun alioikeusmenettelyä ja kulukorvaussäännöksiä uudistettiin hyvällä tarkoituksella, seurasi eräitä myönteisiä vaikutuksia ja haitallinen sivuvaikutus: huomattava kulujen kasvu. Pinnan alla vallitsevaksi palkkioperusteeksi nousi aikaveloitus, joka oli 1970-luvulta lähtien hitaasti yleistynyt.³⁰⁸ Asianajajan edun mukaista on paisuttaa ja ylityöstää juttua, ja päämieskin voi kannustaa häntä siihen, jos odottaa vastapuolen viime kädessä maksavan. Silloinkin kun päämies haluaisi

olennaisena rajoitteena, ks. esim. Wihuri 1992, s. 27–28; Lindblom 1989, s. 553–554.

³⁰⁵ Näin Koulu 2017b, s. 148–149. Puukartellikanteiden rahoittamisesta tarkemmin ks. Koulu 2017a, s. 208.

³⁰⁶ Viitanen 2009, s. 603.

³⁰⁷ Ks. tästä Koulu 2017a, s. 212–220.

³⁰⁸ Palkkioperusteiden historiasta ks. Santala 2004, s. 321–322.

edullisen asianajajan, hänen on vaikea vertailemalla löytää sellaista saati valvoa hänen toimintansa tehokkuutta.

Historiasta tulee poimia eräs opetus: jos yritetään muuttaa prosessikynnystä, tulee arvioida laajasti eri keinojen hyviä ja huonoja puolia, niiden luomia kannustimia sekä niiden suhdetta todellisuuden pinnanalaiseihin trendeihin. Tulee harkita esimerkiksi, tekeekö teknologinen kehitys jonkin uudistuksen tarpeettomaksi tai jonkin keinon nykyistä tehokkaammaksi. Olen edellä todennut, että teknologia ei riittävästi alenna kustannuksia lyhyellä aikavälillä eikä vaihtoehtoinen konfliktinratkaisu täytä täysin siviiliprosessin tehtäviä. Valvontalautakunnan ratkaisut sekä tuomioistuinten kulukorvauspäätökset antavat oikeussuojaa yksittäistapauksissa, mutta näiltä tahoilta ei voida odottaa prosessikynnystä muuttavia linjauksia. Myös pienet muutokset kulukorvaussäännöksiin ovat prosessikynnyksen kannalta vähäistä hienosäätöä,³⁰⁹ vaikka niitä ehkä sinänsä tarvitaan yksittäisten kohtuuttomuuksien torjumiseen.

Sen sijaan asianajajien palkkioperusteilla voi olla syvällisiä vaikutuksia kulatoriskisiin. Aiheesta tarvitaan kriittistä keskustelua, jossa mitään vaihtoehtoa ei unohdeta yksittäisen heikkouden vuoksi; kaikilla palkkioperusteilla näet on huomattavia vahvuuksia ja heikkouksia, kuten esimerkiksi Viitanen on selvittänyt.³¹⁰ Tässä kirjoituksessa olen esitellyt eräitä tulospalkkioihin liittyviä kysymyksiä, argumentteja ja tulkintasuosituksia. Julkinen oikeusapu estää tulospalkkioiden mielekkään käytön. Kaikki tulospalkkioiden lajit ovat hyvän asianajajataivan mukaisia, jos (ja vain jos) niihin on objektiivisesti erityinen syy. Arviointi tapahtuu päämiehen näkökulmasta, sillä tulospalkkiot eivät lähtökohtaisesti uhkaa vastapuolen oikeusturvaa edes kollektiivisessa lainkäytössä. Erityinen syy voi olla käsillä, jos oikeusturvavakuutus ei tuo korvausta tai jos korvaus ei läheskään kata väistämättömiä kuluja. Tulospalkkiot herättävät kysymyksiä riippumattomuudesta ja intressikonflikteista, mutta nämä eivät ole kategorisia esteitä. Tulospalkkion määrän täytyy olla kohtuullinen, luonnollisesti jutun laatuun ja laajuuteen nähden sekä erityisesti riskinjakoon nähden. Soveltaessaan tulospalkkioon OK 21:1:ää tuomioistuin puntaroi voittajan oikeussuojan täydellistämistä ja kohtuullisuutta. Pidän perustelluimpana vaihtoehtona, että tällöin tuomitaan vastaavanlaisen jutun normaalikorvaus.

Tulospalkkio on harvoin sekä sallittu että kannustava. Siksi sillä voidaan vaikuttaa prosessikynnykseen vain poikkeuksellisissa tilanteissa. Ei

³⁰⁹ Ks. myös Koulu 2017b, s. 148: ”Pessimisti ehkä sanoisi, että prosessilain kulusäänöksillä ei oikeudenkäyntikynnystä juuri saada lasketuksi. Yhtälö on yksinkertaisesti mahdoton ratkaista. Yhtäältä säännösten tulisi olla ennustettavia ja selkeitä, toisaalta taas tapauskohtaisia [...]”

³¹⁰ Viitanen 2011, s. 369–378.

voida vaatia, että asianajajat sitoutuisivat kehoihin sopimuksiin. Tilanne ei kuitenkaan ole näin synkkä, jos intressinhaltija voi yhdistää voimansa vertaistensa kanssa. Kollektiivinen lainkäyttö voi madaltaa prosessikynnystä ratkaisevasti, joko tulospalkkioehdoilla tai ilman. Siihen tosin liittyy lukuisia epävarmuustekijöitä, koska tapaohjeita tai oikeudenkäymiskaarta ei ole kirjoitettu joukkokanteita silmällä pitäen. Jos kollektiivista lainkäyttöä halutaan säännellä, tarvitaan laaja-alaista, kylmäpäistä ja tasapuolista lainvalmistelua. Muutoksiin sisältyy riskejä, mutta liika muutoksen pelko pitää prosessikynnyksen korkealla.

LÄHTEET

Kirjallisuus ja virallislähteet

- Ayling, Judith, Costs War II: CFAs, DBAs and Enforceability. *Journal of Personal Injury Law* 2/2013, s. 127–130.
- Bellander, Henrik, Rättegångskostnader. Iustus Förlag 2017.
- Brickman, Lester, Effective Hourly Fees of Contingency-Fee Lawyers: Competing Data, Noncompetitive Fees. *Washington University Law Quarterly* 2003, s. 653–736.
- Cassone, Alberto – Ramello, Giovanni, The simple economics of class action: private provision of club and public goods. *European Journal of Law Economics* 2011, s. 205–224.
- Cooter, Robert – Ulen, Thomas, *Law and Economics*. International edition. 6th edition. Pearson 2014.
- Ekelöf, Per Olof – Bylund, Torleif – Edelstam, Henrik, Rättegång: 3. häftet. 7. upplagan, Norstedts Juridik 2006.
- Ervasti, Kaijus, Oikeudenkäyntikulut pääkäsittelyyn edenneissä riita-asioissa. Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen julkaisuja 147. 1997.
- Ervasti, Kaijus, Riitaprosessiuidistuksen arviointi. Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen julkaisuja 154. 1998.
- Ervasti, Kaijus, Riitojen ratkaisu Suomessa Access to Justice -näkökulmasta. *Defensor Legis* 4/1999, s. 640–660.
- Ervasti, Kaijus, Lainkäytön funktiot. *Lakimies* 1/2002, s. 47–72.
- Ervasti, Kaijus, Riidat käräjäoikeuksissa. Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen julkaisuja 217. 2005.
- Ervasti, Kaijus, Käräjäoikeuksien riita-asiat. Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen tutkimustiedonantoja 93. 2009.
- Faure, Michael – Fernhout, Fokke – Philipsen, Nils, No cure, no pay and contingency fees, s. 33–56 teoksessa Mark Tuil – Louis Visscher (eds), *New Trends in Financing Civil Litigation in Europe*. Edward Elgar 2010.
- Fredman, Markku, Puolustajan rooli. Alma Talent 2018.
- Gamble, Roger, Not a class act (yet). *European Competition Law Review* 2016, s. 14–24.
- Halijoki, Juha, Oikeudenkäyntikulut ja niiden jakautuminen. *Defensor Legis* 2/2000, s. 205–229.
- Halila, Heikki, Oikeudellisia neuvontapalveluita tarjoavien palkkioperusteista. *Defensor Legis* 1999, s. 909–942.
- HE 191/1993 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle oikeudenkäyntikulujen korvaamista koskevien säännösten muuttamisesta.
- HE 309/1993 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamisesta.
- HE 107/1998 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle laeiksi oikeudenkäymiskaaren 21 luvun, oikeudenkäynnistä rikosasioissa annetun lain 9 luvun 8 ja 9 §:n sekä käräjäoikeuslain 19 §:n muuttamisesta.
- HE 82/2001 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle oikeusapulaiksi ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi.

- HE 54/2004 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle laeiksi asianajajista annetun lain ja valtion oikeusaputoimistoista annetun lain 6 §:n muuttamisesta.
- HE 29/2015 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle tuomioistuinmaksulaiksi sekä laiksi hallinto-oikeuslain 12 a §:n ja riita-asioiden sovittelusta ja sovintojen vahvistamisesta yleisistä tuomioistuimista annetun lain 28 §:n muuttamisesta.
- Helsingin hovioikeuspiirin laatuhanke: Oikeudenkäyntikulut. Helsingin hovioikeuden julkaisuja 2011.
- Hemmo, Mika – Hoppu, Kari, Sopimusoikeus. Alma Talent, päivitetty 3.12.2018.
- Hensler, Deborah R., The global landscape of collective litigation, s. 3–19 teoksessa Deborah Hensler – Christopher Hodges – Ianika Tzankova (eds), *Class Actions in Context*. Edward Elgar 2016.
- Hirvelä, Päivi – Heikkilä, Satu, Ihmisoikeudet – käsikirja EIT:n oikeuskäytäntöön. Edita 2013.
- Hodges, Christopher, Collective Redress: A Breakthrough or a Damp Squibb? *Journal of Consumer Policy* 37(1):2014, s. 67–89.
- Hodges, Christopher – Peysner, John – Nurse, Angus, Litigation Funding: Status and Issues. 30.1.2012, Oxford Legal Studies Research Paper No. 55/2012. <https://ssrn.com/abstract=2126506>. Haettu 31.12.2018
- Hupli, Tuomas, Kuinka erityinen prosessinyhteys?, s. 127–145 teoksessa Erkki Havansi – Risto Koulu – Heidi Lindfors (toim.), *Oikeudenkäyntejä ja tuomioistuimia: Juhlakirja Juha Lappalainen 60 vuotta*. COMI: Edita 2007.
- Hyvää asianajajatapaa koskevien ohjeiden kommentaari. Asianajajaliitto 31.1.2011.
- Hölttä, Olavi, Asianajon taito – opas riitajuttujen hoitamiseen. Edita 2016.
- Jokela, Antti, Oikeudenkäynti III. 2., uudistettu painos. Talentum 2015.
- Jokela, Antti, Oikeudenkäynti I. 3., uudistettu painos. Talentum 2016.
- Kahra, Hannu – Kuusela, Hannu – Kanto, Antti, Taloudellisen riskin hallinta, s. 72–87 teoksessa Hannu Kuusela – Reijo Ollikainen (toim.), *Riskit ja riskienhallinta*. Tampere University Press 2005.
- Kaisto, Janne, Lainoppi ja oikeusteoria. Edita 2005.
- Kalajdzic, Jasminka, The engine that drives: Fees, costs and the Canadian class action, s. 232–255 teoksessa Deborah Hensler – Christopher Hodges – Ianika Tzankova (eds), *Class Actions in Context*. Edward Elgar 2016.
- Karhu, Juha, Edun perusteettomuudesta hyötymisen epäasianmukaisuuteen, s. 171–195 teoksessa Lars Björne – Martti Kairinen – Jarmo Tuomisto (toim.), *Sopimus, vastuu, velvoite: Juhlajulkaisu Ari Saarnilehto 1947–21/11–2007*. Turun yliopisto 2007.
- Katz, Avery Wiener, Indemnity of Legal Fees. Teoksessa Boudewijn Bouckaert – Gerrit De Geest (eds), *Encyclopedia of Law and Economics*. <https://reference.findlaw.com/lawandeconomics/7300-indemnity-of-legal-fees.pdf>. [1999] Haettu 29.12.2018.
- Kilpiä, Heikki, Asianajajan roolista 2000-luvun alun riitaprosessissa. Kilpiä 2016.
- Klement, Alon, The class attorney – an agent without a principal, s. 212–231 teoksessa Deborah Hensler – Christopher Hodges – Ianika Tzankova (eds), *Class Actions in Context*. Edward Elgar 2016.
- KM 2003:3. Tuomioistuinlaitoksen kehittämiskomitean mietintö.
- Koulu, Risto: Yhdessä vai erikseen? – kollektiivisen lainkäytön lupaus. COMI 2017. (Koulu 2017a)

- Koulu, Risto, Kollektiivinen lainkäyttö: lupauksesta sovelluksiin. COMI 2017. (Koulu 2017b)
- Kritzer, Herbert M., Seven Dogged Myths Concerning Contingency Fees. *Washington University Law Quarterly* 2002, s. 739–784.
- Kuusela, Hannu – Ollikainen, Reijo, Riskit ja riskienhallinta-ajattelu, s. 16–54 teoksessa Hannu Kuusela – Reijo Ollikainen (toim.), Riskit ja riskienhallinta. Tampere University Press 2005.
- Käräjäoikeuksien siviiliasioiden ratkaisut 2013. Tilastokeskus. http://www.stat.fi/til/koikrs/2013/koikrs_2013_2014-04-02_fi.pdf. Haettu 29.12.2018.
- Lappalainen, Juha – Hupli, Tuomas: Oikeudenkäyntikulut ja niiden korvaaminen, luku teoksessa Dan Frände ym., Prosessioikeus. Alma Talent 2016.
- Lasola, Marjukka – Rissanen, Antti, Oikeusturvavakuutus ja julkinen oikeusapu. Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen tutkimustiedonantoja 119. 2013.
- LaVM 2/2015 vp – HE 29/2015 vp. Lakivaliokunnan mietintö n:o 2 hallituksen esityksestä Eduskunnalle tuomioisuinmaksulaiksi sekä laeiksi hallinto-oikeuslain 12 a §:n ja riita-asioiden sovittelusta ja sovinnon vahvistamisesta yleisissä tuomioistuimissa annetun lain 28 §:n muuttamisesta.
- Lehtinen, Lasse Juhani, Oikeusapulain mukaisen yksityisen avustajan oikeuksista ja velvollisuuksista. Helsingin yliopisto 2014.
- Lindblom, Per Henrik, Gruppaltan. *Norstedts Juridik* 1989.
- Lindell, Bengt, *Civilprocessen*. 2. upplagan. Iustus Förlag 2003.
- Maryland Access to Justice Commission: Fee-Shifting to Promote the Public Interest in Maryland. *University of Baltimore Law Forum* 2011, s. 38–64.
- Maurer, Virginia G. – Thomas, Robert E. – DeBooth, Pamela A., Attorney Fee Arrangements: The U.S. and Western European Perspectives. *Northwestern Journal of International Law and Business* 1999, s. 272–329.
- Mähönen, Jukka – Villa, Seppo, *Osakeyhtiö I*. 3., uudistettu painos. Talentum 2015.
- Männistö, Jarkko, Oikeudenkäyntikulut kannustimena – taloustieteellinen analyysi oikeudenkäyntikulujen korvausvelvollisuuden vaikutuksista. *Lakimies* 1/2005, s. 79–97.
- Määttä, Kalle, *Oikeustaloustieteen perusteet*. 2., uudistettu laitos. Edita 2016.
- Nagy, Csongor Istvan, Comparative Collective Redress from a Law and Economics Perspective. *Columbia Journal of European Law* 2013, s. 469–498.
- Niemistö, Sirpa, Asianajajan riippumattomuudesta suhteessa päämieheen. *Defensor Legis* 4/2000, s. 567–577.
- Paavola, Heli, Asiakasuskollisuus ja kuluttajan kokema riski, s. 190–217 teoksessa Hannu Kuusela – Reijo Ollikainen (toim.), Riskit ja riskienhallinta. Tampere University Press 2005.
- Peltonen, Jukka, Asianajajaoikeuden alasta – mitä asianajajaoikeus on? *Defensor Legis* 2/2017, s. 173–179.
- PeVL 2/1990 – HE 22/1990. Perustuslakivaliokunnan lausunto n:o 2 hallituksen esityksestä Eduskunnalle ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojaamiseksi tehdyn yleissopimuksen ja siihen liittyvien lisäpöytäkirjojen eräiden määräysten hyväksymisestä.
- Posner, Richard A., *Economic Analysis of Law*. 5th edition. Aspen 1998.
- Richmond, Douglas D., Turns of the Contingent Fee Key to the Courthouse Door. *Buffalo Law Review* 2017, s. 915–1019.

- Rowe Jr., Thomas D., The Legal Theory of Attorney Fee Shifting: A Critical Overview. *Duke Law Journal* 1982, s. 651–680.
- Rowe Jr., Thomas D., Shift Happens: Pressure on Foreign Attorney-Fee Paradigms from Class Actions. *Duke Journal of Comparative and International Law* 2003, s. 125–149.
- Saarensola, Satu, Oikeudenkäyntikulut ja kohtuullisuus. *Suomalainen Lakimiesyhdistys* 2017.
- Sacconi, Lorenzo, The case against lawyers' contingent fees and the misapplication of principal-agent models. *European Journal of Law and Economics* 2011, s. 263–292.
- Santala, Pekka, Asianajolaskusta, s. 310–325 teoksessa Timo Esko (toim.), *Näkökulmia asianajajaoikeuteen*, Edita 2004.
- Saraceno, Margherita, Group Litigation, Access to Justice and Deterrence. *Amsterdam Center for Law & Economics Working Paper No. 2008-04*. <http://ssrn.com/abstract=1128058>. Haettu 31.12.2018.
- Shajnfeld, Adam, A Critical Survey of the Law, Ethics, and Economics of Attorney Contingent Fee Arrangements. *New York Law School Law Review* 2009/2010, s. 773–809.
- Silver, Charles, Class Actions – Representative Proceedings, s. 194–239 teoksessa Boudevijn Bouckaert – Gerrit De Geest (eds), *Encyclopedia of Law and Economics*. <https://reference.findlaw.com/lawandeconomics/7600-class-actions.pdf>. [1999]. Haettu 31.12.2018.
- Slapper, Gary – Kelly, David, *The English Legal System*. 12th edition. Routledge 2011.
- Snyder, Edward A. – Hughes, James W., The English Rule for Allocating Legal Costs. *The Journal of Law, Economics, & Organization* 1990, s. 345–380.
- State of Collective Redress in the EU in the Context of the Implementation of the Commission Recommendation, Prepared by The British Institute of International and Comparative Law [2017]. https://www.biicl.org/documents/1881_StudyontheStateofCollectiveRedress.pdf?showdocument=1. Haettu 31.12.2018.
- Sunstein, Cass R., *Worst-Case Scenarios*. Harvard University Press 2009.
- Susskind, Richard, *Juristin huominen*. Talentum 2014.
- Tala, Jyrki – Pakarinen, Auli – Kyttä, Kaisa, Asianajajien valvonta yhteissäätelynä. *Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen tutkimustiedonantoja* 96. 2009.
- Talley, Eric L., On Uncertainty, Ambiguity and Contractual Conditions. *Delaware Journal of Corporate Law* 2009, s. 755–807.
- Turunen, Santtu, Ehdolliset palkkiot – keino madaltaa prosessikynnystä? *Defensor Legis* 4/2000, s. 606–624.
- Tversky, Amos – Kahneman, Daniel, Advances in Prospect Theory. *Journal of Risk and Uncertainty* 1992, s. 297–323.
- Tzankova, Ianika, Collective redress in *Vie d'Or*: A reflection on a European cultural phenomenon, s. 117–134 teoksessa Deborah Hensler – Christopher Hodges – Ianika Tzankova (eds), *Class Actions in Context*. Edward Elgar 2016.
- Ulen, Thomas, An introduction to the law and economics of class action litigation. *European Journal of Law and Economics* 2011, s. 185–203.
- Viitanen, Klaus, Nordic Group Actions: First Experiences and Future Challenges. *Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland* 3–4/2009, s. 599–613.
- Viitanen, Klaus, Asianajopalkkiot: kilpailu vai sääntely? Edita 2011.

- Virolainen, Jyrki, Prosessin pitkittymisen syistä, seurauksista ja ehkäisykeinoista. *Defensor Legis* 4/2006, s. 567–587.
- Virolainen, Jyrki – Pölonen, Pasi: *Rikosprosessioikeus* 1. Talentum 2003.
- Virolainen, Jyrki – Vuorenpää, Mikko, *Johdatus prosessioikeuteen*, luku teoksessa Dan Frände ym., *Prosessioikeus*. Alma Talent 2016.
- Vägledande regler om god advokatsed. Med kommentar, reviderad februari 2016. *Advokatsamfundet*.
- White, Robert C. A. – Atkinson, Rachel, *Personal injury litigation, conditional fees and after-the-event insurance*. *Civil Justice Quarterly* 2000, s. 118–135.
- Wihuri, Antti-Juhani, Ryhmäkanne: perusselvitys käyttömahdollisuuksista Suomen oikeusjärjestelmässä. Oikeusministeriön lainvalmisteluosaston julkaisu 3/1992.
- Ylänkö, Olavi, *Asianajajan velvollisuuksista päämiestä kohtaan asianajotoimeksiannossa*. 2. painos. Suomen Lakimiesliiton Kustannus 1985.
- Ylönen, Markku, *Asianajajaoikeus: laki, säännöt ja tapaohjeet*. 2., uudistettu painos. Alma Talent 2018.
- Zamir, Eyal – Ritov, Ilana, *Revisiting the Debate over Attorney’s Contingent Fees: A Behavioral Analysis*. *Journal of Legal Studies* 2010, s. 245–288.
- Zuckerman, Adrian, *Lord Justice Jackson’s Review of Civil Litigation Costs – Preliminary Report* (2009). *Civil Justice Quarterly* 28:2009, s. 435–447.

Muut lähteet

- AKT: Oikeusavustus. <https://www.akt.fi/edunvalvonta/oikeusavustus/>. Haettu 31.12.2018
Asianajajatutkimus 2017. Suomen asianajajaliitto.
- Edilex 5.6.2015: Asianajajaliitto ja kuluttajaliitto: Oikeusturvavakuutukset johtavat harhaan. <https://www.edilex.fi/uutiset/44608> Haettu 7.1.2018.
- FINEn organisaatio. <https://www.fine.fi/tietoa-finesta/organisaatio/finen-organisaatio.html>. Haettu 31.12.2018.
- FINEn vuosikertomus 2017. Vakuutus- ja rahoitusneuvonta FINE.
- HS 2.3.2016: Nokian Renkaita vastaan vireillä ”joukkokanne”. <https://www.hs.fi/talous/art-2000002889077.html>. Haettu 31.12.2018.
- HS 3.11.2018: 250 kuluttajaa valitti Nokian Renkaiden testivilpistä, lautakunta ei suositele korvauksia. <https://www.hs.fi/autot/art-2000005887467.html>. Haettu 31.12.2018.
- Kuluttajaliiton selvitys 2016: Selvitys ammattiliittojen ja YTK-yhdistyksen tarjoaman oikeusavun laajuudesta ja tasosta.
- Kuluttajariitalautakunnan toimintakertomus 2017.
- Palkkioriiita-asian suosituksen noudattamisesta. *Advokaatti* 5/2007, s. 22.
- Perustietoa oikeusturvavakuutuksista. Vakuutus- ja rahoitusneuvonta FINE 2018.
- Talouselämä 2.6.2016: Nokian renkaiden korvausvaatimukset kuihtuivat pikkurahoiksi. <https://www.talouselama.fi/uutiset/nokian-renkaiden-korvausvaatimukset-kuihtuivat-pikkurahoiksi-lm-yhtiolta-haetaan-30-korvausta/0e45c31c-cb4f-3714-8aef-b531ccadab8e>. Haettu 31.12.2018
- Tuomariliiton ehdotus työryhmän perustamisesta oikeudenkäyntikulujen alentamiseksi ja niiden oikeudenmukaisen jakautumisen parantamiseksi 9.8.2017. Suomen Tuomariliitto.
- Yle 9.10.2017: Pattitilanne: Ihmiset odottavat korvauksia Talvivaaran ympäristövahingoista, maksajaa ei löydy. <https://yle.fi/uutiset/3-9862208>. Haettu 31.12.2018

OIKEUSTAPAUKSET

Euroopan ihmisoikeustuomioistuin

Golder v. the United Kingdom, no. 4451/70, 21.2.1975

Korkein oikeus

KKO 1950 II 137

KKO 1997:26

KKO 1997:195

KKO 2002:71

KKO 2003:65

KKO 2004:23

KKO 2018:8

KKO 2018:65

Hovioikeudet

HHO 17.10.2012 nro 2813

HHO 25.6.2013 nro 1862

RHO 17.4.2015 nro 214

Vakuutusoikeus

VakO 4.12.2003/8291:2003

LYHENTEET

AAL	Laki asianajajista 12.12.1958/496
CFAO 2013	Conditional Fee Agreement Order 2013 No. 689
CLSA	Courts and Legal Services Act 1990 Chapter 41
CPR	The Civil Procedure (Amendment) Rules 2013 No. 262 (L. 1)
DBAR 2013	The Damages-Based Agreements Regulations 2013 No. 609
EIS	Euroopan neuvoston yleissopimus ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojaamiseksi (SopS 19/1990)
EYTO	eurooppalaisten asianajajien tapaohjeet 19.6.2006
GRGL	Lag om grupprättegång 2002:599
HE	hallituksen esitys
HHO	Helsingin hovioikeus
KKO	korkein oikeus
KM	komiteanmietintö
KP-sopimus	Yhdistyneiden Kansakuntien kansallisoikeuksia ja poliittisia oikeuksia koskeva kansainvälinen yleissopimus (SopS 8/1976)
LaVM	lakivaliokunnan mietintö
MaksuL	Tuomioistuinmaksulaki 11.12.2015/1455
OAA	Valtioneuvoston asetus oikeusavusta 23.5.2002/388
OAL	Oikeusapulaki 5.4.2002/257
OikTL	Laki varallisuus oikeudellisista oikeustoimista 13.6.1929/228
OK	Oikeudenkäymiskaari 1.1.1734/4
PalkkioA	Valtioneuvoston asetus oikeusavun palkkioperusteista 24.4.2008/290
PeVL	perustuslakivaliokunnan lausunto
PL	Suomen perustuslaki 11.6.1999/731
RHO	Rovaniemen hovioikeus
ROL	Laki oikeudenkäynnistä rikosasioissa 11.7.1997/689
TekijäL	Tekijänoikeuslaki 8.7.1961/404
VakO	vakuutus oikeus
VKL	vakuutuslautakunta

ACCESS TO JUSTICE AND ATTORNEYS' RESULT-BASED FEES IN FINLAND

The article deals with individual access to justice in civil cases. As litigation has become more expensive, the number of civil cases has declined sharply in Finnish courts over the last decades. In most of the cases, the "loser pays" rule regarding legal costs is applied, which makes litigation financially unpredictable and sometimes ruinous. The risks are significant, even though legal expenses insurance or public legal aid covers some of the costs in most cases.

Section 2 briefly evaluates some possible means to enhance access to justice. The means include making the civil procedure swifter, applying costs rules differently and developing third-party litigation funding. These reforms being rather unrealistic and ineffective, the article next examines result-based fees, which could improve access to justice.

Section 3 provides an overview of result-based fees, including U.S.-style contingency fees, U.K.-style conditional fees and success fees. All these are very rare in Finnish practice, yet not illegal. Sections 4 and 5 examine when and how the fees may be used in Finland. The Finnish Bar Association rules allow result-based fees if there is a justified reason to use them. As neither legal aid nor legal expenses insurance always provides financial shelter, the article examines situations in which such a reason exists. It also discusses the best contractual practices and the effect of result-based fees on the indemnity of legal costs.

Section 5 discusses result-based fees in collective redress – a term used in the European Union about group litigation – paying special attention to the European Commission Recommendation of 11 June 2013. Result-based fees are especially attractive in this context because litigants strive to avoid expenses and to incentivize the group attorney. On the other hand, if collective litigation is too riskless, there is a danger of legal blackmail. However, such a danger is very small in Finland. The article concludes with the notion that result-based fees currently have a narrow scope of application and are therefore unlikely to make much difference. Nevertheless, a more comprehensive discussion on attorney fee schemes is needed.

Mika Mäkilä ja Janne Holopainen

**YKSITYISEN RADIOTOIMINNAN
ULA-TAAJUUKSIEN
ALLOKAATIOVAIHTOEHTOJA –
HALLINTOPÄÄTÖKSISTÄ COASEN
JÄLKIMARKKINAEHDOTUKSIIN?**

Sisällys

1	JOHDANTO	175
1.1	Artikkelin tutkimuskohde ja tavoitteet.....	175
1.2	Artikkelin rakenne	178
2	COASEN EHDOTUKSET HALLINTOPÄÄTÖSALLOKAATION HAASTAJANA.....	179
2.1	Coasen ehdotusten pääpiirteet	179
2.2	Coasen ehdotusten soveltuvuus nykyajan taajuusallokaatioon.	182
2.3	Coasen ehdotukset vertailussa maaomaisuuden käytön sääntelyyn ja yhteishallintoon.....	186
3	RADIOTOIMINNAN RADIOTAAJUUKSIEN SÄÄNTELYHISTORIA JA NYKYTILANNE SUOMESSA	188
3.1	Radiotoiminnan kehitys	188
3.2	Taajuusallokaation oikeudelliset ja tekniset lähtökohdat.....	191
3.3	Taajuusallokaation tavoitteet kansallisessa lainsäädännössä nykyhetken asti	195
3.4	Nykyinen toimilupajärjestelmä ihmis- ja perusoikeuksien kannalta.....	197
3.5	ULA-radiotoimilupapäätökset vuosina 1985–2018.....	204
4	ULA-TAAJUUSALLOKAATION TAVOITTEET YLEISESTI	207
4.1	Resurssitehokkuus ULA-taajuusallokaatiossa	207
4.2	Taajuusallokaation mahdollisten tavoitteiden kirjo	211
4.3	Tavoitemäärittelyssä tarvittavan tiedon hankkiminen.....	220
5	ULA-TAAJUUKSIEN ALLOKAATIOMENETELMIEN VAIHTOEHDOT	222
5.1	Menetelmien vertailusta yleisesti.....	222
5.2	Huutokauppa rahavastiketta vastaan.....	223
5.3	Taajuusallokaatio käyttöoikeussopimuksella eli konsessiolla ..	230
5.4	Kauneuskilpailu ennalta päätettyjen laadullisten vertailukriteerien pohjalta	233
5.5	Kauneuskilpailu ilman ennalta määriteltyjä laatuksiteereitä.....	235
5.6	Aikaprioriteetti.....	236

6 JOHTOPÄÄTÖKSIÄ	237
LÄHDELUETTELO.....	242
OIKEUSTAPAUKSET.....	247
LYHENTEET.....	247
ALTERNATIVES FOR PRIVATE FM RADIO FREQUENCY ALLOCATION METHODS – FROM ADMINISTRATIVE LICENSING TO THE SECONDARY MARKET PRICE MECHANISM PROPOSED BY COASE.....	248

Yksityisen radiotoiminnan ULA-taajuuksien allokaatiovaihtoehtoja – hallintopäätöksistä Coasen jälkimarkkinaehtotuksiin?

1 JOHDANTO

1.1 Artikkelin tutkimuskohde ja tavoitteet¹

Tutkimuskohteenamme ovat yksityisessä radiotoiminnassa käytettävien ULA-radiotaajuuksien allokaatiomenetelmät. ULA-taajuuksia käyttävät yksityiset radiokanavat ja Yleisradio Oy radiokanavien lähettämiseen yleisön radiovastaanottiin.² Taajuuksia on yleisesti tarjolla vähemmän kuin niille on kysyntää, mikä edellyttää jollakin menetelmällä suoritettua allokaatiovalintaa. Suomessa allokaatio toteutetaan hallintomenettelyssä hakijoita laadullisesti vertailemalla ja myöntämällä ohjelmistotoimilupia vertailun voittajille. Voimassa oleva sääntely sisältyy sähköisen viestinnän palveluista annettuun lakiin (917/2014, jäljempänä viestintäpalvelulaki,

¹ Artikkelin kirjoittajista Mika Mäkilä on toiminut liikenne- ja viestintäministeriössä yksikön päällikkönä, ei kuitenkaan tämän artikkelin alaan kuuluvissa asioissa, ja Janne Holopainen hoitaa työssään Yleisradion mediasääntelyn päällikkönä sääntelyedunvalvontaa muun muassa radiotaajuusasioissa, mutta kirjoituksessa esitetyt näkemykset eivät ole Yleisradio Oy:n kannanottoja.

Kiitämme hyödyllisistä tiedoista ja artikkelin luonnosversioita koskevista kommentista seuraavia henkilöitä: liikenne- ja viestintäministeriön sekä liikenne- ja viestintäviraston nykyiset ja entiset virkamiehet Liisa Ero, Sini Wiren, Suvi Juurakko, Henriikka Rosti, Kari Kangas, Ismo Kosonen ja Elina Normo, työ- ja elinkeinoministeriön hallitusneuvos Elise Pekkala, OTT Mikko Puumalainen, dosentti Heikki Hellman, dosentti Marko Ala-Fossi, Radiomedia ry:n toimitusjohtaja Stefan Möller ja Radiomedia ry:n aiempi puheenjohtaja Leena Puntila. Kiitämme myös Oikeustiede–Jurisprudentia-vuosikirjan kahta referee-arvioijaa, joiden korjausehdotukset ovat parantaneet artikkelia olennaisesti.

ASIASANAT: sääntelytutkimus, oikeustaloustiede, radiotoiminta, toimilupa, radiotaajuus, Ronald H. Coase

² Yleisradio Oy:n toiminnasta säädetään Yleisradio Oy:stä annetussa laissa 1380/1993, jäljempänä YleL. Yleisradio Oy:stä käytämme myös ilmaisia Yleisradio ja Yle. Tämän artikkelin varsinaisena kohteena ei ole arvioida Ylen harjoittamaa julkisrahoitteista radiotoimintaa. Käytämme Ylen käyttöön osoitettujen taajuuksien allokaatiota apuna allokaatiomenetelmien yleisessä tarkastelussa.

SVPL)³.

Artikkelin tavoitteena on arvioida, 1) millainen sääntely on nyt voimassa, 2) millaisia allokaatiomenetelmiä eli sääntelyvaihtoehtoja on tarjolla, ja 3) miten erilaiset allokaatiomenetelmät soveltuvat yhteiskunnan erilaisten intressien saavuttamiseen. Arvioimme siten myös nykysääntelyn ulkopuolelle jääviä vaihtoehtoisia allokaatiomenetelmiä, joten artikkeliin sisältyy de lege ferenda pohdintaa.

Vaihtoehtoisia allokaatiomenetelmiä on tarjolla useita: hakemusten laadullinen vertailu joko etukäteen määritellyillä valintakriteereillä tai ilman niitä, julkisen hankintamenettelyn tyyppinen konsessiohankinta sekä taajuushuutokauppa joko määräaikaaisella tai pysyvällä omistusoikeustyyppisellä käyttöoikeudella. Viimeksi mainittua talousnobelisti Ronald H. Coasen property rights -nimellä kutsumiamme ehdotuksia käytämme tukena laajentaaksemme tutkittavien allokaatiomenetelmien joukkoa.⁴ Coase ehdotti taajuusallokaatiomenetelmäksi hintamekanismiin perustuvaa taajuuksien omistusoikeustyyppisten pysyvien käyttöoikeuksien vaihdantaa radiokanavien välisillä jälkimarkkinoilla.⁵

Teknisestä näkökulmasta radiokanavien ohjelmisto toimitetaan kuulutelijoiden vastaanottimiin ilmakehässä etenevien ULA- eli ultralyhyiden radioaaltojen välityksellä.⁶ Suomen valtion hallinnassa olevat ULA-taajuudet järjestetään viranomaistyönä radiokanavien kuuluvuusalueiksi, jotka ovat artikkelissa tarkasteltujen poliittisiin ja taloudellisiin päämääriin tähtäävien allokaatiopäätösten kohteena.

Oikeudellisesti radiotoiminta maanpäällisissä joukkoviestintäverkoissa jakaantuu ohjelmistotoimilupaa edellyttävään radiokanavien lähettämiseen sekä Yleisradion suoraan lain perusteella eli ilman toimilupavaatimusta

³ Lain nimike muutettiin lailla 68/2018, joka tuli voimaan 1.6.2018. Lain aiempi nimike oli tietoyhteiskuntakaari. SVPL 3 §:n 16-kohta määrittelee artikkelin aihepiirin seuraavasti: ”radiotoiminnalla [tarkoitetaan] radio-ohjelmista koostuvien ohjelmistojen samanaikaista lähettämistä yleisölle tietyn ohjelma-aikataulun mukaisesti”. Käytämme jäljempänä radiotoiminnan synonyymina myös sanaa ääniradiolähetys.

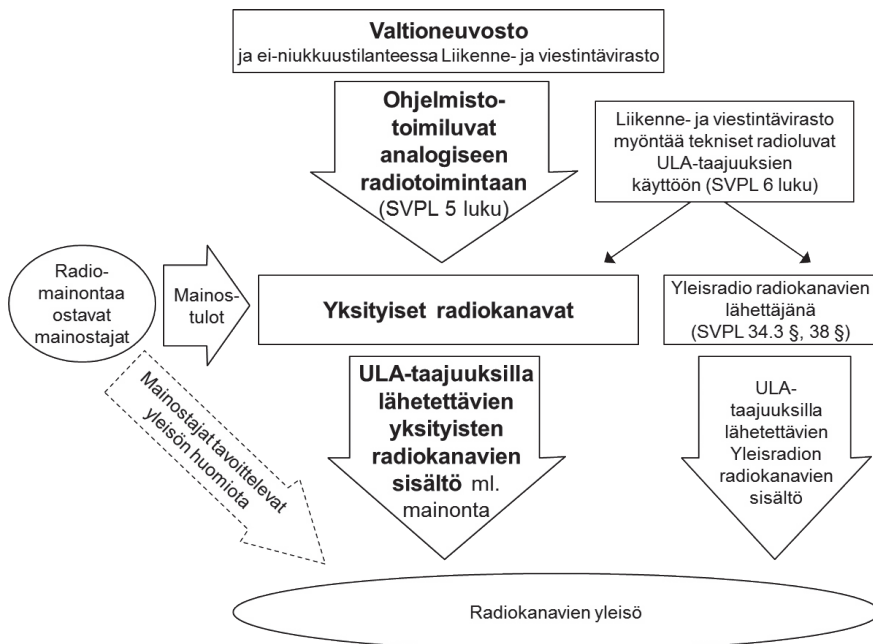
⁴ Coase 1959. Coase käyttää ilmaisua ”property rights”, joka voidaan kääntää varallisuustai omistusoikeudeksi. Käytämme artikkelissa myös ilmaisua omistusoikeustyyppinen siirtokelpoinen pysyvä käyttöoikeus pyrkien luonnehtimaan tarkasti Coasen kuvaamaa oikeusilmiötä. Lisäksi käytämme artikkelissa sanaa hintamekanismi korostamaan hintainformaation tärkeyttä ja hintainformaation kykyä välittää tietoa kysynnästä ja tarjonnasta. Coase käyttää muun muassa ilmaisua ”pricing system”.

⁵ Coase 1959. Tarkempi kuvaus jäljempänä.

⁶ Liikenne- ja viestintäviraston Taajuusjakotaulukko, taajuusalue 87,5–108 megahertsiä (MHz) otsikolla Yleisradioliikenne, käyttötarkoituksena ääniyleisradio. Taajuusjakotaulukko on Liikenne- ja viestintäviraston antaman Radiotaajuusmääräyksen 4Y/2019M liite, ja määräys on annettu SVPL 39 §:n 3 ja 4 momentin nojalla, sellaisina kuin ne ovat laissa 1003/2018.

harjoittamaan radiokanavien lähettämiseen.⁷ Kutsumme ohjelmistotoimilupaa edellyttäviä radiokanavia yleisnimellä *yksityiset radiokanavat*. Pääosa yksityisistä radiokanavista on kaupallista liiketoimintaa, mutta niiden joukossa on myös yksittäisiä aatteelliselta pohjalta ja/tai harrastotoiminnan muodossa toimivia kanavia. Suomen kaupallinen radiomarkkina ei siten toimi yksinomaan kaupallisista lähtökohdista eikä sitä voi muutenkaan arvottaa vain taloudellisin mittarein.

Radiotoiminnassa käytettävien ULA-taajuuksien allokaation ja käytön osapuolet on esitetty kuviossa 1. Artikkelin varsinaiset kohteet on merkitty kuvioon lihavoidulla kirjasyntyyppillä. Taajuuksien niukkuustilanteessa radion ohjelmistotoimiluvat tietyille kuuluvuusalueille myöntää valtioneuvosto. Toimilupien perusteella radiokanavat saavat käyttöönsä ULA-taajuudet Liikenne- ja viestintävirasto Traficomien myöntämässä radioluviissa määrittäillä tarkemmilla ehdoilla.



Kuvio 1. ULA-taajuuksien allokaation ja hyödyntämisen osapuolet voimassa olevan sääntelyn mukaan

⁷ SVPL 3 §:ssä olevien määritelmien mukaan maanpäällinen joukkoviestintäverkko ”on toteutettu vapaasti etenevien radioaaltojen välityksellä” (kohta 11), erotuksena puhelin-, laajakaista- ja kaapeli-tv-verkkojen kaapelijärjestelmissä etenevästä sähkömagneettisesta säteilystä. Ohjelmistotoimilupaa edellyttävästä radiotoiminnasta säädetään SVPL 5 luvussa. Ylen oikeudesta ULA-taajuuksia käyttöönsä ilman toimilupavaatimusta säädetään SVPL 34.3 ja 38 §:ssä.

Sääntelytutkimuksen näkökulmasta niukat ULA-taajuudet tarjoavat kiinnostavan tutkimuskohteen, koska hakijoiden välisessä kilpailussa ja allokatiopäätösten perusteissa nousevat esille useamman eri politiikka-alueen tavoitteet. Suomalaisissa ULA-taajuuksien allokatiopäätöksissä on taajuuspoliittisten tavoitteiden lisäksi sovellettu ainakin media-, elinkeino- ja turvallisuuspoliittisia valintaperusteita. Tässä artikkelissa sivuutamme ne allokatiomenetelmän valinnan kannalta epäkiinnostavat tilanteet, joissa niukkuutta ei ole.⁸

1.2 Artikkelin rakenne

Artikkelin toisessa luvussa kuvaamme Coasen ehdotusten pääpiirteet ja arvioimme ehdotusten soveltuvuutta radiotaajuuksien allokatiioon nykyään.

Artikkelin kolmannessa luvussa kuvailemme radiotoiminnan ja sen sääntelyn kehitystä Suomessa. Yksityinen radiotoiminta alkoi Suomessa vuonna 1985, jonka jälkeen lainsäädäntö ja toimilupakäytäntö ovat ehtineet kehittyä merkittävästi.

Neljännessä luvussa esittelemme taajuusallokaation mahdollisten tavoitteiden kirjon erityisesti allokatiopäätöksiin tarvittavan informaation hankkimisen kannalta. Pidämme lähtökohtana informaation epäsymmetrisyyttä, sillä radiotoiminnan markkinassa toimivilla yrityksillä on aina enemmän tietoa markkinaolosuhteista ja yleisön käyttäytymisestä kuin viranomaisilla.

Artikkelin viidennessä luvussa arvioimme allokatiomenetelmiä sen pohjalta, miten eri allokatiomenetelmät palvelevat yhteiskunnan erilaisten intressien toteuttamista. Otamme vertailuun myös allokatiomenetelmiä, jotka eivät sisälly nykyiseen lainsäädäntöön.

Kuudennessa luvussa esitämme johtopäätökset eri allokatiomenetelmien vahvuuksista, heikkouksista ja niiden soveltuvuudesta suomalaiseen radiotoiminnan markkinaan. Artikkelin loppuun arvioimme Coasen ehdotusten antia nyky-Suomen ULA-taajuusallokaatiolle.

⁸ Artikkelin kohteena olevat niukkuustilanteet ovat yleisempiä kuin ULA-taajuuksien ylitarjonta. Lukumääräisesti suuremman osan ULA-ohjelmistotoimiluvista on SVPL:n voimaantulon jälkeen vuosina 2015–2018 myöntänyt valtioneuvosto tilanteissa, joissa hakijoita on enemmän kuin myönnettäviä taajuuksia. Pienelle osalle ULA-taajuuksista ei ole ollut hakijoita, joten ne ovat jääneet vapaina odottamaan mahdollisia myöhempiä hakijoita. Radiotoiminnan harjoittamisesta kiinnostuneilla on siten pysyvästi ollut enemmän kysyntää taajuuksille kuin Suomessa on ollut tarjolla radiotoiminnan käyttöön soveltuvia ULA-taajuuksia.

2 COASEN EHDOTUKSET HALLINTOPÄÄTÖSALLOKAATION HAASTAJANA

2.1 Coasen ehdotusten pääpiirteet

Ronald H. Coase asetti radiotaajuuksien hallintopäätösallokaation kyseenalaiseksi vuonna 1959 julkaisemassaan tutkimusartikkelissa, jossa hän arvioi Yhdysvaltojen taajuussääntelyä sen alkuajoista televisioaikakauden alkuun 1950-luvulle asti.⁹ Yhdysvalloissa radiotoiminta alkoi 1920-luvun alussa, ja vuonna 1927 yksityinen radiotoiminta säädettiin luvanvaraiseksi. Hallinnollinen sääntely koski niin taajuuksien käytön teknistä yhteensovittamista kuin radiotaajuuksien käyttöoikeuksien jakamista hallintopäätöksillä. Yhdysvaltojen taajuusallokaatiomenetelmä 1950-luvulla vastasi periaatetasolla Suomessa nykyään ULA-taajuusallokaatiossa käytössä olevaa menetelmää.

Artikkelissaan Coase kritisoi radiotaajuuksien yksinomaiseksi allokaatiomenetelmäksi Yhdysvalloissa tuolloin valittua hallintopäätösallokaatiota. Hän esitti paremmaksi vaihtoehdoksi omistusoikeustyypisiin siirtokelpoisiin pysyviin käyttöoikeuksiin perustuvaa markkina- eli hintamekanismia. Coasen ehdotukset olivat Ala-Fossin kuvaamalla tavalla aikanaan käänteentekeviä, kun (poliittisen) lupajärjestelmän vaihtoehdoksi nousi hintamekanismi.¹⁰

Taloustieteen Nobel-palkinnon vuonna 1991 saaneen Coasen näkemykset tekee kiinnostavaksi myös se, että hän on eräs kansainvälisesti tunnetuimpia oikeustaloustieteen tutkijoita. Hän mukaansa nimetty Coasen teoreema on kuuluisa näkemys tehokasta resurssiallokaatiota tuottavan markkinamekanismin toimivuuden edellytyksistä hyvin määriteltyjen omistusoikeuksien, riittävän alhaisten oikeustoimikustannusten ja ulkoisvaikutusten vuorovaikutuksen pohjalta.¹¹ Coasen vuoden 1959 radiotaajuuksia koskeva artikkeli sisältää samoja aineksia kuin Coasen tunnetuimmat Nobel-palkinnon perusteluissa mainitut tutkimukset.¹² Coasen näkemykset ovat vuosikymmenten mittaan olleet toistuvasti esillä radiotaajuuksien allokaation akateemisessa tutkimuksessa.¹³

⁹ Coase 1959, s. 1–40.

¹⁰ Coase 1959, s. 14–35. Coasen ehdotusten käänteentekevyydestä Ala-Fossi 2005, s. 250–251 ja erityisesti alaviite 279.

¹¹ Gravelle – Rees 2004, s. 321.

¹² Vuoden 1991 taloustieteen Nobel-palkinnon lehdistötiedote Sveriges Riksbank 1991.

¹³ Coasen vuoden 1959 artikkelia (Coase 1959) myöhemmästä taajuusallokaatiota koskevasta oikeustaloustieteellisestä tutkimuksesta ja allokaatiomenetelmien muuttumisesta ml. taajuushuutokaupoista Van den Bergh – Paccos 2012, s. 357–359.

Radiotoiminnan taajuusallokaatiossa Coase päätyi johtopäätökseen, että radiotaajuudet eivät poikkeakaan esimerkiksi maaomaisuudesta siinä mielessä, että myös taajuusresurssin optimaalisin allokaatiomenetelmä on hintamekanismi. Coasen mukaan taajuuksien omistusoikeustyyppisten siirtokelpoisten pysyvien käyttöoikeuksien täsmällinen määrittely loisi pohjan vapaaehtoisen vaihdannan ja hintamekanismin avulla tapahtuvalle tehokkaalle resurssiallokaatiolle.¹⁴

Siirtokelpoisten käyttöoikeuksien haltijat kävisivät keskenään kauppaa oikeudesta käyttää taajuuksia, eli käytännössä ostaisivat ja myisivät radiokanavien kuuluvuusalueita. Kutsumme valtion liikkeelle laskemien taajuuksien pysyvien käyttöoikeuksien kauppaa taajuuksien jälkimarkkinaksi, vaikka Coase ei tätä ilmaisua käyttänyt. Jälkimarkkinoilla hintamekanismi välittäisi taajuuksien käyttäjien tarpeita ja niiden liiketoiminnan menestymistä koskevan informaation ylivoimaisen hyvin verrattuna siihen, miten viranomaisen kykenee keräämään ja hyödyntämään taajuuksien kysyntää koskevaa tietoa.¹⁵

Coase ehdotti, että taajuuksiin kohdistuvien julkisten intressien tyydyttäminen järjestettäisiin taajuuksien käyttöoikeuksien rajoituksina, samaan tapaan kuin maankäyttöä ohjaava lainsäädäntö rajoittaa maanomistajan lähtökohtaisesti rajoittamatonta käyttövaltaa maaomaisuuteen. Coase ei siten ehdottanut täysin vailla valtion sääntelyä toimivaa taajuusmarkkinaa. Hän katsoi, että vain välttämättömän sääntelyn puitteissa tapahtuvassa vaihdannassa toteutuva hintamekanismi tuottaisi yhteiskunnan ja talouden kannalta tehokkaampaa taajuusallokaatiota kuin mihin hallintopäätökset kykenevät.

Coase ei ota kantaa siihen, millä menetelmällä valtion tulisi alun perin allokoida taajuudet eli laskea taajuudet liikkeelle jälkimarkkinakaupan kohteeksi. Coasen korostama hintamekanismi toteutuu yksinkertaisemmin taajuushuutokaupassa. Siten siirtokelpoisten pysyvien taajuuksien käyttöoikeuksien huutokauppa sopii hyvin Coasen ehdotuksiin, mutta myös muut valtion käyttämät taajuuksien hinnoittelumenetelmät voisivat täyttää Coaselle keskeisen hintamekanismin käytön vaatimuksen.

Toinen tärkeä Coasen havainto radiotaajuuksien sääntelystä oli se, että vaikka sääntelyviranomaisen ei hyödynnä markkinamekanismia hallintopäätöksillä tapahtuvassa taajuusallokaatiossa, johtavat allokaatiopäätökset

¹⁴ Ruotsin taajuuspoliittinen selvitysmies käyttää periaatteellisena esimerkkinä hintamekanismin hyödystä taajuusallokaatiossa kiinteän kaapeliyhteyden ja toisaalta radiotaajuuksilla toteutetun langattoman tiedonsiirtoyhteyden kustannusten ja hyötyjen vertailua sekä niiden välittymistä päätöksentekoon rahamääräisinä hintamekanismin kautta SOU 2018:92, s. 81–82.

¹⁵ Coase 1959, s. 17.

markkinamekanismissa havaittavissa oleviin varallisuusvaikutuksiin. Hallintopäätöksellä myönnetty taajuustoimilupa vaikuttaa yrityksen ansaintamahdollisuuksiin, kannattavuuteen ja niiden kautta yrityksen arvoon pääomamarkkinoilla.¹⁶ Varallisuusvaikutukset ilmenevät käytännössä taajuustoimiluvan haltijana olevan yrityksen ollessa yrityskaupan kohteena. Yrityksen käytössä olevien taajuuksien arvo vaikuttaa yrityksen arvon määräytymiseen hintamekanismissa, vaikka taajuusallokaatio ei hyödyntäisikään hintamekanismia. Hallintopäätöksen aiheuttamat varallisuusvaikutukset ohitetaan päätösten perusteluissa, olipa taajuusviranomaisen vaikutuksista tietoinen tai ei. Näitä varallisuusvaikutuksia voidaan usein luonnehtia varallisuudensiirroksi valtion varoista elinkeinonharjoittajille, vaikka Coase ei käyttänyt tätä ilmaisua.

Coase kohdisti kritiikkiä myös hallinnollisen taajuusallokaation periaatteelliseen tavoitteeseen minimoida eri radiolähetysten toisilleen aiheuttamat vastaanottohäiriöt. Coase ehdotti taajuuspolitiikan tavoitteeksi taajuuksista saatavan hyödyn maksimointia (”to maximise output”).¹⁷ Coasen näkemys eroaa myös Suomen voimassa olevan lain tavoitteenasetannasta ”radiotaajuuksien tehokas ja häiriötön käyttö”.¹⁸

Coase hylkäsi myös viranomaisille hallintopäätöksellä annettavat yksinoikeudet taajuuksien käyttöön. Hän katsoi hintamekanismin sopivan erään edellytyksin myös taajuuksien viranomaiskäytön allokatiomenetelmäksi. Kilpailullisesti määräytyvä taajuuksien hinta ohjaisi viranomaiset arvioimaan toiminnallisten tarpeidensa edullisinta ratkaisuvaihtoehtoa tarpeiden vaihtoehtoisten toteuttamistapojen pohjalta ja toisaalta taajuuksien vaihtoehtoisen käyttötavan hyötyjen eli vaihtoehtoiskustannusten pohjalta.¹⁹

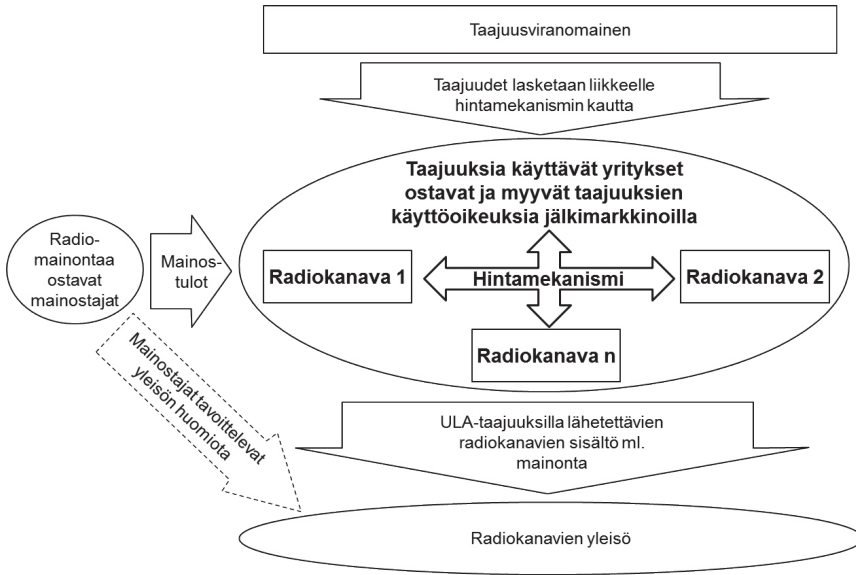
Coasen ehdotusten ydin on kuvattu kuviossa 2 lihavoidulla kirjaintyypillä. Coase ei nimenomaisesti ehdota, millaisessa menettelyssä viranomaisten pitäisi alun perin laskea radiotaajuudet liikkeelle.

¹⁶ Coase 1959, s. 22.

¹⁷ Coase 1959, s. 27.

¹⁸ SVPL 1 §.

¹⁹ Coase 1959, s. 21–22. Vaihtoehtoiskustannus (opportunity cost) on paras vaihtoehto niistä hyödyistä, jotka jäävät saamatta tietyn valinnan seurauksena. Jos taajuuksien allokatiopäätös merkitsee useiden eri keskenään vaihtoehtoisten hyötyjen saavuttamatta jäämistä, niin vain arvokkain toteutumatta jäävistä on vaihtoehtoiskustannus, eivät sen sijaan toiseksi, kolmanneksi ja niin edelleen parhaat toteutumatta jäävät. Tästä Pohjola 2014, s. 315 ja Gravelle – Rees 2004, s. 113–114.



Kuvio 2. Coasen ehdotus radiotaajuusallokaatiosta hintamekanismin avulla taajuuksien jälkimarkkinoilla

2.2 Coasen ehdotusten soveltuvuus nykyajan taajuusallokaatioon

Taajuushuutokauppa on yksi Coasen ehdotusten osittainen sovellutus. Vuodesta 1994 lähtien Yhdysvaltojen taajuusallokaatiossa on käytetty taajuushuutokauppoja myös ULA-taajuuksien kohdalla. Yhdysvaltojen taajuustoimiluvat eivät kuitenkaan ole vapaasti siirrettäviä, vaan siirto edellyttää hallintoviranomaisen hyväksyntää. Yhdysvalloissa nyt käytössä oleva huutokaupamalli ei siten ole Coasen tarkoittamaa hintamekanismin perustuvaa vapaata jälkimarkkinakaupankäyntiä.²⁰

Coasen esittämää kritiikkiä on haastettu sillä havainnolla, että Yhdysvalloissa kaupalliset radiokanavat ovat joka tapauksessa saaneet käyttöönsä sopivia taajuuskokonaisuuksia, eikä sääntely ollut esteenä radiotoiminnan yritysrakenteen kehittymiselle.²¹ Toisaalta Ala-Fossi on esittänyt Suomen allokatiokäytännöstä empiiristä näyttöä siitä, että nimenomaan avoin

²⁰ Taajuushuutokauppojen käytöstä Euroopassa Van den Bergh – Paces 2012, s. 357. Yhdysvalloissa käytössä olevista taajuusallokaatiomenetelmistä ks. FCC 2019a, kuten esimerkiksi Yhdysvaltojen vuoden 2015 ULA-taajuushuutokauppa. Taajuuksien hinnoittelua on selvitetty muun muassa Yhdistyneen Kuningaskunnan taajuuspolitiikassa, Yhdistyneen Kuningaskunnan taajuusviranomaisen Ofcomin julkinen kuuleminen vuonna 2004, Ofcom 2004, ja hiljattain Ruotsissa SOU 2018:92.

²¹ Ala-Fossi 2005, s. 61–68, erityisesti alaviite 60.

taajuushuutokauppa olisi joissakin tapauksissa oikeudenmukaisempi kuin lupajärjestelmä.²²

Coasen Yhdysvaltojen taajuusallokaatiojärjestelmästä esittämät kriittiset sääntelyteoreettiset näkemykset ovat kuitenkin eräiltä osin toteutuneet käytännössä. Coasen ehdottamaa taajuuksien vapaata jälkimarkkinakaupankäyntiä muistuttaa Yhdysvaltojen UHF-taajuusalueen Incentive Auction -menettely vuosina 2013–2017, jossa viranomainen järjesti kertaluonteisen, hallinnollisesti ohjatun hintamekanismin siirtämään taajuuksia tv-käytöstä laajakaistaverkkojen käyttöön.²³

Coasen artikkelin julkaisuajankohdan jälkeen radiotekniikassa tapahtunut teknologinen ja kaupallinen kehitys on muuttanut taajuusallokaation lähtökohtia. Allokaatiojärjestelmään kohdistuvat tarpeet ovat siten osaksi erilaisia kuin Coasen ehdotusten pohjana ollut tilanne.

Radioverkkojen käyttöön perustuvat media-, laajakaista- ym. hyödykemarkkinat saavat merkittävää etua taajuuskaistojen käyttötarkoitusten kansainvälisestä harmonisoinnista. Taajuuksien harmonisointi mahdollistaa sen, että globaali elektroniikkateollisuus voi valmistaa samoja radiolaitteita monille eri kansallisille markkinoille ja saavuttaa siten mittakaavahyötyjä. Laitteiden hintojen aleneminen taajuuksien käytön harmonisoinnin ja valmistajien globaalien kilpailun kautta tuottaa hyötyä radiolaitteita käyttäville monien toimialojen yrityksille ja kuluttajille.

Coasen artikkeli tarkasteli vain Yhdysvaltojen laajuista radiotaajuuksien markkinaa, kun taas nykyään taajuusallokaatiopäätöksillä on merkittävästi vahvempi kansainvälisen harmonisoinnin ulottuvuus. Coasen ehdottama yhden kansallisvaltion alueella toimivan taajuuksien jälkimarkkinan hintamekanismi ei kykenisi välittämään kaikkea kehittyvien radioverkkoteknologioiden käyttöönoton yhteydessä relevanttia informaatiota taajuusallokaatiopäätösten käyttöön.

Esimerkkinä voidaan käyttää tilannetta, jossa uuden 5G-radioverkko-tekniikan käyttöönoton odotetaan tuottavan globaalisti hyötyä uusissa käyttökohteissa uusille käyttäjryhmille. 5G-käyttöön suunniteltujen

²² Ala-Fossi 2005, s. 191–193 ja s. 250–251, erityisesti alaviite 279.

²³ Yhdysvaltain taajuusviranomainen Federal Communications Commission (FCC) hyödynsi vuosina 2013–2017 monimutkaista ketjutettujen käänteisten ja tavallisten huutokauppojen sarjaa siirtäessään hintamekanismin avulla UHF-taajuuksia tv-yhtiöiltä langattomien laajakaistaverkkojen operaattoreille. Incentive auction -menetelmässä viranomainen selvitti peräkkäisten huutokauppojen avulla, mikä oli se käypä hinta, jolla toisaalta tv-yhtiöt olivat valmiita luopumaan taajuuksistaan ja jonka toisaalta teleoperaattorit olivat valmiita maksamaan samoista taajuuksista. Viranomaisen tavoittelema taajuuksien uudelleenallokointi hintamekanismin avulla oli sama lopputulos, joka Coasen mielestä on saavutettavissa taajuuksien pysyvien käyttöoikeuksien vapaalla jälkimarkkinavaihdannalla, kunhan käyttöoikeudet on määritelty täsmällisesti. FCC 2019b ja Bates 2017.

taajuusalueiden nykyisten käyttäjien kannalta 5G-tekniikka ei kuitenkaan välttämättä ole houkuttelevaa, vaan ne saattavat haluta käyttää taajuuksia edelleen nykyisiin käyttötarkoituksiinsa. On mahdollista, että taajuuksien uusien 5G-käyttäjien kannalta 5G-käyttötarkoitukset voivat tarjota niin hyvän ansaintamahdollisuuden, että uusien käyttäjien kannattaa maksaa nykyisille käyttäjille taajuuksista niin korkea hinta jälkimarkkinoilla, että nykyiset käyttäjät ovat valmiita myymään siirtokelpoiset taajuutensa. Toisaalta 5G-tekniikan käyttöön voi kohdistua odotuksia sellaisista käyttökohteista, joille ei vielä ole olemassa valmiiksi organisoituneita taajuuksien käyttäjiä. Tässä tapauksessa taajuuksien jälkimarkkinakauppaan ei ole maksuhalukkaita ostajia eivätkä taajuudet siirry uusiin 5G-käyttötarkoituksiin. Tilanne muistuttaa uusien teknologioiden tutkimuksen ja käyttöönoton edistämisen yleisempää haastetta. Yrityksillä ei ole halua investoida kansantalouden kannalta pitkällä tähtäimellä hyödyllisiin kehityskohteisiin, jos investoinnit eivät ole yritystaloudellisesti arvioituna riittävän nopeasti ja riittävän paljon tuottavia. Teknologiakehitys ja innovaatiotoiminta vaativatkin tämän takia valtion investointeja ja ohjausta. Samaan tapaan uusien radioverkkoteknologioiden käyttöönotto edellyttää globaalia valtioiden keskinäistä yhteistyötä ja siihen perustuvaa kansallista toimilupaohjausta, jotta aiemmin muissa käyttötarkoituksissa olleet taajuudet saadaan siirrettyä uusiin käyttötarkoituksiin.

Erityisesti uusien radioverkkoteknologioiden käyttöönotto edellyttäneekin usein enemmän valtion suorittamaa sääntelyohjausta kuin Coase piti tarpeellisena. Tässä artikkelissa emme kuitenkaan tarkastele uusien radioverkkoteknologioiden tarvitsemien taajuusalueiden allokaatiota, vaan elinkaarensa kypsässä vaiheessa olevien ULA-taajuuksien allokaatiota.

Coaselaissa tarkastelussa Yleisradion käytössä olevat ULA-taajuudet ovat esimerkki viranomaisille osoitetuista taajuusyksinoikeuksista. Vaikka Yleisradion toiminta ei olekaan viranomaistoimintaa, niin Ylen lakisäänteen etuoikeus saada käyttöönsä radiotaajuuksia julkisen tehtävänsä toteuttamiseen vastaa viranomaisille osoitettuja yksinoikeuksia. Esittelemme jäljempänä Yleisradiolle osoitettuja ULA-taajuuksia koskevan voimassa olevan sääntelyn, vaikka rajaamme Ylen tuottaman julkisen mediapalvelun tämän artikkelin varsinaisen kohteen ulkopuolelle. Arvioitaessa Coasen ehdotuksia Ylen taajuuskäyttö toimii nyky-Suomessa esimerkkinä Coasen kritisoimista julkisorganisaatioiden taajuusyksinoikeuksista.²⁴

²⁴ Coase ei artikkelissaan mainitse julkisrahoitteisia radiokanavia, jollaisia ei niiden eurooppalaisessa muodossa esiinny Yhdysvalloissa. Coase mainitsee esimerkkinä vain Yhdysvaltain puolustushallinnon laajan taajuuskäytön. Coase 1959, s. 22. Puolustusvoimat ja muut turvallisuusviranomaiset ovat Suomessakin merkittävä taajuusyksinoikeuksien haltija (LVM 2019, liite Taajuustaulukko). Ruotsin taajuuspoliittisen selvitysmiehen ehdotus

Coasen esittämän julkisorganisaatioiden taajuusyksinoikeuksia koskevan kritiikin mukaisesti Ylen ULA-taajuuskäytölle ei nykyään tunnusteta vaihtoehtoiskustannusta. Ylen ULA-taajuuskäyttöä ei myöskään vertailla Ylen tavoitteiden vaihtoehtoisten toteutustapojen kustannuksiin. Käytännössä tämä tarkoittaisi nyt Ylen käytössä olevien ULA-taajuuksien vaihtoehtoisen käyttötavan hyötyjen arviointia ja toisaalta ULA-radiokanaviin nähden vaihtoehtoisten mediasisältöjen tarjontamuotojen kustannusten arviointia.

Coasen näkemystä soveltaen hintamekanismin käyttäminen toisi vaihtoehtoiskustannuksen näkyviin myös Ylen osalta. Tämä tarkoittaisi käytännössä esimerkiksi sitä, että Yle osallistuisi ULA-taajuushuutokauppaan kilpaillen taajuuksista kaupallisten radioyhtiöiden kanssa. Ylen kannattaisi maksaa ULA-taajuuksista enintään sen verran kuin ULA-taajuuksiin nähden muut vaihtoehtoiset nyt ULA-taajuuksia käyttävän julkisen mediapalvelun tavoitteiden toteuttamisen keinot aiheuttaisivat kustannuksia.

Tilanteessa, jossa muita keinoja samojen julkisen mediapalvelun tavoitteiden saavuttamiseksi ei olisi olemassa, huutokauppa ratkaisi kuitenkin kilpailevien kaupallisten radioyhtiöiden arvioiman ansaintapotentiaalin ja siitä johdetun maksuhalukkuuden perusteella. Tämä ei johtaisi julkisrahoitteisen mediapalvelun tehokkaimman toteuttamistavan löytämiseen, vaikkakin se johtaisi taajuusvarannon taloudellisesti optimaaliseen allokaatioon. Siten Coasen näkemykset eivät nähdäksemme sovellu julkisrahoitteisen mediapalvelun tarvitseman taajuusresurssin allokaatioon.

Coasen ehdotukset soveltuvat taajuusallokaatioon vaihtoehtoisten käyttökohteiden välillä ainakin silloin, kun eri käyttötarkoituksiin pyrkivät osapuolet ovat järjestäytyneet niin, että ne kykenevät toimimaan tehokkaan kaupankäynnin osapuolina. Nykyhetkestä arvioituna Coasen ehdotuksien heikkoudet eivät puolla jälkimarkkinaa yleiskäyttöiseksi taajuusallokaatiomenetelmäksi. Coasen periaatteellisilla ajatuksilla on kuitenkin paljon annettavaa nykyisen taajuusallokaation kehittämiseksi. Palaamme näihin periaatteellisiin näkemyksiin artikkelin lopuksi ULA-taajuusallokaation osalta.

kritisoi viranomaisten taajuusyksinoikeuksia Coasen ajatuksia noudattaen, SOU 2018:92, s. 184–185.

2.3 Coasen ehdotukset vertailussa maaomaisuuden käytön sääntelyyn ja yhteishallintoon

Coasen property rights -ehdotukset eivät ole toistaiseksi yleistyneet käyttöön, kun taas niukan maaomaisuuden allokaatio on pitkään perustunut pääosin siirtokelpoisiin omistusoikeuksiin. Kansallisvaltioiden taajuussääntelyratkaisut ovat toisaalta polkuriippuvaisen historiallisen kehityksen ja toisaalta ajoittain hetkellisten poliittisten valintojen tuloksia. Siten oikeustaloustieteellisesti kestävästikään perustellut sääntelyratkaisut eivät välttämättä tule valituksi taajuuspoliittisessa päätöksenteossa.

Vertaamme seuraavaksi Coasen ehdotuksia maanomistuksen kehitykseen ja pohdimme, miksi taajuuksien hallinnointi on muotoutunut erilaiseksi kuin maanpinnan käytön sääntely. Maanpinnan hyödyntämisen sääntelyssä ei ole käytössä vain yhtä yleispätevää mallia. Maan yksityisomistus, valtiollinen omistus, kollektiivinen omistus (yhteisalueet) ja jokamiehenoikeudet eroavat toisistaan olennaisesti. Omistusoikeuden vakiintumisen kannalta olennainen taustatekijä on niukkuus. Letto-Vanamo ja Määttä korostavat niukkuuden merkitystä nimenomaan eksklusiivisten varallisuusoikeuksien kehityksessä. Radiotaajuudet ovat samalla tavalla fysikaalisesti ehdottoman rajallinen resurssi kuin maanpinta. Siten juuri taajuuksien niukkuuden voi ajatella puoltavan Coasen taajuusallokaation property rights -ehdotuksiin siirtymistä.²⁵

Maaomaisuus on ollut alkujaan yhteishyödyke, jonka yhteiskäytöstä on siirrytty pääosin tarkoin määriteltyjen omistusoikeuksien malliin. Samalla ympäristöoikeudessa on luotu sääntelykeinot ulkoisvaikutusten hallitsemiseksi, esimerkiksi haitallisten ilma-, vesi- ja äänipäästöjen rajoittamiseksi. Maanomistuksien vaihdanta hintamekanismissa on välttämätön osa maanpinnan hyödyntämistä kansantaloudessa.²⁶

Coasen ehdotuksien voi katsoa saavan tukea Posnerilta, jonka mukaan yksityinen omistajuus on yhteiskäytön sijasta välttämätöntä, jotta maaresurssi saadaan tehokkaaseen käyttöön. Maanomistusoikeuksien siirtokelpoisuus on edellytyksenä sille, että resurssi siirtyy sitä tehokkaimmin käyttävälle, mikä taas palvelee koko kansantalouden etua.²⁷

Yhteishyödykkeiden tragedia (tragedy of the commons) ilmenee sekä maaomaisuuden että taajuuksien hyödyntämisessä, kun yhteishyödykkeen käyttö ylittää yhteisresurssin kapasiteetin. Tällöin vaihtoehtoina ovat

²⁵ Letto-Vanamo – Määttä 1996, s. 68–69.

²⁶ Posner 2003, s. 32–34 ja erityisesti siirtokelpoisuuden merkityksestä Letto-Vanamo – Määttä 1996, s. 77.

²⁷ Posner 2003, s. 32–34.

siirtyminen yksityisen omistusoikeuden käyttöön tai yhteishyödykkeen käytön sääntely. Coasen ehdotusten arvioinnissa periaatteellisesti kiinnostava kysymys on se, voisiko taajuusallokaatio toimia yhteishyödykkeen hallinnoinnin mallilla.²⁸

Toimivasta yhteishyödykkeen hallinnoinnista on suomalainen esimerkki yhteisten vesi- ja maa-alueiden hallinnointi. Historiallisen kyläjaotuksen mukaista yhteisomistusta hallinnoidaan osakaskunnan kautta.²⁹ Voisiko tällainen hallinnointimalli sopia taajuuksien käyttöön, kun kalastusoikeudetkin kyetään hallinnoimaan tällä mallilla? Taajuuksien käytön kansainvälisen luonteen takia vastaus on kielteinen. Radiolähetyksien kantavuus eli vaikutusalue vaihtelee lähetystaajuudesta ja -tehosta riippuen paikallisesta lähes maapallon laajuiseen. Paikallista laajempien radiolähetyksien kantavuusalueiden kohdalla yhteensovittaminen on kyettävä tekemään toisilleen täysin vieraiden, jopa eri maanosissa toimien taajuuksien käyttäjien välillä.³⁰

Ostromin edelleen kehittänyt yhteishyödykkeiden hallinnointi on tarkoitettu property rights -mallin ja ulkopuolisten viranomaisten suoritettaman hallinnoinnin vaihtoehdoksi. Ostromin yhteishyödyke-mallissa (common-pool resource) radiotaajuuksien hallinnointi olisi perusajatuksetaan taajuuksien käyttäjien keskinäistä yhteishallintoa.³¹

Arvioitaessa Ostromin ajatuksia vaihtoehtona Coasen ehdotuksille Ostromin näkemykset eivät vaikuta toimivalta ratkaisulta. Vaikka keskenään kilpailevien taajuuksien käyttäjien yhteishallinto selviäisikin taajuuksien käytön teknisestä yhteensovittamisesta, niin radiokanavien niukkojen kuuluvuusalueiden jakaminen kaikkien kilpailijoiden keskinäisellä kompromissipäätöksellä ei vaikuta realistiselta ajatukselta. Kaupallisessa toiminnassa käytettävien taajuuksien hallinnointi yhteishyödykkeenä olisi ongelmallista myös kilpailuoikeuden näkökulmasta, koska taajuusresurssin käytöstä sopiminen kilpailijoiden kesken olisi ilmeinen kielletty kilpailunrajoitus. Näistä syistä arvioimme tässä artikkelissa Coasen jälkimarkkinaehdotuksia vain suhteessa erilaisiin viranomaispäätöksissä sovellettaviin allokaatiomalleihin.

²⁸ Yhteishyödykkeen tragediasta Hardin 1968 ja Letto-Vanamo – Määttä 1996, s. 66–68.

²⁹ Kiinteistönmuodostamislaki 554/1995, 10 luku ja 13 luku, ja yhteisaluelaki (758/1989).

³⁰ Tämä ei kuitenkaan tarkoita sitä, että Coasen jälkimarkkinamalli ei olisi mahdollinen, kun taajuusjako on ensin tehty.

³¹ Ostrom 1990, s. 182–185.

3 RADIOTOIMINNAN RADIOTAAJUUKSIEN SÄÄNTELYHISTORIA JA NYKYTILANNE SUOMESSA

3.1 Radiotoiminnan kehitys

Suomessa valtion rahoittamalla ja lähes kokonaan omistamalla Yleisradiolla on pitkään ollut keskeinen asema radiotoiminnassa, vaikka yhtiön toiminnan käynnistyminen 1920-luvulla olikin seurausta yksityisten tahojen aktiivisuudesta. Valtiolliseksi yhtiöksi ja tosiasialliseksi monopoliksi Yleisradio muodostui vuonna 1934.³² Radiolaitteiden eli radiotaajuuksien käyttöä koskeva lainsäädäntö määräsi radiolähetykset luvanvaraiseksi, ja radiotaajuuksien käytön lupa myönnettiin vain Yleisradiolle.³³

Nykytyyppinen kaupallinen radiotoiminta alkoi kehittyä Suomessa, kun paikallisradiotoiminta sallittiin vuonna 1985.³⁴ Yleisradion kanssa kilpaileva radiotoiminta oli aluksi täysin paikallista, kun kukin radioasema sai käyttöönsä vain yhden paikkakunnan laajuisen kuuluvuusalueen tuottavan yksittäisen ULA-taajuuden.³⁵ Suomen käytössä olevan ULA-taajuusvarannon kannalta nykyisenkaltainen julkisrahoitteisten ja kaupallisten radiokanavien kilpailu olisi ollut teknisesti mahdollista jo Euroopan ULA-taajuuksien käyttöä järjestelleestä vuoden 1961 Tukholman radiokonferenssista lähtien.³⁶

Julkisrahoitteisen yleisradiotoiminnan monopolin murtuminen ja kaupallisen radiotoiminnan salliminen oli laajempi ilmiö, joka tapahtui useissa Euroopan maissa 1970–1980-luvuilla.³⁷ Kaupallisen radiotoiminnan toimilupajärjestelmä on muuallakin Euroopassa samantapainen kuin Suomessa.³⁸

1990-luvulla osa Suomen paikallisradioasemista liittyi radioasemien yhteistyöketjuiksi, jolloin paikallinen ohjelmatuotanto väheni. Moni radio-

³² Soramäki 2017, s. 10–28.

³³ Soramäki 2017, s. 13–14, Neuvonen 2012, s. 269–274 ja laki sähkölaitteista langatonta lähettämistä varten (150/1919) ja laki radiolaitteista (8/1927), jäljempänä vuoden 1927 radiolaitelaki.

³⁴ Kemppainen 2015, s. 157, Hujanen – Ala-Fossi 2017, s. 138–160 ja Soramäki 2017, s. 70. Noin puolet ensimmäisellä toimilupakerroksella toimiluvan saaneista lopetti ajan mittaan toimintansa konkurssin kautta.

³⁵ Kemppainen 2015, s. 156–159.

³⁶ Kemppainen 2015, s. 59–63.

³⁷ Julkisrahoitteisen yleisradiotoiminnan monopolin päättymisen taustalla olleista erilaisista poliittisista ja ideologisista suuntauksista Suomessa ja laajemmin Euroopassa Hujanen 1991, erityisesti taulukko, s. 36.

³⁸ Barendt 1993, s. 75–95 ja kaupallisen radiotoiminnan sallimisen ideologis-poliittisista taustoista ja tavoitteista Hujanen 1991.

asema ajautui konkurssiin, kun paikallinen yleisö ja mainostajajoukko eivät tuottaneet riittävää mainostulokertymää. Hiukan myöhemmin radioasemien omistus alkoi keskittyä harvempien yritysten omistukseen mainosmyynnissä ja radiokanavien tuottamisessa saavutettavissa olevien keskittymisetujen takia.³⁹ Radioliiketoiminnan keskittyminen poikkesi olennaisesti vuosina 1985 ja 1987 alkaneiden kahden ensimmäisen ohjelmistotoimilupakauden paikallisuutta korostaneista mediapoliittisista tavoitteista.⁴⁰ Paikallisen toiminnan laajentuminen valtakunnalliseksi hyväksyttiin valtioneuvoston päätöksenteossa ensimmäisen kerran vuoden 1994 toimilupakierroksella.⁴¹

Kolmessa vuosikymmenessä kaupallinen radiotoiminta on merkittävästi keskittynyt liiketoiminnallisten ajurien voimasta ja sääntelyn sen mahdollistaessa.⁴² Samalla Suomen kaupallinen radiotoiminta on tullut osaksi eurooppalaista radioliiketoiminnan keskittymiskehitystä, vaikka radiotoiminta oli alkuvaiheessa puhtaasti kansallista liiketoimintaa. Yhtenäistävää eurooppalaista sääntelyä ei ole ollut, joten Suomessa sääntelyratkaisut on tehty kansallisin perustein.

Kaupallisen radiotoiminnan harjoittajat hankkivat tulonsa myymällä mainostajille mainosaikaa radiokanaviltaan. Radiotoiminnan harjoittajien maksavina asiakkaina ovat siten mainostajat, jotka tavoittelevat radiokanavien kuuntelijoiden eli radioyleisön huomiota. Radioyleisön kannalta kaupallinen radiotoiminta on ilmaishyödyke, kuten muutkin perinteiset mainosrahoitteiset mediapalvelut.⁴³

³⁹ Kaupallisen radiotoiminnan taloudellisista näkökohdista laaja katsaus Ala-Fossi 2005, s. 39–60. Radiomarkkinan nykytilan kuvaus Hujanen – Ala-Fossi 2017.

⁴⁰ Käytämme sanaa viestintäpolitiikka yläkäsitteenä, joka kattaa muun muassa joukkotiedotusvälineiden sääntelyä koskevan mediapolitiikan sekä tietoliikennettä koskevan tele- ja laajakaistapolitiikan. Radiokanavien taajuusallokaatio ja sisällön sääntely ovat tv-kanavien sääntelyn ohessa mediapolitiikan ydinaluetta. Nämä politiikka-käsitteet eivät esiinny lainsäädännössä, mutta toistuvat liikenne- ja viestintäministeriön politiikka-asiakirjoissa.

⁴¹ Kemppainen 2015, s. 286–287. Vuoden 1994 toimilupakierroksen päätös on valtioneuvoston yleisistunnon 11.5.1994 pöytäkirjan kohta § 27, jonka liitteenä 4 on 6.5.1994 päivätty perustelumustio.

⁴² Radiotoiminnan keskittymiskehitystä arvioitiin perusteellisesti LVM:n julkaisuissa vuonna 2004: LVM 2004a ja LVM 2004b.

⁴³ Radiotoiminnassa ei ole Suomessa käytössä tilausmaksuihin perustuvaa maksuradiomallia, koska analoginen radiolähetystekniikka ei mahdollista radiokanavien salaamista salauksen-purkulaitteistolla maksua vastaan vastaanotettavaksi. Internetmainonnalla rahoitettavissa mediapalveluissa mainosten vastaanottamiseen yhdistyy mediajulkaisijan ja mainostajan pyrkimys kerätä mediayleisöstä mahdollisimman tarkkaa kaupallisesti hyödynnettävissä olevaa tietoa. ULA-radiokanavien analogisessa vastaanotossa ei ole teknisesti mahdollista kerätä tarkkaa yleisön käyttäytymistä koskevaa tietoa. Kaupallinen radiotoiminta voi mainostulojen lisäksi kerätä sponsorointituloja SVPL 218 ja 219 §:n rajoitusten puitteissa, mutta sponsoritulojen määrä on vähäinen.

Kaupalliset radiokanavat keräsivät vuonna 2018 mainostuloja yhteensä noin 65 miljoonaa euroa, josta kahden suurimman yrityksen Sanoma Oyj:n ja saksalaisomisteisen Bauer Media Oy:n yhteenlaskettu osuus oli lähes 80 prosenttia. Kaupallisessa radiomarkkinassa on siten merkittäviä oligopolistisia piirteitä, vaikka itsenäisiä pieniä paikallisia ja alueellisia radioyrityksiä on edelleen kymmeniä.⁴⁴

Sanoma Oyj:n lisäksi muutkin sanoma- ja ilmaisjakelulehtien kustantamista harjoittavat konsernit omistavat radiokanavia. Vuosien 2020–2029 toimilupakaudelle ohjelmistotoimilupia saivat muun muassa maakuntalehtien kustantajat Keski-suomalainen Oyj ja Kaleva Oy kertoen julkisuudessa tavoittelevansa synergiahyötyjä radiomainonnan ja lehtimainonnan myynnissä.

Yleisradio ei erittele radiotoimintaan käyttämäänsä rahasummaa. Yhtiön vuonna 2018 saamasta noin 462 miljoonan euron arvonnisäverottomasta julkisesta rahoituksesta radiotoimintaan käytetty rahamäärä on arviolta suurempi kuin kaupallisen radion mainostulojen määrä, kenties suuruusluokassa 100 miljoonaa euroa.

Kaupallisten radiokanavien maantieteelliset toiminta-alueet vaihtelevat vuonna 2019 päättyvällä toimilupakaudella niille osoitettujen ULA-taajuuksien peittoalueiden mukaan täysin valtakunnallisesta paikallisiin yhden kunnan alueella toimiviin. Valtakunnallisten suurten radioyritysten lisäksi markkinoilla toimii edelleen pienen mittakaavan kaupallisia paikallisradioita. Kaupallisten radiokanavien tavoittelemat yleisökohteryhmät vaihtelevat laajoille yleisöryhmille tarjottavista valtavirtakanavista suppeiden kohteryhmien yhden musiikkilajin tai vähemmistökielen radiokanaviin.

Taajuuksien niukkuustilannetta tutkittaessa taustakysymyksenä voidaan arvioida myös sitä, jatkuuko ULA-taajuuksien niukkuus myös tulevaisuudessa. Radiokanavien kuuntelun ja tulojen merkittävä väheneminen tai radiokanavien jakelun merkittävä siirtyminen muihin teknisiin jakeluteihin vähentäisi ULA-taajuuksien kysyntää ja voisi lopettaa tähän asti vallinneen taajuuksien niukkuuden. Koska musiikki on kaupallisten radiokanavien tärkein sisältötyyppi, niin musiikin kuuntelun siirtyminen lisääntyvässä määrin musiikin suoratoistopalveluihin voi tulevaisuudessa vähentää kaupallisen radiotoiminnan mainostuloja ja radiokanavien määrää.

Radiokanavia tarjotaan jo nyt kuunneltavaksi avoimessa internetissä, mikä ei edellytä toimilupaa tai muutakaan viranomaispäätöstä. Radioyleisön ja -mainostajien kannalta internet-jakelu ei vielä lähivuosina ke-

⁴⁴ Vastaava paikallisradioiden keskittymisprosessi on edennyt Ruotsissa vielä pidemmälle, Regeringens proposition 2016/17:136, s. 42. Radiokanavien keräämät mainostulot olivat vuonna 2018 noin 5 prosenttia kaikesta mediamainontaan Suomessa käytetystä rahasta, Kantar-tiedote 2018.

hittyne ULA-lähetyksiä korvaavaksi jakelutavaksi, vaan on luonteeltaan täydentävää. Pidemmällä tähtäimellä on todennäköistä, että radiokanavien internet-jakelu vähentää ULA-taajuuksien kysyntää.⁴⁵ Liiketoiminnallisesta ja teknologisesta näkökulmasta radiokanavien jakeluun käytettävät ULA-taajuudet ovat elinkaarensa loppupuolella, niin sanotusti kypsässä vaiheessa. Tämä muodostaa ULA-taajuuksien allokaatiopäätöksille erilaisen lähtökohdan kuin uusia liiketoimintamahdollisuuksia tarjoavien uusien radioverkkoteknologioiden käyttämät taajuudet.

3.2 Taajuusallokaation oikeudelliset ja tekniset lähtökohdat

Niukkojen radiotaajuuksien jakaminen on ensinnäkin taajuuksien tehokkaaseen käyttöön tähtäävää taajuuksien käytön yhteensovittamista vastaanottohäiriöiden ehkäisemiseksi. Toiseksi se on mediapoliittista päätöksentekoa taajuuskokonaisuuksien muodostamisesta, toimilupien saajien valitsemisesta ja toiminnalle asetettavista ehdoista.⁴⁶

Teknis-toiminnallisia päämääriä palveleva taajuuspoliittinen viranomais-työ ja toisaalta mediapoliittinen päätöksenteko kietoutuvat tiiviisti yhteen. ULA-taajuuksien allokaatioprosessin lopputuloksiin vaikuttavat olennaisesti viranomaisten teknisessä taajuussuunnittelussa ja valtioiden välisissä taajuuskoordinaationeuvotteluissa tekemät valinnat, mutta nämä eivät ole artikkelimme kohteena.⁴⁷ Liikenne- ja viestintäviraston teknisluonteisessa taajuuksien käytön yhteensovittamisessa tekemät ULA-taajuuksien ryhmit-

⁴⁵ LVM 2014, s. 43–44. ULA-taajuuksien kysyntä radiotoimintaan päättyisi kokonaan, jos radiokanavien jakelu ilmakehässä etenevillä radioaalloilla siirtyisi nykyisestä analogisesta lähetystekniikasta digitaaliseen radiolähetystekniikkaan, sillä radiokanavien digitaaliset lähetykset tapahtuvat nykyään muilla taajuusalueilla kuin ULA-taajuusalueella. Periaatteessa myös ULA-taajuuksille voitaisiin kehittää radiokanavien digitaalinen lähetystekniikka. Suomessa radiokanavien digitaalisen lähetystekniikan käyttöönotto ei ole näköpiirissä. Yleisradio kokeili vuosina 1997–2005 radiokanavien digitaalisia Digital Audio Broadcasting eli DAB-lähetyksiä VHF-taajuusalueella. Vuosina 2001–2016 Yle lähetti maanpäällisessä digitaalisessa televisioverkossa muutamia radiokanavia, joiden kuuntelu tuon verkon kautta jäi melko vähäiseksi.

⁴⁶ ULA-taajuusallokaatiota säännellään SVPL 5 ja 6 luvuissa, joiden nimet ovat ”Ohjelmistotoimilupa analogiseen radiotoimintaan” ja ”Radiolupa”. Lain 4 luvussa on erikseen säännökset digitaalisen televisio- ja radiotoiminnan ohjelmistoluovista, joita ei tässä artikkelissa käsitellä. Osaa 4 luvun säännöksistä sovelletaan SVPL 37 §:n 5 momentin perusteella myös 5 luvun mukaiseen analogiseen radiotoimintaan.

⁴⁷ Teknisiin valintoihin kuuluu muun muassa eri taajuuksilla lähetettävien radiokanavien väliin määriteltävän suojavälin eli ”käyttämättä jätettävien” taajuuksien määrä. Suojavälin kaventaminen lisää radiokanavien käyttöön tarjolla olevaa taajuuskapasiteettia, mutta samalla riski eri lähetystaajuuksien välillä syntyvistä vastaanottohäiriöistä lisääntyy. Ruotsalainen viranomaisarvio suojavälin kaventamisen vaikutuksista PTS-Rapport 2016, s. 14–15.

telypäätökset määrittävät sen, paljonko ja millaisia taajuuskokonaisuuksia tulee toimilupaprosessin kautta allokoitavaksi.⁴⁸

Viranomaisten toimivaltajako ULA-toimilupapäätöksissä määräytyy kysynnän ja tarjonnan välisen suhteen perusteella. Jos tietylle taajuudelle tai taajuuskokonaisuudelle on vain yksi hakija, Liikenne- ja viestintävirasto päättää ohjelmistoluvasta.⁴⁹ Niukkuustilanteessa eli jos taajuuteen tai taajuuskokonaisuuteen kohdistuvia hakemuksia on enemmän kuin yksi, toimilupapäätöksen tekee valtioneuvosto.

ULA-taajuusalueella käytetty radiolähetysten FM-modulaatio⁵⁰ on analogista lähetystekniikkaa, erotuksena radiokanavien lähettämiseen myös tarjolla olevista digitaalisista radiolähetystekniikoista.⁵¹ Tämän vuoksi SVPL:ssa käytetään toiminnasta nimitystä analoginen radiotoiminta.⁵² Analogisesti käytetyt ULA-taajuudet ovat edelleen eniten radiokuunteluun käytetty vastaanottotapa. ULA-taajuuksien kaupallista merkitystä osoittaa mediarytysten kilpailu ULA-toimiluvista marraskuussa 2018 päättyneellä jäljempänä selostettavalla toimilupakierroksella.

Ohjelmistotoimilupa- ja radiolupapäätöksillä valtio osoittaa radiotoiminnan harjoittajille käytettäväksi tietyt ULA-taajuudet tietyissä sijainpaikoissa ja tietyillä lähetystehovoimakkuuksilla. Radiokanavan käyttöön yhdellä tai useammalla paikkakunnalla osoitettavat ULA-taajuudet ja niiden lähetystehot määrittävät sen kuuluvuus- eli peittoalueen.

Suppea paikallinen kuuluvuusalue syntyy yhdellä paikkakunnalla ja yhdellä taajuudella pienellä lähetysteholla lähetettävälle radiokanavalle. Laajempi, laajimmillaan täysin valtakunnallinen kuuluvuusalue syntyy, kun samaa radiokanavaa lähetetään kymmenillä eri paikkakunnilla eri taajuuksilla suurilla lähetystehoilla. Yhtä ULA-lähetintä laajemman kuuluvuusalueen suunnittelu tapahtuu virkatyönä, jossa yksittäisiä paikkakuntaakohtaisia ULA-taajuuksia ryhmitellään laajemman peittoalueen

⁴⁸ Nykytyypiset taajuuskokonaisuudet muodostettiin suunnitelmallisesti ensimmäisen kerran vuoden 2006 toimilupakierrokselle, jota ennen oli jaettu useita toimilupia eri paikkakuntien taajuuksiin tuolloin erityisradioiksi kutsutuille osavaltakunnallisten kuuluvuusalueiden radiokanaville. LVM 2004a.

⁴⁹ Toimivalta voi siirtyä valtioneuvostolle SVPL 36 §:n 3 momentin perusteella myös silloin, kun luvan ”myöntämisellä voi olla huomattavia vaikutuksia viestintämarkkinoiden yleiseen kehitykseen”.

⁵⁰ FM tulee sanoista frequency modulation eli taajuusmodulaatio, joka on yksi analogisen radiolähetystekniikan muoto. Ilmaisuja FM-lähetykset ja ULA-lähetykset käytetään synonyymeinä.

⁵¹ Suomessa ei nykyisin harjoiteta SVPL 4 luvussa tarkoitettua digitaalista radiotoimintaa.

⁵² Analogiseen radiotoimintaan on Suomessa ULA-taajuusalueen lisäksi tarjolla pieni määrä taajuuksia myös keskipitkällä aaltoalueella (526–1606 kilohertsiä (kHz)), mutta näille taajuuksille ei ole ollut kysyntää. Analogista radiolähetystekniikkaa käytetään joukkoviestinnän lisäksi myös muussa radioviestinnässä, kuten lyhytaaltoradiopuhelimissa.

tuottaviksi ULA-taajuuskokonaisuuksiksi.⁵³

Periaatteellisina ääri vaihtoehtoina ovat toisaalta kaikkien ULA-taajuuksien allokointi erillisinä vain yhdellä paikkakunnalla käytettäväksi, jolloin ei synny lainkaan alueellisia tai valtakunnallisia taajuuskokonaisuuksia. Toisena ääri vaihtoehtona olisi kaikkien ULA-taajuuksien sijoittaminen alueellisiin tai valtakunnallisiin taajuuskokonaisuuksiin, jolloin ei olisi lainkaan tarjolla yhden paikkakunnan paikallisen peittoalueen taajuuksia.

Vuonna 2017 Suomessa käytössä olleesta 923 paikkakunta kohtaisesta ULA-taajuudesta 272 oli Yleisradion käytössä ja kaupallisten radiotoiminnan käytössä 651 kappaletta.⁵⁴ Taajuuksien lukumääräinen jakauma ei kuvasta niiden avulla saavutettavissa olevaa radioyleisöä, koska eri ULA-taajuuksilla on erisuuruiset sallitut lähetystehot.⁵⁵

Radiokanavien käyttöön osoitettavien ULA-taajuuksien määrää rajoittaa tarve suojata radiovastaanottoa vastaanottohäiriöiltä. Sääntelyteoreettisesta näkökulmasta kyse on mahdollistavasta eli fasilitoivasta sääntelystä, jotta vältetään potentiaalinen kaos taajuuksien käytössä.⁵⁶ Tästä huolehditaan Liikenne- ja viestintäviraston suorittamassa taajuussuunnittelussa, jossa määritellään muun muassa se, millä etäisyydellä toisistaan kaksi radiolähetintä voi käyttää samaa lähetystaajuutta.

Jos samaa lähetystaajuutta käytetään liian lähellä toisiaan olevissa lähetimissä, lähetteet häiritsevät toistensa vastaanottoa. Jos lähetystaajuuksien käyttöä ei säädeltäisi lainkaan, niin teoreettisessa ääritapauksessa kaikkien ULA-radiolähetysten vastaanotto kävisi koko maassa mahdottomaksi, kun kaikissa vastaanottosijainneissa kuultavat useat eri lähetykset häiritisivät liikaa toisiaan.⁵⁷

⁵³ Radiotoiminnan harjoittajat voivat omistaa ja operoida tarvitsemansa ULA-radiolähettimet itse tai hankkia ULA-radiolähetyspalvelun alihankintana ULA-radioverkko-operaattorilta. Paikallisen radiotoiminnan harjoittajat omistavat ja operoivat omia yksittäisiä lähettimiään usein itse, kun taas laajemmalla maantieteellisellä alueella radiotoimintaa harjoittavat ostavat lähetyspalvelun useimmiten alihankintana. Alihankintasopimuksista muodostuu radiolähetyspalvelujen tukkumarkkina, joka on SVPL 7–11 luvun mukaisen Liikenne- ja viestintäviraston harjoittaman markkinasääntelyn kohteena. ULA-radiolähetyspalvelujen tukkumarkkinan toiminta voi vaikuttaa radiotoiminnan harjoittajien liiketoimintamahdollisuuksiin ja kustannuksiin. Nämä aiheet eivät kuulu artikkelimme piiriin.

⁵⁴ NAG 2017, liite 2.

⁵⁵ NAG 2017, liite 2. Yhden ULA-taajuuden väestöpeitto suurella lähetysteholla ja korkealle sijoitetulla lähetysantennilla on suurimmillaan useita satoja tuhansia kotitalouksia, kun taas pienen lähetystehon ULA-taajuuden väestöpeitto haja-asutusalueella voi vähimmillään olla vain tuhansia kotitalouksia. Vuonna 2017 Yleisradion käytössä olleiden ULA-taajuuksien kappalemääräinen osuus kaikista ULA-taajuuksista oli noin 30 %, mutta Yleisradion käytössä olleiden taajuuksien yhteenlaskettujen lähetystehojen osuus kaikkien ULA-taajuuksien yhteenlasketusta lähetystehosta oli noin 75 %.

⁵⁶ Baldwin – Cave – Lodge 2012, s. 3.

⁵⁷ Toisin kuin ilmakehässä etenevien radioaaltojen käytön kohdalla, niin johtimilla toteu-

Kun radiolähetykset etenevät esteettä valtiorajojen yli, on sääntelyllä myös kansainvälinen ulottuvuus. Ääniradiolähetysten yleistyessä 1920-luvulta lähtien syntyi tarve valtioiden väliseen taajuuksien käytön koordinointiin, jotta eri valtioissa tapahtuvat radiolähetykset eivät häiritse toisissa valtioissa tapahtuvaa lähetysten vastaanottoa.

ULA-taajuudet ovat YK:n alajärjestön International Telecommunication Unionin eli ITUn puitteissa tehdyillä valtiosopimuksilla ja niihin liittyvillä päätöksentekomenettelyillä harmonisoitu siten, että tämä taajuusalue on maailmanlaajuisesti radiokanavien eli pelkkää ääni-informaatiota sisältävien radiolähetysten käytössä.⁵⁸ ULA-taajuudet on jaettu eri valtioiden kesken siten, että kussakin valtiossa taajuuksien käytöstä voidaan päättää kansallisesti, kun toisten valtioiden alueelle ulottuvat radiovastaanoton häiriöt on eliminoitu valtioiden välisellä taajuuskoordinaatiolla.

Kansainvälistä taajuuskoordinaatiojärjestelmää voi taloudellisella käsitteistöllä luonnehtia transaktiokustannusten alentamiseksi. Yksittäinen taajuuksien tarvitsija voi saada taajuuksien käyttöluvan matalammilla kustannuksilla kansallisen sääntelyn mukaisesti, kun valtiot ovat ensin keskenään sopineet taajuuksien käytöstä ja yhteensovittamisesta.⁵⁹ EU-sääntely määrittää jäsenvaltioiden soveltamille ULA-taajuuksien allokatiomenettelyille vähimmäisvaatimukset, mutta ei sisällä tarkempia ULA-allokatiopäätösten lopputulosta ohjaavia säännöksiä.⁶⁰

tetuissa kiinteissä televerkoissa on huomattavasti vähemmän radiokanavien jakelun kapasiteettirajoituksia. Kiinteiden laajakaistaverkkojen kautta jaettavia radiokanavia voidaan julkaista periaatteessa äärettömästi ilman verkkokapasiteetin asettamia rajoituksia, mikä poistaa niukkuudesta syntyvän allokatiopäätösten tarpeen. Kaapeli-tv-verkoissa analogisessa muodossa lähetettävien radiokanavien kohdalla on samantyyppiset kapasiteettirajoitteet kuin ilmakehässä etenevien radioaaltojen kohdalla. Kaapeli-tv-verkoissa digitaalisessa muodossa lähetettävien radiokanavien lähetyskapasiteetti on niin suuri, ettei niukkuutta Suomen oloissa synny. Kaapeli-tv-verkkojen omistajien toimintavapautta on rajoitettu asettamalla verkkojen omistajille SVPL 227 §:ssä Yleisradion tv- ja radiokanavien siirtovelvoite eli ns. Must Carry -velvoite. Siirtovelvoite rajoittaa kaapeli-tv-verkon omistajan liiketoiminnan vapautta kaapeli-tv-verkkoa käyttävän yleisön sananvapauden eli viestien vastaanottamisen vapauden turvaamiseksi. Kun siirtovelvoitesääntely rajoittaa yksityisen omaisuuden käyttövapautta, olemme rajanneet sen artikkelin ulkopuolelle. Tämän artikkelin kohteena ovat julkisessa hallinnassa olevan taajuusvarannon allokatiomenetelmät.

⁵⁸ Liittymällä Kansainväliseen teleliikenneyleissopimukseen (SopS 5/1986) Suomi on sitoutunut noudattamaan ITUn radio-ohjesääntöä (Radio Regulations), joka määrittää taajuusaluekohtaiset taajuuksien käyttötarkoitukset ja muut sopimusvaltioita sitovat taajuuksien käytöissännöt. Tarkemmin hallituksen esityksessä eduskunnalle televisio- ja radiotoimintaa koskevaksi lainsäädännöksi HE 34/1998 vp, s. 12, jäljempänä Tv-toimintalaki-HE.

⁵⁹ SOU 2018:92, s. 85–86.

⁶⁰ Taajuuksien teknis-toiminnallinen käyttötarkoitus on harmonisoitu globaalisti ITUn valtiosopimusjärjestelmällä. EU:n teledirektiivi määrittää minimiharmonisoinnin niille allokatiomenetelmille, joita jäsenvaltiot saavat käyttää radiotaajuusallokaatioissa. ULA-taajuusallokaation EU-sääntelyä voi kutsua lähinnä prosessuaaliseksi kahtiajaossa

3.3 Taajuusallokaation tavoitteet kansallisessa lainsäädännössä nykhetken asti

Paikallisradiotoimilupien myöntäminen tapahtui vuosina 1985–1998 vuoden 1927 radiolaitelain perusteella. Radiolaitelakia ei ollut säädetty silmälläpitäen kilpailullista radiotoiminnan markkinaa eikä se sisältänyt säännöksiä ULA-radiotoimilupien ja taajuusallokaation tavoitteista. Taajuusallokaatiopäätökset ja tavoitteiden asettaminen jäivät valtioneuvoston viestintäpoliittisen harkinnan ja toimilupapäätösten varaan.⁶¹

Vuoden 1927 radiolaitelain kumonnut ja vuonna 1999 voimaantullut laki televisio- ja radiotoiminnasta (744/1998, jäljempänä tv-toimintalaki) oli ensimmäinen nykytyyppistä kilpailullista radiokanavamarkkinaa varten säädetty laki. Lain tavoitteenasettelu keskittyi media- ja osaksi kilpailupoliittisiin tavoitteisiin. ULA-taajuusallokaatiolle ei lain perusteluissa asetettu nimenomaisia tavoitteita.⁶² Radio- ja tv-toimilupien myöntämisestä säädettiin lain 10 §:ssä.

Toimilupien myöntämisedellytyksiä ja valintaa niukkuustilanteessa sääntelevä tv-toimintalain 10 § oli voimassa vuosina 1999–2014: ”Julistaessaan haettavaksi ja myöntäessään toimilupia toimilupaviranomaisen tulee asianomaisella alueella harjoitettava televisiotoiminta ja radiotoiminta kokonaisuudessaan huomioon ottaen pyrkiä sananvapauden edistämiseen sekä turvaamaan ohjelmistotarjonnan monipuolisuus sekä yleisön erityis-

aineellisoikeudellinen versus prosessuaalinen sääntely. ULA-taajuuksia koskeva EU-sääntely sisältää kuitenkin myös allokatiopäätösten lopputuloksen sisältöä yleisellä tasolla ohjaavia säännöksiä, kuten vaatimuksen markkinoiden kilpailullisuuden ylläpitämisestä. Langattomien laajakaistaverkkojen taajuuksien allokatiolle EU-sääntely asettaa tarkempia taajuuksien käyttöä koskevia vaatimuksia. Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi (EU) 2018/1972 eurooppalaisesta sähköisen viestinnän säännöstöstä (European Electronic Communications Code, jäljempänä EECC), artikkelit 45–52 ja liite I osa D. Jäsenvaltioiden on pantava vuoden 2018 sähköisen viestinnän direktiivi kansallisesti voimaan 21.12.2021 mennessä. Vuoden 2018 sähköisen viestinnän direktiiviä edeltäneissä vuosien 2002 ja 2009 sähköisen viestinnän direktiiveissä oikeustila oli ULA-taajuusallokaation osalta sama.

⁶¹ HE 34/1998 vp, s. 16.

⁶² Tv-toimintalain 1 § määrittäi lain tavoitteen varsin lakonisesti ”Lain tarkoituksena on edistää televisio- ja radiotoiminnan harjoittamista.” Tv-toimintalaki-HE arvioi sananvapautta ja muita mediapoliittisia tavoitteita melko laajasti. Radio- ja televisiotoiminnan taajuusallokaatio esitetään teknisenä välttämättömyytenä ottamatta kantaa sen tavoitteisiin tai taloudellisiin vaikutuksiin, HE 34/1998 vp, s. 22. Tv-taajuuksien taloudellinen arvo ja taajuuksien käyttäjän niistä maksama korvaus on esillä Yleisradion rahoituksen järjestämisen yhteydessä, HE 34/1998 vp, s. 24. Hallituksen esitys toteaa ”... kunkin maan omista päätöksistä riippuu minkälaisen korvauksen valtio katsoo oikeaksi hallitsemiensa taajuuksien kaupallisesta käytöstä”. Siteerattu lause on osa kaupallisten tv-yhtiöiden Yleisradiolle maksaman julkisen palvelun maksun perustelua, ja siten yleisradiopoliittista sääntelyä koskeva lausuma eikä ilmennä taajuusallokaation periaatteita. Radiotoiminnan ULA-taajuuksien osalta vastaavaa arviointia ei hallituksen esityksessä ole.

ryhmien tarpeet. Toimilupa voidaan myöntää luonnolliselle henkilölle, yhteisölle tai säätiölle, joka on vakavarainen ja jolla on ilmeinen kyky säännölliseen toimiluvan mukaiseen toimintaan.”

Tv-toimintalain 11 §:ssä määriteltiin, millaisia toimilupamääräyksiä toimilupaviranomaisella oli oikeus antaa: ”Toimilupaviranomaisella on oikeus antaa toimilupiin liittyviä ohjelmatoimintaa koskevia, ohjelmiston monipuolisuuden ja yleisön erityisryhmien tarpeiden turvaamisen kannalta tarpeellisia määräyksiä.” sekä ”... myös määräyksiä, jotka koskevat: 1) lähetyksen alueellista kuuluvuutta tai näkyvyyttä; 2) vuorokautista lähetyssaikaa; ...”

Radiotaajuusallokaation teknisen sääntelyn perusteet uudistettiin jo vuoden 1988 radiolain (radiolaki 517/1988) eli kymmenen vuotta ennen tv-toimintalain tehtyä radio- ja tv-kanavien toimilupasääntelyn uudistamista. Radiokanavien taajuusallokaatiopäätökset oli kuitenkin kokonaan rajattu tämän teknistä taajuusallokaatiota koskevan lain ulkopuolelle.⁶³ Seuraava vuoden 2001 radiolaki (radiolaki 1015/2001)⁶⁴ kattoi kaikkien radiotaajuuksien kaikki käyttötarkoitukset, mutta ULA-radiotoiminnan vain teknisen taajuusallokaation osalta, kun ULA-toimilupapäätösten perusteista säädettiin edelleen tv-toimintalaissa. Vuoden 2001 radiolain tavoitteet muistuttivat jäljempänä selostettavia nyt voimassa olevan SVPL:n tavoitteita, mutta nämä tavoitteet eivät siis vielä tuolloin koskeneet ULA-taajuusallokaatiopäätösten perusteita.⁶⁵

Vuodesta 2015 lähtien taajuuspolitiikan tavoitteet on määritelty SVPL 1 §:ssä lain yleistavoitteissa. ULA-taajuuksien allokation kannalta merkittävät SVPL:n tavoitteet ovat seuraavat:

- viestintäpalveluja on kohtuullisin ehdoin jokaisen saatavilla koko maassa,
- radiotaajuuksien tehokas ja häiriötön käyttö,
- kilpailun edistäminen,
- viestintäverkot ja -palvelut ovat teknisesti kehittyneitä, laadultaan hyviä, toimintavarmoja ja turvallisia sekä hinnaltaan edullisia.⁶⁶

⁶³ Vuoden 1998 radiolain perusteluissa tavoitteiksi määritettiin mm. ”... radioviestintämahdollisuuksien monipuolisuus ja niiden mahdollisimman vapaa, tehokas ja tarkoitukseenmukainen käytettävyys sekä niiden pysyminen teknisen kehityksen tasalla”. Hallituksen esitys eduskunnalle radioviestintää koskevaksi lainsäädännöksi HE 119/1987 vp, s. 4.

⁶⁴ Lain nimike muutettiin lailla 46/2005 kuulumaan laki radiotaajuuksista ja telelaitteista.

⁶⁵ Vuoden 2001 radiolain 1 §:n mukaisia tavoitteita olivat mm. ”... 1) edistää radiotaajuuksien tehokasta, tarkoitukseenmukaista ja riittävän häiriötöntä käyttöä; 2) turvata radiotaajuuksien tasapuolinen saatavuus; ...” Lain perusteluissa tavoitteiksi määritetään mm. radiotaajuuksien saatavuus ja riittävä häiriöttömyys sekä radiolaitemarkkinoiden kilpailun edistäminen, HE 80/2001 vp, s. 12.

⁶⁶ SVPL:n yleistavoitteet ovat yhdenmukaisia EEC:ssä säädettyjen jäsenvaltioiden

SVPL 36.5 §:ssä määritellään valtioneuvostoa velvoittavat tavoitteet tilanteissa, joissa ULA-taajuuksista on niukkuutta: ”Valtioneuvoston tulee toimilupa-alueella harjoitettava radiotoiminta kokonaisuudessaan huomioon ottaen pyrkiä sananvapauden edistämiseen sekä turvaamaan ohjelmistotarjonnan monipuolisuus ja yleisön erityisryhmien tarpeet tavalla, joka parhaiten edistää 1 §:ssä säädettyjä tavoitteita.” Tämä säännös on nykysääntelyssä niukkuustilanteessa tehtävän toimilupien saajien valinnan perusta ja siten tämän artikkelin keskeinen kohde voimassa olevassa oikeudessa.

Nykyisen toimilupajärjestelmän keskeinen sanktio on SVPL 32 §:n mukainen mahdollisuus peruuttaa toimilupa muun muassa lupaehtojen rikkomisen takia. Muita toimilupaehtojen noudattamista koskevia sanktioita ovat SVPL 42 luvussa säädetty valvontaprosessia tukevat huomautus, radiotoiminnan väliaikainen keskeyttäminen sekä uhkasakko, keskeyttämisuhka ja teettämisuhka.⁶⁷

Toimiluvan peruuttaminen toimilupaehtojen rikkomisen seurauksena merkitsee radiokanavan liiketoiminnan lopettamista kokonaan ja on siten elinkeinovapauden näkökulmasta ankara sanktio. Uhkasakko voidaan asettaa toimilupaehtorikkomuksen vakavuuden mukaisesti, joten sen avulla voidaan oikeasuhtaisesti puuttua lievempiin ehtojen noudattamatta jättämistilanteisiin.⁶⁸ Jäljempänä konsessioita koskevassa jaksossa arvioimme yksityisoikeudellisten sopimusperusteisten sanktioiden käyttömahdollisuuksia.

3.4 Nykyinen toimilupajärjestelmä ihmis- ja perusoikeuksien kannalta

Radiotoiminnan luvanvaraisuudesta ja sananvapaudesta Euroopan ihmisoikeussopimuksessa ja tuomioistuimen ratkaisukäytännössä

Euroopan ihmisoikeussopimuksen 10 artiklan 1 kappaleessa määrätään sananvapaudesta seuraavasti:

”Jokaisella on sananvapaus. Tämä oikeus sisältää vapauden pitää mielipiteitä sekä vastaanottaa ja levittää tietoja ja ajatuksia alueellisista rajoista

radiotaajuusallokaatiomenettelyissä noudatettavien periaatteiden kanssa, EEC:n artikkelit 45–52.

⁶⁷ SVPL 334 §:ssä säädetty seuraamusmaksu toimii radiokanavien SVPL:ssä määritellyn sisältösääntelyn tehosteena. Seuraamusmaksu sekä rikoslain joukkoviestintää koskevat säännökset jäävät tämän artikkelin ulkopuolelle, kun ne eivät toimi toimilupaehtojen rikkomisen sanktioina.

⁶⁸ Valvontaviranomainen on ainakin kerran määrännyt uhkasakon maksettavaksi, ks. Viestintävirasto 2011.

riippumatta ja viranomaisten siihen puuttumatta. Tämä artikla ei estä valtioita tekemästä radio-, televisio- ja elokuvayhtiöitä luvanvaraisiksi.”

Suomalaista radiotoiminnan toimilupajärjestelmää tulee arvioida myös suhteessa Suomea velvoittavaan Euroopan ihmisoikeussopimukseen nähden. Vaikka radiotoiminnan määrittäminen luvanvaraiseksi on sopimusmääräyksen mukaan sallittua, on sopimusmääräyksen tulkinta otettava huomioon järjestettäessä kansallisesti sananvapauden, toimilupaviranomaisen toimivallan ja yksityisen radiotoiminnan elinkeinovapauden suhteita.

Euroopan ihmisoikeussopimusta arvioidessaan Pellonpää, Gullans, Pölönen ja Tapanila toteavat, että radiotoiminnan sääntelyssä ”valtioilla on laajempi harkintamarginaali kuin muun sanavapauden kohdalla”. Perusteena tälle näkemykselle on luvanvaraisuuden toteaminen sananvapauseriaatteen yhteydessä artiklan samassa kappaleessa.⁶⁹

Sananvapauden rajoittamisen edellytykset täsmentyvät ihmisoikeussopimuksen 10 artiklan 2 kappaleessa, jossa määrätään rajoitusperusteista seuraavasti:

”2. Koska näiden vapauksien käyttöön liittyy velvollisuuksia ja vastuuta, se voidaan asettaa sellaisten muodollisuuksien, ehtojen, rajoitusten ja rangaistusten alaiseksi, joista on säädetty laissa ja jotka ovat välttämättömiä demokraattisessa yhteiskunnassa kansallisen turvallisuuden, alueellisen koskemattomuuden tai yleisen turvallisuuden vuoksi, epäjärjestyksen tai rikollisuuden estämiseksi, terveyden tai moraalien suojaamiseksi, muiden henkilöiden maineen tai oikeuksien turvaamiseksi, luottamuksellisten tietojen paljastumisen estämiseksi, tai tuomioistuinten arvovallan ja puolueettomuuden varmistamiseksi.”

Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tapauksessa *Groppera Radio AG ym. v. Sveitsi* (1990) oli kysymys radiotoiminnan rajoittamisesta yhtäältä 10 artiklan 1 kappaleen ja toisaalta 2 kappaleen rajoitusperusteiden kannalta. Asia koski Italiasta Sveitsiin suunnattujen radio-ohjelmien lähettämisen rajoituksia. Tuomioistuimen mukaan ihmisoikeussopimusta ei tässä tapauksessa rikottu, koska valtioille on sallittu radiotoiminnan kontrollointi lupajärjestelmän kautta, erityisesti teknisillä perusteilla. Toimilupajärjestelmän on oltava lakisääteinen ja sen on oltava välttämätön artiklassa mainittujen tavoitteiden suojaamiseksi.⁷⁰

Radiomonopolin hyväksyttävyyttä ei aikaisemmin asetettu kyseenalaiseksi 10 artiklan perusteella. Ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytännössä on sittemmin noussut esiin yleisradiomonopolin ongelmallisuus sekä tarve

⁶⁹ Pellonpää – Gullans – Pölönen – Tapanila 2018, s. 876 ja siinä olevat alaviitteet.

⁷⁰ Mt, s. 876–877 ja Manninen 2011, s. 470–471.

median moniarvoisuuteen ja ohjelmatoiminnan sisällön moninaisuuteen. Ihmisoikeussopimus ja sen tulkintakäytäntö asettavat tässä artikkelissa vertailun kohteena oleville allokatiomenetelmille edellä kuvatut lakisääteisyys ja välttämättömyyden sekä mediatarjonnan moniarvoisuuden ja moninaisuuteen edistämisen vaatimukset. Ihmisoikeussopimus ei kuitenkaan tarkemmalla tasolla rajoita Suomen toimintavapautta allokatiomenetelmän valinnassa.⁷¹

Radiotoiminnan luvanvaraisuus ja sananvapaus Suomen perusoikeusjärjestelmässä ja eduskunnan perustuslakivaliokunnan lausunnoissa

Suomen perusoikeusjärjestelmän sananvapautta koskeva säännös on perustuslain 12 §:n 1 momentissa: ”Jokaisella on sananvapaus. Sananvapauksen sisältyy oikeus ilmaista, julkistaa ja vastaanottaa tietoja, mielipiteitä ja muita viestejä kenenkään ennakolta estämättä. Tarkempia säännöksiä sananvapauden käyttämisestä annetaan lailla.”

Sananvapauden ja erityisesti ’ennakolta estämättä’ kannalta radiotoiminnan ”luvanvaraisuus ei varauksettomasti sovi perustuslain sananvapaussäännöksessä vahvistetun ennakoesteiden kiellon puitteisiin”, kuten Perusoikeudet -teoksessa todetaan.⁷² Toisaalta toimilupajärjestelmä todettiin hyväksyttäväksi perusoikeusudistuksen yhteydessä.⁷³

Nykytyyppistä toimilupajärjestelmää tv-toimintalailla perustettaessa vuonna 1998 perustuslakivaliokunta katsoi, että taajuuksien niukkuus on hyväksyttävä peruste sananvapauden rajoittamiselle toimilupajärjestelmällä. Lupajärjestelmän ylläpitäminen on siten valtiosääntöoikeudellisesti hyväksyttävää radioteknisillä perusteilla, jotka voivat muuttua teknisen kehityksen myötä vaikuttaen myös lupajärjestelmän sallittavuuteen, kuten valiokunta on sittemmin lausunut.⁷⁴

Valiokunta piti välttämättömänä vaatimuksena toimilupajärjestelmälle sitä, että taajuudet jaetaan tasapuolisesti radiotoiminnan harjoittajien kesken. Lisäksi valiokunta totesi, että on tärkeää estää viestinnän keskittymistä ja että ”toimilupapolitiikassa on myös pyrittävä siihen, että toimilupa

⁷¹ Pellonpää – Gullans – Pölönen – Tapanila 2018, s. 876–878. EIT:n oikeustapauksista Informationsverein Lentia ym. v. Itävalta (1993) ja Centro Europa 7 S.R.L. ja di Stefano v. Italia (suuri jaosto, 2012).

⁷² Manninen 2011, s. 470.

⁷³ HE 309/1998 vp, s. 56–58.

⁷⁴ Tv-toimintalaki-HE:tä koskeva PeVL 19/1998 vp, s. 2–3. Vuoden 1995 perusoikeusudistuksen hallituksen esityksessä HE 309/1993 vp, s. 56–58 todettiin toimilupajärjestelmän hyväksyttävyyden sananvapauden kannalta. Perustuslakivaliokunnan mietintö perusoikeusudistuksesta ei arvioinut toimilupajärjestelmää perusoikeuksien kannalta PeVM 25/1994 vp, s. 9.

myönnetään ... usealle toisistaan riippumattomalle hakijalle”. Valiokunta asetti tavoitteeksi myös sen, että ”... toimilupapolitiikan avulla pyritään vaalimaan ohjelmistotarjonnan monipuolisuutta ja ottamaan huomioon yleisön erityisryhmien tarpeita.”⁷⁵

Toimilupaviranomaisen harkintavallan laajuudesta perustuslakivaliokunta totesi tv-toimintalakia säädettäessä, että ”Toimilupajärjestelmä rakentuu ... valtioneuvoston harkintavallan varaan, mikä on valiokunnan mielestä luonnollista radiotaajuuksien niukkuuden vuoksi. Lupaharkinnan tekeminen sidotuksi harkinnaksi tällaisen tilanteen vallitessa saattaisikin johtaa mielivaltaisiksi koettaviin seurauksiin ja esimerkiksi yleisön erityisryhmien tarpeiden syrjäytymiseen.” Lisäksi valiokunta totesi, että ”valtioneuvoston ... tarkoituksenmukaisuusharkinta on ... mahdollista saattaa korkeimman hallinto-oikeuden arvioitavaksi pelkästään harkintavallan mahdollisen väärinkäytön osalta. Laillisuusperusteinen muutoksenhaku on lisäksi mahdollista päätöksentekoa sitovien, sananvapauden edistämistä ja ohjelmistojen monipuolisuuden lisäämistä koskevien kriteerien kannalta.”^{75a}

Korkeimman hallinto-oikeuden vuonna 2006 tv-toimintalain perusteella tekemä ratkaisu valitukseen valtioneuvoston ULA-toimilupapäätöksestä ilmensi edellä kuvattua perustuslakivaliokunnan kantaa. Oikeudellisesti KHO otti niin kutsutussa Sävelradio-päätöksessään kantaa valtioneuvoston tarkoituksenmukaisuusharkintavallan laajuuteen ”... valtioneuvosto on arvioinut toimilupahakemuksia ottaen huomioon televisio- ja radiotoiminnasta annetun lain 10 §:n 1 momentissa mainitut seikat ja myös perustellut ratkaisunsa lainmukaisella tavalla. Korkein hallinto-oikeus katsoo, että valtioneuvosto on voinut päätöksessään esittämillään perusteluilla hylätä Suomen Sävelradio Oy:n toimilupahakemuksen eikä valtioneuvoston päätös näin ollen ole tältä osin lainvastainen”. KHO siis hylkäsi valituksen, kun valtioneuvosto ei ylittänyt ULA-toimilupaharkinnassa sille kuuluvaa tarkoituksenmukaisuusharkintavaltaansa eikä muutoinkaan menetellyt lainvastaisesti.⁷⁶ Liiketoiminnallisesti kyse oli siitä, että valtioneuvosto myönsi uuden toimilupakauden alkaessa merkittävää mainostulopotentiaalia edustavan osavaltakunnallisen ULA-toimiluvan silloiseen SanomaWSOY-konserniin kuuluneelle SWelcom Oy:lle. Tällöin MTV-konserniin kuulunut Sävelradio ei enää saanut uudelleen sen hallussa edellisellä toimilupakau-

⁷⁵ PeVL 19/1998 vp, s. 3.

^{75a} Mt.

⁷⁶ KHO:n niin sanottu Sävelradio-päätös, KHO 1.12.2006, taltio 3278, s. 26: KHO:n päätöksen ja sillä ratkaistun valtioneuvoston päätöksestä tehdyn valituksen muotoiluun vaikutti olennaisesti kiello valittua valtioneuvoston päätöksistä tarkoituksenmukaisuusperusteella. KHO:n päätöksen antamishetkellä tätä koskevana säännöksenä oli voimassa hallintolainkäyttölain 7 § sellaisena kuin se oli voimassa lailla 433/1999.

della ollutta samaa toimilupaa. Pelkistetysti kyse oli siitä, kuinka laaja harkintavalta valtioneuvostolla oli valita, kumpi isoista mediayrityksistä sai ULA-toimiluvan.⁷⁷

Myöhemmin tv-toimintalain toimilupajärjestelmän muutoksia käsitellessään perustuslakivaliokunta toisti vuoden 1998 kannanottonsa.⁷⁸ Samalla valiokunta kuitenkin totesi, että tarjolla olevan lähetykskapasiteetin lisääntyessä ja vaihtoehtoisten tv- ja radiokanavien jakeluteiden kehittyessä eli niukkuuden lieventyessä on tärkeää että ”viestintämarkkinalainsäädäntöä kehitettäessä arvioidaan mahdollisuuksia ottaa käyttöön lupajärjestelmää kevyempiä sääntelytapoja”, jotka siis muodostaisivat vähemmän rajoituksen sananvapauteen.⁷⁹

Maanpäällisten televisioverkkojen lähetykskapasiteetti lisääntyikin yli kymmenkertaiseksi vuonna 2007 toteutuneessa tv-lähetyksen digitalisoinnissa ja laajakaistaverkot ovat kehittyneet merkittäväksi vaihtoehtoiseksi televisiosisältöjen jakelutieksi. Radiotoimintaan tarjolla olevan ULA-lähetykskapasiteetin määrä on sen sijaan lisääntynyt vain maltillisesti uusien ULA-taajuuksien käyttöönoton myötä, joten perustuslakivaliokunnan näillä kannanotolla ei liene aivan yhtä suurta painoa radiotoiminnan toimilupajärjestelmän kehitystarpeita arvioitaessa kuin tv-toimilupajärjestelmän kohdalla.

Toimilupasääntelyn siirtyessä vuonna 2014 tv-toimintalaista tietoyhteiskunta-alueeseen (nykyinen SVPL) perustuslakivaliokunta toisti edellä kuvatut kannanottonsa. Tietoyhteiskunta-alueella päätösvalta toimiluvista siirrettiin silloisen Viestintäviraston oikeusharkintaan tilanteissa, joissa taajuuksista ei ollut niukkuutta. Tältä osin valiokunta totesi, että ”Sananvapauden ennakoesteiden kiellon kannalta on lisäksi hyväksyttävämpää, että luvan myöntäminen perustuu jatkossa pääosin oikeusharkintaan.”⁸⁰ Tämä lausuma voidaan nähdä erisuuntaisena edellä kuvatun valiokunnan 1998 antaman tarkoituksenmukaisuusharkintaa tukevan kannanoton kanssa. Valiokunnan vuoden 2014 lausuma noudattaa perustuslakivaliokunnan viime vuosikymmenien linjausta, jonka mukaan viranomaisten toimivallan tulee perustuslakiliitännäisessä yhteydessä perustua selkeästi oikeusharkintaan.⁸¹

⁷⁷ KHO:n Sävelradiopäätöksen liiketoiminnallisesta taustasta laajasti Kempainen 2015, s. 360–368.

⁷⁸ PeVL 26/2001 vp, PeVL 8/2002 vp ja PeVL 61/2002 vp.

⁷⁹ PeVL 8/2002 vp, PeVL 61/2002 vp ja PeVL 3/2010 vp. Vuonna 2005 vallinneen tilanteen arviointia Paukku 2005, s. 135–141.

⁸⁰ PeVL 18/2014 vp, s. 3. Tietoyhteiskunta-alueen voimaantulon jälkeen myönnettyistä ULA-toimiluvista valtaosan on kuitenkin edelleen myöntänyt valtioneuvosto, koska ylikysyntä eli niukkuus on ollut yleisin tilanne.

⁸¹ Mäenpää 2013, s. 500. Tarkoituksenmukaisuus- ja oikeusharkinnan suhteesta toimilupajärjestelmässä Korpisaari 2018, s. 16.

Käytössä oleva eli viimeksi vuoden 2018 ULA-toimilupakierroksella sovellettu valtioneuvoston toimilupaharkinta on kuitenkin edelleen selkeästi tarkoituksenmukaisuusharkintaa eikä oikeusharkintaa.

Tuorein peruslakivaliokunnan suorittama toimilupajärjestelmän arviointi on vuodelta 2017, jolloin valiokunta toisti taas edellä kuvatut kannanotonsa.⁸²

Toimilupajärjestelmän arviointia perusoikeusnäkökulmasta

Ojanen, Tiilikka ja Vairimaa arvioivat vuonna 2012 eli ennen tietoyhteiskuntakaaren säätämistä tv-toimintalain televisio-ohjelmistotoimilupajärjestelmän kehittämistarpeita sananvapauden ja elinkeinovapauden näkökulmasta.⁸³ Vaikka arviointi ei kohdistunutkaan suoraan ULA-toimilupajärjestelmään, niin havainnot ovat sovellettavissa silloiseen ja myös nykyiseen ULA-toimilupajärjestelmään. Arvioinnin ajankohtana ULA-toimilupien myöntäminen perustui täsmälleen samoihin tv-toimintalain säännöksiin kuin tv-ohjelmistotoimilupien myöntäminen. Sananvapauden ja elinkeinovapauden näkökulmasta ULA-toimilupajärjestelmä toimi tuolloin ja toimii edelleen niukkuustilanteissa kuten tuolloinen tv-ohjelmistotoimilupajärjestelmä. ULA-taajuuksia koskeva ylikysyntä eli niukkuus oli tuolloin samaa suuruusluokkaa kuin maanpäällisen tv-verkon lähetykskapasiteettia koskeva niukkuus. Sekä radiokanavien että tv-kanavien toimilupakilpailussa jäi merkittävä määrä varteenotettavia hakijoita vaille toimilupaa. ULA-taajuuksien niukkuus on jatkunut entisellään, mutta tv-lähetykskapasiteetin niukkuus on vähentynyt. Niukkuustilanteessa hakijoiden välisissä kauneuskilpailuissa sovellettava toimilupaviranomaisen tarkoituksenmukaisuusharkinta on samanlaatuista sekä ULA- että tv-ohjelmistotoimilupien kohdalla.

Johtopäätöksensä selvityksessä todettiin, että olisi syytä arvioida perusteistaan alkaen uudelleen, voidaanko nykyisen ohjelmistolupajärjestelmän sinällään hyväksyttäviin tavoitteisiin päästä sananvapautta ja elinkeinovapautta vähemmän rajoittavin menettelyin.⁸⁴ Lisäksi selvityksessä todettiin, että ”jos ohjelmistoluvat myönnettäisiin edelleen hakemuksesta, tulisi myöntämisen edellytyksiä mahdollisuuksien mukaan täsmentää.”⁸⁵

Tietoyhteiskuntakaarissa ULA-toimilupajärjestelmään tehdyt muutokset eivät merkittävilta osin ratkaisseet selvityksessä todettuja kehittämistarpeita. Vaikka tietoyhteiskuntakaarissa päätösvalta toimiluvista siirrettiin silloisen Viestintäviraston oikeusharkintaan tilanteissa, joissa taajuuksista ei ole niuk-

⁸² PeVL 40/2017 vp.

⁸³ Ojanen – Tiilikka – Vairimaa 2012.

⁸⁴ Mt, s. 46–47.

⁸⁵ Mt, s. 48–49.

kuutta, niin vuoden 2018 ULA-toimilupakierroksella toimilupahakemusten valtaosaan sovellettiin valtioneuvoston tarkoituksenmukaisuusharkintaa.

Televisio-ohjelmistotoimilupajärjestelmän kehittämistarpeiksi vuoden 2012 selvityksessä todettiin muun muassa:

”Nykyjärjestelmän uudelleenarviointia puoltaa myös se, että ohjelmistoluvan myöntää valtioneuvosto ja luvan laissa säädetyt edellytykset ovat käytännön soveltamistilanteissa varsin monitulkintaiset. Esimerkiksi ohjelmatarjonnan monipuolisuuden turvaaminen on kriteeri, jonka perusteella lupaviranomaiselle jää varsin laaja harkintavalta sen suhteen, minkälaista ohjelmatarjontaa tuottavalle hakijalle lupa myönnetään. Niin ikään lupahakemusten arviointi lupahakemusten ja ohjelmatarjonnan kokonaisuutta silmällä pitäen saattaa olla yksittäisen hakijan näkökulmasta arveluttavaa ja muista hakemuksista riippuvana myös sattumanvaraista.”⁸⁶

Vaihtoehtoisina allokaatiomenettelyinä selvityksessä mainitaan lyhyesti taajuushuutokaupat ja markkinaehtoiset taajuusmaksut.

Selvitys katsoo, että jatkotutkimus on tarpeen taajuushuutokauppojen käyttämisestä tv-ohjelmistotoimilupien myöntämiseen: ”Huutokauppa-menettelyn vaikutuksia tulisi arvioida ainakin suhteessa kansalaisten sananvapauteen kuuluvaan tiedonsaantioikeuteen, ohjelmatoiminnanharjoittajan sananvapauteen (mm. maksun suhteellisuus), sananvapauteen kuuluvaan viestinnän moniarvoisuuteen, keskittymisen estämiseen ja alalle pääsyn mahdollistamiseen myös uusille toimijoille. Huomioon tulisi ottaa myös erityisryhmien, kuten lasten ja vanhusten sekä näkö- ja kuulovammaisten tarpeiden huomioiminen.”⁸⁷

Toimilupajärjestelmää perusoikeusnäkökulmasta arvioitaessa on vielä mainittava perustuslain 22 §:ssä säädetty julkisen vallan velvollisuus turvata perusoikeuksien ja ihmisoikeuksien toteutuminen. Tämän mukaisesti toimilupaviranomaisen tulee toimilupaharkinnassa noudattaa perusoikeusmyönnteistä laintulkintaa.⁸⁸

Yhteenvedona toteamme, että taajuuksien niukkuustilanteessa käytössä olevaan tarkoituksenmukaisuusharkintaan perustuvaan ULA-toimilupien kauneuskilpailumenettelyyn kohdistuu perusoikeusnäkökulmasta kehittämispaineita. Kehittämistarpeet koskevat ensiksikin toimilupajärjestelmän perusteita, erityisesti sitä, millä kriteereillä taajuudet allokoidaan niukkuus-

⁸⁶ Mt, s. 46–47.

⁸⁷ Mt, s. 48.

⁸⁸ Manninen 2011, s. 472.

tilanteissa. Toiseksi kehittämistarpeet koskevat viranomaisen harkintavallan laajuutta eli hakijan kannalta päätösharkinnan ennustettavuutta.

3.5 ULA-radiotoimilupapäätökset vuosina 1985–2018

Valtioneuvosto on myöntänyt ULA-toimilupia vuodesta 1985 vuoteen 2018 kahdeksan kertaa laajemmilla toimilupakierroksilla.⁸⁹ Toimilupakausion pituus oli aluksi kaksi vuotta, jonka jälkeen toimilupakausion pituus on kasvanut asteittain vuonna 2018 myönnettyihin 10 vuoden toimilupiin asti. Laajempien toimilupakierrosten lisäksi on niiden välissä myönnetty toimilupia useita kertoja niin sanotuilla täydennyskierroksilla, kun viranomaisten suorittama taajuussuunnittelu on tuottanut uusia ULA-taajuuksia jaettavaksi tai käytössä olleita ULA-taajuuksia on vapautunut radioasemien toiminnan päättymisen seurauksena.

Kaikilla toimilupakierroksilla kysyntä on ollut tarjontaa suurempi eli vain osalle hakijoista on voitu myöntää niiden hakema taajuus. Toisaalta yksittäisille taajuuksille ja taajuuskokonaisuuksille on ollut toistuvasti vain yksi hakija, eli ylikysyntä ei ole koskenut kaikkia tarjolla olleita taajuuksia. Yksittäisiä taajuuksia on jäänyt myös kokonaan jakamatta hakijoiden puuttuessa.

Esimerkkinä ylikysynnästä tarkastelemme viimeisintä vuoden 2018 toimilupakierrosta, jolla myönnettiin toimiluvat kaudelle 2020–2029. Silloinen Viestintävirasto julkisti 17.5.2018 haettavaksi 75 yksittäistä ULA-taajuutta tai useamman taajuuden muodostamaa taajuuskokonaisuutta. Eri taajuuksiin ja taajuuskokonaisuuksiin kohdistuneita hakemuksia oli eräiden hakemusten peruutusten jälkeen 95 kappaletta yhteensä 42 eri hakijalta. Ylikysyntää oli 55 taajuuden ja taajuuskokonaisuuden kohdalla, jolloin toimiluvat siirtyivät valtioneuvoston harkittavaksi. Suosituimpaan taajuuskokonaisuuteen kohdistui seitsemän ensisijaista hakemusta. Toisaalta kolmelle taajuuskokonaisuudelle ei ollut lainkaan hakemuksia. Seitsemääntoista taajuuteen ja taajuuskokonaisuuteen kohdistui vain yksi hakemus, jolloin toimiluvat myönsi Viestintävirasto. Samana päätöksentekopäivämääränä 15.11.2018 valtioneuvosto myönsi 51 toimilupaa ja Viestintävirasto myönsi 17 toimilupaa. Yhteensä

⁸⁹ Käytämme sanaa toimilupakierros tarkoittamaan useita kuukausia kestävää hallintomenettelyä, joka alkaa viranomaisen suorittamalla valmistelutoimilla lausuntopyyntömenettelyineen, jatkuu toimilupien haettavaksi julistamisella ja päättyy toimilupapäätöksiin, joilla ylikysyntätilanteessa samalla hylätään osa hakemuksista. Laajojen toimilupakierrosten päätöksentekopäivämäärät valtioneuvoston yleisistunnossa ovat olleet 24.1.1985, 11.6.1987, 4.5.1989, 11.5.1994, 11.3.1999, 31.5.2006, 17.2.2011 ja 15.11.2018.

toimiluvan sai tuolloin 35 yritystä tai yhteisöä. Hakemuksitta jääneille taajuuksille Viestintävirasto on voinut myöntää toimilupia myöhemmin, jos hakijoita ilmaantuu.⁹⁰

Vuosina 1985–2018 kaikki toimiluvat on myönnetty hakemusten laadullisen vertailun perusteella ilman etukäteen julkistettuja tarkkoja valintakriteereitä. Kutsumme tätä menettelyä kauneuskilpailuksi. Kolmella ensimmäisellä toimilupakierroksella vuosina 1985, 1987 ja 1989 toimilupaharkintaan sisällyntä vertailua ja valintakriteereitä ei lainkaan kirjattu näkyviin valtioneuvoston päätökseen.⁹¹ Muista lähteistä tiedetään, että toimilupien saajien valinnasta ja valintakriteereistä päätettiin virkamiesvalmistelun jälkeen poliittisina linjauksina ministeritasolla.⁹²

Vuoden 1994 toimilupakierroksella valtioneuvoston päätös sisälsi ensimmäisen hakemusten vertailua sisältävän perustelun, kun valtioneuvostolle esitettiin ensimmäisen täysin valtakunnallisen kaupallisen radiotoimiluvan myöntämistä.⁹³ Toimilupaharkinnan lähtökohdat ensi kertaa laissa määränneen tv-toimintalain 10 §:n voimaantulosta huolimatta vuoden 1999 toimilupapäätöksen perustelut eivät sisältäneet varsinaista hakijoiden vertailua.⁹⁴

Ennen tv-toimintalain säätämistä toimilupien ehdot radiokanavien sisällölle olivat varsin yksityiskohtaisia, kun lainsäädännössä ei ollut lainkaan kanavien sisältöä määrittäviä säännöksiä. Tv-toimintalain voimaantulon jälkeen vuoden 1999 toimilupakierroksesta lähtien radiokanavien sisältöjä sääntelevät toimilupaehdot supistuivat, kun lakiin tuli muun muassa sponsoroinnin ja mainonnan rajoitussäännökset.

Vuosien 2006 ja 2011 toimilupapäätösten perustelut sisälsivät kattavan hakijoiden vertailun.⁹⁵ Ehdotettujen radiokanavien ohjelmasisältö-

⁹⁰ Viestintävirasto 2017 ja LVM 2018b.

⁹¹ Valtioneuvoston yleisistunto 24.1.1985, pöytäkirja § 46, valtioneuvoston yleisistunto 11.6.1987, pöytäkirja § 63 ja valtioneuvoston yleisistunto 4.5.1989, pöytäkirja § 49.

⁹² Kempainen 2015, s. 156–158, s. 222–224 ja s. 257–261. Vuoden 1989 toimilupakierroksella valtioneuvoston yleisistunnossa tehtiin ensimmäinen äänestyspäätös toimilupien saajista, valtioneuvoston yleisistunto 4.5.1989, pöytäkirja § 49.

⁹³ Vuoden 1994 toimilupakierros: valtioneuvoston yleisistunto 11.5.1994, pöytäkirja § 27, jossa liitteenä 4 oleva 6.5.1994 päivätty perustelumuuksio, s. 3–5. Ensimmäistä valtakunnallista kaupallisen radiokanavan toimilupaa ei kuitenkaan myönnetty vielä tuolloin vaan vuonna 1996: valtioneuvoston yleisistunto, pöytäkirja 26.9.1996 § 29, myös Kempainen 2015, s. 296–297 ja 313–316.

⁹⁴ Valtioneuvoston yleisistunto 11.3.1999, pöytäkirja § 21, liite 1.

⁹⁵ Valtioneuvoston yleisistunto 31.5.1996, pöytäkirja § 36 ja valtioneuvoston yleisistunto 17.2.2011, pöytäkirja § 18. Valtioneuvoston toimilupapäätösten perusteluissa kuvatun hakijoiden vertailun kehittyminen laajemmaksi ja systemaattiseksi oli seurausta vuonna 2004 voimaantulleen hallintolain (434/2003) 45 §:ssä määritellyn viranomaispäätöksen perusteluvollisuuden muuttumisesta aiemman hallintomenettelylain (598/1982) 24 §:n

jä ja hakijoita vertailtiin lain säännösten määrittämien tavoitteiden eli sananvapauden edistämisen, ohjelmistotarjonnan monipuolisuuden ja yleisön erityisryhmien tarpeiden suhteen vapaamuotoisesti ilman mitään pisteytys- tai muita määrämuotoisia menettelyjä. Ohjelmistotarjonnan monipuolisuuden yhteydessä yleispiirteisellä tasolla arvioitiin lyhyesti myös radiotoiminnan keskittymistä samojen yritysten hoidettavaksi, mutta kilpailuoikeudellista markkina-analyysia muistuttavaa tarkempaa arviointia ei tehty.

Vuosien 2006 ja 2011 kierroksilla toimilupaehtoina asetettiin hakemuksissa esitetyn radiokanavan sisältökuvauksen perusteella pääpiirteisiä sisältövaatimuksia. Alueellisiin ja paikallisiin toimilupiin asetettiin ehdoksi kuuluvuusalueen asioiden käsittely eli paikallisohjelmata.

Vuoden 2018 toimilupien haettavaksi julistamisilmoituksessa liikenne- ja viestintäministeriö (LVM) ilmoitti valintakriteerinä painottavansa hakijoiden edellytyksiä harjoittaa pitkäjänteistä radiotoimintaa.⁹⁶ Tämä siirsi toimilupaharkinnassa vertailun painopisteen hakijoiden taloudellisiin toimintaedellytyksiin. Lisäksi LVM ilmoitti hakuilmoituksessa, että radiokanaville toimiluvissa asettavista sisältöehdoista tullaan pääsääntöisesti luopumaan. Kun toimiluvan haltijoilla tuli olemaan mahdollisuus vapaasti vaihtaa kanavien ohjelmasisältöä ja kohderyhmää toimilupakauden aikana, niin hakemuksissa kuvattujen ohjelmasisältöjen vertailu ei enää saanut paljoakaan painoa.⁹⁷

Eniten kilpailevia hakijoita sai vuoden 2018 toimilupakierroksella uusi taajuuskokonaisuus 13, joka mahdollisti radiokanavan kuuluvuusalueeksi 50 prosenttia väestöstä pääkaupunkiseudulla ja kuudessa seuraavaksi suurimmassa kaupungissa. Tuota taajuuskokonaisuutta haki kahdeksan hakijaa, joista seitsemän hakijaa ensisijaisena kohteena ja lisäksi yksi hakija toissijaisena kohteena. Toimilupapäätöksessä näiden kilpailevien hakemusten vertailussa mainittiin perusteluina ”ohjelmistotarjonnan monipuolisuus ja sananvapauden edistäminen, aiempi menestyksenk radiotoiminta ja toimijoiden edellytykset harjoittaa pitkäjänteistä ja kestävää radiotoimintaa”. Vertailu oli kuitenkin suppeampi kuin edellisillä vuosien 2006 ja 2011 toimilupakierroksilla ja jäi varsin yleisluonteisten mainintojen varaan. Perusteluista ei selviä, mitkä yksittäiset

mukaista perusteluvollisuutta tiukemmaksi (hallituksen esitys eduskunnalle hallintolaiksi ja laiksi hallintolainkäyttölain muuttamisesta HE 72/2002 vp, s. 108).

⁹⁶ Hakuilmoituksen liitteenä ollut LVM 2018a, s. 7–8. LVM:n suunnitteleman valintakriteerinen muutoksen arviointia perusoikeusnäkökulmasta Korpisaari 2018, s. 18–26.

⁹⁷ Valtioneuvoston yleisistunto 15.11.2018, toimilupapäätös. Radiokanavien sisältöjä koskevia ehtoja asetettiin vain neljään erityisradiotoimilupaan, kun valtioneuvosto myönsi toimilupia yhteensä 51 kappaletta.

tosiseikat ratkaisivat vertailun voittajan hyväksi.⁹⁸ Radiomarkkinan kilpailullisuutta ei vuoden 2018 toimilupakierroksella painotettu, koska markkinaan uutena pyrkinyt Ruotsissa ja Norjassa merkittävän laajaa kaupallista radiotoimintaa harjoittanut Oy Viasat Finland Ab ei saanut toimilupaa.

4 ULA-TAAJUUSALLOKAATION TAVOITTEET YLEISESTI

4.1 Resurssitehokkuus ULA-taajuusallokaatiossa

Tarkoitamme resurssitehokkuudella⁹⁹ käytettävissä olevien resurssien tuottaman hyödyn maksimointia ottaen huomioon kustannukset laajassa mielessä. Resurssien ollessa tehokkaassa käytössä mikään muutos resurssiallokaatiossa ei tuota enempää hyötyjä eli resurssit on allokoitu tehokkaimmalla mahdollisella tavalla.¹⁰⁰

Käyttämämme tehokkuuskäsite vastaa taloustieteen allokatiivisen tehokkuuden käsitettä, kun pidämme periaatteellisesti parhaana ULA-taajuusallokaationa ratkaisua, joka maksimoi radioyleisölle, radioliiketoiminnan

⁹⁸ Valtioneuvoston yleisistunto 15.11.2018, toimilupapäätös, s. 33–34.

⁹⁹ ULA-taajuusallokaatiota ohjaavassa lainsäädännössä tehokkuustavoite ei ollut mukana vielä tv-toimintalain tavoitteissa. SVPL 1 § asettaa lain erääksi tavoitteeksi radiotaajuuksien tehokkaan ja häiriöttömän käytön. SVPL:n tehokkuustavoite periytyy vuoden 2001 radiolain tavoitteista HE 80/2001 vp, s. 12 ja SVPL:n tavoitteista HE 221/2013 vp. Radiotekninen tehokkuus mittaa sitä, kuinka paljon, kuinka virheettömästi ja kuinka laajalle peittoalueelle tietty radiolähetys kykenee siirtämään informaatiota. Radioteknisen taajuustehokkuuden parantaminen lisää taloudellista tehokkuutta, jos saavutettavat hyödyt ylittävät teknisen tehokkuuden parantamisen kustannukset. Radiovastaanoton häiriöt heikentävät taajuustehokkuutta, joten taajuuksien käytön häiriöttömyys parantaa tehokkuutta. ULA-vastaanoton häiriöiden ehkäisemisellä muun muassa viranomaistyönä tehtävässä taajuussuunnittelussa voidaan ULA-lähettimen peittoaluetta laajentaa lähetystehon pysyessä samana ja siten lisätä teknistä tehokkuutta.

¹⁰⁰ Taloustieteessä ja kilpailuoikeudessa on käytössä erilaisia tehokkuuden käsitteitä. Allokatiivinen tehokkuus keskittyy tarkastelemaan yhtä ajan hetkeä. Tavoitteena on tilanne, jossa resurssit on allokoitu tehokkaimmalla mahdollisella tavalla. Toisin sanoen: hyötyjen ja niistä vähennettyjen kustannusten kokonaissumma on suurin mahdollinen. Kilpailupolitiikassa ja -oikeudessa keskeinen dynaamisen tehokkuuden käsite tarkastelee ajan kuluessa kilpailuprosessissa tapahtuvaa tehostumista, jossa kilpailupaine ohjaa yritykset ja koko markkinan kohdentamaan resurssit yhä tehokkaammin muun muassa innovaatioiden avulla. Kuoppamäki 2003, s. 36. Tässä artikkelissa emme painota dynaamista tehokkuutta. Tehokkuuden ja kilpailuoikeudellisten tavoitteiden ykseys ilmenee myös siinä, että kilpailua voidaan jo pitää hyvänä tavoitteena sinänsä. Prosser 2005, s. 17–20 ja erityisesti radiotoiminnassa, s. 207–222.

harjoittajille, radiomainostajille ja koko yhteiskunnalle yhteensä kertyvät hyödyt.¹⁰¹

ULA-taajuusresurssin tuottamia hyötyjä ovat jäljempänä esiteltävät taloudelliset ja laadulliset tavoitteet. Kustannuksia ovat rahamääräisten kulujen lisäksi myös ULA-taajuusallokaatiolla saavutettavien hyötyjen puuttuminen eli vaihtoehtokustannukset tilanteessa, jossa tietyn hyödyn saavuttaminen allokaatioprosessissa sulkee pois toisen hyödyn saavuttamisen. Kun allokaatiopäätökset tehdään määräaikaisiksi toimilupakausiksi, niin taajuudet ja muut radiotoiminnan käyttämät resurssit voidaan toimilupakauden vaihtuessa allokoida uudelleen aiempaa tehokkaammalla tavalla uusimman saatavilla olevan informaation perusteella.

Hyvinvointihyödyillä eli lyhyemmin hyödyillä tarkoitamme yhteiskunnan jäsenten tarpeiden tyydyttämistä. Koska yksilöiden ja muiden taloudellisten toimijoiden tarpeet ovat yksilöllisiä, niin kaikkia tyydyttämistä odottavia tarpeita ei voi määritellä tyhjentävästi. Taajuuspolitiikan suunnittelussa osa tyydytettävistä tarpeista eli hyödyistä on rahassa mitattavia ja osa taas käsitteellisesti ei-rahassa mitattavia. Esimerkki taajuusallokaation rahassa mitattavista hyödyistä ovat radiokanavilla merenkulkijoille välitettävät säätiedotukset, jotka voivat vähentää logistiikkajärjestelmän kustannuksia tai lisätä tuottoja. Ei-rahassa mitattavaa ryhmää edustavat radiokanavien uskonnolliset hartausohjelmat, jotka

¹⁰¹ Taloustiede on eritellyt yleiskäsitteen luonteista allokatiivisen tehokkuuden käsitettä edelleen. Pareto-tehokkuus tarkoittaa tilannetta, jossa kenenkään asemaa ei voida parantaa huonontamatta jonkun muun asemaa. Hyytiäinen – Maliranta 2016, s. 11 ja Gravelle – Rees 2004, s. 279. Ruotsin taajuuspoliittinen selvitysmies tarkastelee taajuusallokaation tehokkuutta laajasti erilaisten yhteiskunnalle kertyvien hyvinvointihyötyjen kannalta hyödyntäen Pareto-tehokkuuden erästä sovellusta, Kaldor-Hicks-tehokkuutta. SOU 2018:92, s. 80–90. Kaldor-Hicks-sääntö täydentää Pareto-tehokkuuden kriteeriä. Käsitteellisesti Kaldor-Hicks-tehokkuus vallitsee, kun kenenkään asemaa ei voida parantaa huonontamatta jonkun muun asemaa, vaikka asemansa parantaja maksaisi saamastaan hyödyistä korvauksen sille, jonka asema heikkenee. Päätöksentekosääntönä Kaldor-Hicks-kriteeri määrittää yhteiskunnallisessa päätöksenteossa sallituksi vain sellaiset päätökset, jotka lisäävät kokonaishyvinvointia eli koko yhteiskunnan kaikkien jäsenten yhteenlaskettua nettohyötyä. Kaldor-Hicks-kriteeriä noudattava politiikkapäätös mahdollistaa periaatteella sen, että päätöksestä haittaa kärsiville voidaan nettohyödyn puitteissa kompensoida nuo haitat. Kaldor-Hicks-kriteeri ei kuitenkaan edellytä, että kompensatio todella tehtäisiin, vaan ainoastaan sitä, että päätöksestä syntyy nettohyötyä, jolla kompensointi voitaisiin tehdä. Taajuuspolitiikassa Kaldor-Hicks-kriteerin noudattaminen tarkoittaa, että taajuusallokaatiopäätösten edellytetään tuottavan nettohyötyä koko yhteiskunnan tasolla, jolloin allokaatiopäätöksestä kärsiville voitaisiin haluttaessa kompensoida niiden kärsimät haitat. Jos Kaldor-Hicks-kriteeri hyväksytään lähtökohdaksi, niin sitten taajuuspolitiikan suunnittelussa ja päätöksenteossa on määriteltävä koko yhteiskunnan tason hyötyjen mittaaminen ja mahdollinen kompensatiojärjestelmä. Tämä on luonnollisesti vaativaa ja monissa tilanteissa käytännössä mahdotonta. Se seikka, että Kaldor-Hicks-kriteeriä ei mittausvaikeuksien takia voida käytännössä soveltaa puhtaassa muodossa, ei estä tuon kriteerin ottamista taajuuspolitiikan periaatteelliseksi lähtökohdaksi.

voivat tuottaa osalle väestöä ei-rahassa mitattavaa koettua hyvinvointia. Siltä osin kuin hyödyt ovat mitattavissa rahassa, on periaatteessa mahdollista etsiä mahdollisimman suurta kokonaishyötyä tuottavia taajuusallokaatiopäätöksiä. Käytännön taajuuspolitiikassa hyötyjen mittaamisessa ja vertailussa on parhaimmillaankin tyydyttävä suuntaa-antaviin laskelmiin. Taajuuksien vaihdannassa toteutuva hintamekanismi on eräs mahdollisuus tehdä hyötyjä mitattaviksi. Tämä onkin Coasen ehdotusten keskeinen anti taajuusallokaation tutkimukselle. Ei-rahassa mitattavien hyötyjen kohdalla hyötyjen suuruuden vertailua ja laskemista ei ole edes periaatteessa mahdollista suorittaa.

ULA-radiotoiminnan kaltaisessa vakiintuneessa ja selkeiden teknologia-rajoitusten pohjalta järjestetyssä liiketoiminnassa merkittävät tehokkuutta parantavat innovaatiot tuotannontekijöiden hyödyntämisessä ovat epätodennäköisiä.¹⁰² Radiotoimintaa harjoittavien yritysten välillä syntyy kuitenkin tehokkuuseroja, muun muassa radiosisältöjen kohdentamisessa suhteessa sisältöjen kysyntään yleisön ja mainostajien keskuudessa.

Käytännön allokaatioprosessissa ei ole mahdollista mitata ja verrata eri allokaatiovaihtoehtojen tuottamia kaikkia erilaisia hyötyjä ja kustannuksia. Resurssien tehokkaimman mahdollisen allokoinnin tavoittelu voisi olla mukana lähinnä taajuusallokaatiopäätöstä ohjaavana yleisperiaatteena. Esimerkiksi nykytyypisessä toimilupaprosessissa huomioonotettavien hyötyjen ja kustannusten, mukaan lukien vaihtoehtoiskustannusten avoin erittely toimilupapäätöksissä tuottaisi päätöksentekoon avoimuutta, samalla luonnollisesti lisäten toimilupaviranomaisen työmäärää.

Jos radiokanavien kilpailu radioyleisön huomiosta ja/tai radiomainosajan myynnin markkina eivät toimi tehokkaan kilpailullisesti, niin taajuuksien osoittaminen radiotoiminnan harjoittajien käyttöön johtaa taloudelliseen tehottomuuteen, mahdollisesti ylisuuriin voittoihin ja joka tapauksessa tehottomaan resurssiallokaatioon.¹⁰³ Valtion hallussa olevasta

¹⁰² ULA-radiokanavien julkaisemisessa ei ole käytännössä ole mahdollisuuksia teknologisiin innovaatioihin. Radiotoiminnan ansaintakyky perustuu olemassa olevaan hyvin suureen ULA-vastaanotinkantaan, jonka teknis-toiminnallisia ominaisuuksia ei yksittäinen radiokanavan julkaisija voi muunnella. Eri arvioiden mukaan suomalaisissa kotitalouksissa on 10–20 miljoonaa ULA-vastaanotinta, joista kaikki eivät ole aktiivisessa käytössä. Ero internetpohjaiseen mediajulkaisemiseen on erittäin merkittävä, sillä yksittäinenkin julkaisijayritys voi internetjulkaisemisessa tehdä merkittäviä parannuksia palvelujensa käyttökokemukseen ja kilpailukykyynsä.

¹⁰³ Ogus 1994, s. 322. Julkisen valinnan teoria on taloustieteen tutkimussuunta, joka tutkii poliittisen päätöksenteon toimintaa taloustieteen keinoin. Julkisen valinnan teoria kutsuu esimerkiksi poliittisilla päätöksillä tehottomasti allokoitujen resurssien tuottamia ylisuuria voittoja ilmaisulla *rent seeking*. Ilmaisuu tarkoittaa minkä tahansa niukan resurssin eli muunkin kuin maaomaisuuden tehottomasta allokaatiosta kertynyttä voittoa. Myös Gravelle – Rees 2004, s. 208–209.

ULA-taajuusresurssista ei saada radioyleisölle ja radiomainostajille parasta mahdollista hyötyä. Kilpailun puutteesta aiheutuvaa tehottomuutta voi esiintyä sekä Yleisradiolle että kaupallisille radiokanaville osoitettujen taajuuksien käytössä.

Useita ULA-taajuustaajuusallokaation tavoitteista, kuten mediasisältöjen monipuolisuutta, ei voida suoraan mitata rahassa. Joillekin tavoitteille on ajateltavissa rahamääräinen mittaustapa vaihtoehtoisen toteuttamistavan kustannuksen kautta. Tällaisia kustannuksia olisi kuitenkin työlästä tai käytännössä jopa epärealistista saada välittymään hintamekanismin kautta taajuuksien jälkimarkkinoille, vaikka hintamekanismia voitaisiin periaatteessa käyttää radiokanavien sisältövaatimusten arvottamiseen. Esimerkiksi kielivähemmistön palveluvelvoitteelle voidaan laskea toteuttamiskustannus tai vaihtoehtoisen toteuttamistavan kustannus. Kustannus välittyisi taajuuksien vaihdantaan hintamekanismin kautta, jos siirtokelpoiseen ULA-taajuuskäyttöoikeuteen liittyisi tällainen palveluvelvoite. Taajuuden käyttöoikeuden ostaja arvioisi palveluvelvoitteen täyttämisen kustannukset, jotka vähentäisivät sitä hintaa, jonka ostaja on valmis maksamaan käyttöoikeudesta. Yhteiskunnan tärkeänä pitämän palveluvelvoitteen toimiva markkinahinnoittelu edellyttäisi todennäköisesti palveluvelvoitteen täyttämisen viranomaisvalvontaa ja vaihtoehtoisen toteuttamistavan kustannuksiin pitäisi lisätä myös nämä valvonnan kustannukset.

Resurssiallokaation tehokkuuteen vaikuttaa myös toimilupakausien pituus, johon kohdistuu erisuuntaisia intressejä. Toimilupakilpailun voittajan kannalta tavoiteltavaa on mahdollisimman pitkä ajanjakso investointien kuolettamiseen ja voiton ansaitsemiseen. Toimilupakauden vaihtuminen aiheuttaa epävarmuuden nykyisen liiketoiminnan jatkumisesta seuraavalla toimilupakaudella. Uuden toimiluvan hakuprosessi aiheuttaa ylimääräistä resurssikäyttöä. Radiokanavien sisältötarjonnan ja toiminnan tehokkuuden kehittämisen kannalta pitkä toimilupakausi voi mahdollistaa kokeilevan kehittämisen ja epäonnistumisen riskin ottamisen. Toisaalta varmana tiedossa oleva pitkä toimilupakausi voi vähentää kannusteita kehittämiseen, kun uhkaa uusista alalietuloista ei ole.

Uusien alalietulijoiden kannalta pitkä toimilupakausi lykkää mahdollisuuksia toiminnan aloittamiseen. Viranomaisen kannalta uuden toimilupapäätöksen valmistelu tarkoittaa uuden tiedon keräämistä päätöksen pohjaksi ja mahdollisuutta sopeuttaa taajuusallokaatio muuttuneisiin tavoitteisiin. Valtiolle nettotuloja tavoiteltaessa pitkän toimilupakauden vuotuinen tuottopotentiaali olisi korkeampi kuin lyhyen toimilupakauden, mikäli edellä kuvatut pitkän toimilupakauden edut heijastuvat taajuuksien käyttäjien maksuhalukkuuteen.

Suomalaiset ULA-toimilupakaudet ovat pidentyneet 1980-luvun kahdesta vuodesta vuoden 2018 kymmeneen vuoteen. Kehitys on heikentänyt uusien yritysten mahdollisuuksia alalle tuloon. Mediakulutuksen ja -tarjonnan sekä mediayleisön käyttäytymisen muutoksien kannalta 10 vuotta on pitkä aika, jonka kuluessa mediamarkkinassa ehtii tapahtua hyvin suuria muutoksia. 10 vuoden kausi mahdollistaa allokatiopäätösten sopeuttamisen markkinamuutoksiin vain pitkin väliajoin.

4.2 Taajuusallokaation mahdollisten tavoitteiden kirjo

Edellä kuvattujen nyt voimassa olevien SVPL:n säännösten lisäksi lain-säädännössä ja viranomaispäätöksillä voitaisiin asettaa taajuusallokaation tavoitteiksi muitakin intressejä. Seuraava luettelo pyrkii laajasti kuvailemaan taajuusallokaation ajateltavissa olevia tavoitteita.¹⁰⁴ Luettelossa hyödynnämme esimerkkeinä voimassa olevien säännösten sisältöä sekä kotimaista ja rajoitetusti myös muiden pohjoismaiden toimilupakäytäntöä, mutta itse luettelo ei ole voimassa olevan oikeuden kuvailua.

Kutsumme seuraavassa esittelemiämme tavoitteita yhteiskunnan intresseiksi, tavoitteiksi tai vaatimuksiksi siitä riippumatta, onko välittömänä hyödynsaajana valtio, kansantalous, radioyleisö vai radiotoimintaa harjoittava yritys. Ensimmäisenä esittelemme valtionaloudelliset tavoitteet, joita mitataan rahassa. Sen jälkeen esittelemiämme tavoitteita kutsumme laadullisiksi intresseiksi tai vaatimuksiksi, vaikka nekin voivat sisältää rahamääräisiä tai muita lukuarvoisia osia.

A) Valtion kustannukset ja tulot

Tekninen ULA-taajuusallokaatio ja ULA-toimilupien valvonta vaatii muuttamien virkamiesten jatkuvan henkilötyöpanoksen sekä toimilupakierrosten aikana muutaman henkilön lisätyöpanoksen. Liikenne- ja viestintävirasto perii ULA-toimilupien haltijoilta vuotuisia taajuus- ja valvontamaksuja noin 120 000 euroa vuodessa.¹⁰⁵ ULA-taajuudet eivät siten nykyisellään tuota valtiolle nettotuloja. Koska kaupalliseen radiotoimintaan käytettävistä ULA-taajuuksista on ylikysyntää, niin taajuuksien käyttöoikeudesta on lähtökohtaisesti perittävässä valtiolle myös kustannukset ylittäviä nettotuloja.¹⁰⁶ Nettotuloja voitaisiin kerätä joko taajuushuutokaupoilla,

¹⁰⁴ Radio- ja tv-taajuuksien allokatiossa asetettavista tavoitteista Ogas 1994, s. 323.

¹⁰⁵ Silloisesta Viestintävirastosta syyskuussa 2018 saatu tieto. Taajuusmaksujen määräamisestä liikenne- ja viestintäministeriön asetus hallinnollisista taajuusmaksuista ja Liikenne- ja viestintäviraston taajuushallinnollisista suoritteista perittävistä muista maksuista (1150/2018).

¹⁰⁶ Ruotsin valtio keräsi syksyllä 2017 ULA-taajuuksista huutokauppituloja kolmesta valtakunnallisesta toimiluvasta noin 916 miljoonaa kruunua sekä 35 alueellisesta ja paikallisesta

ilman huutokauppamenettelyä taajuuksien taloudellista arvoa heijastavilla markkinaehtoisilla taajuusmaksuilla tai jäljempänä esittelemillämme konsessiomaksuilla.¹⁰⁷

B) Yleisradion julkisrahoitteisen mediapalvelun tarvitsemat ULA-taajuudet

Yleisradion radiotoiminta perustuu yhteiskunnan päätökseen tuottaa mediapalveluita toisaalta julkisella rahoituksella ja toisaalta julkisessa omistuksessa olevassa organisaatiossa.¹⁰⁸ ULA-taajuuksien osoittaminen Ylen käyttöön on osa allokaatiopäätösten kokonaisuutta. Kun koko ULA-taajuusvarannosta on ensin osoitettu Ylelle sen tarvitsemat taajuudet, niin sen jälkeen loput jaetaan kaupallisen radiotoiminnan harjoittajien kesken.¹⁰⁹ Ylen käyttämiä

toimiluvasta noin 390 miljoonaa kruunua, eli yhteensä hiukan yli 1,3 miljardia kruunua. Kahdeksan vuoden toimilupakauden ajalle vuositasolle jaetut huutokauppatulot noin 163 miljoonaa kruunua vuodessa olivat lähes 20 % Ruotsin radiomainonnan kokonaistuloista 843 miljoonasta kruunusta huutokauppaa edeltävänä vuonna 2016. Ks. MPRT-päätös 2017, MPRT-tiedote 2017 ja MPRT-raportti 2018. Suomen radiomainonnan vuoden 2018 kokonaistuloista 66,7 miljoonasta eurosta laskettuna sama prosenttiosuus tarkoittaisi Suomen valtiolle yli 13 miljoonan euron vuosittaisia tuloja ULA-taajuuksista. Tämä on selvästi enemmän kuin se noin 4 miljoonaa euroa toimilupakauden vuotta kohden, minkä 700 MHz taajuusalueen huutokauppaaminen 4G-matkaviestinkäyttöön tuotti valtiolle vuonna 2016. LVM 2016. Ruotsin toteutuneiden ULA-taajuushuutokauppatulojen perusteella ei luonnollisesti voida ennustaa Suomen valtion ansaintapotentiaalia ULA-taajuuksista. Ruotsin esimerkin voi katsoa osoittavan, että todennäköisesti miljooniin euroihin yltäviä tuloja olisi saatavissa.

¹⁰⁷ LVM arvioi vuonna 2009 valtiolle nettotuloja kerryttävien markkinaehtoisten taajuusmaksujen käyttöönottoa, mutta päätyi jatkamaan vain taajuushallinnon kustannukset kattavien maksujen perimistä. LVM 2010, s. 19, markkinaehtoisten taajuusmaksujen hylkäämisestä julkaisun liitteenä oleva taajuusmaksutyöryhmän väliraportti, päivätty 7.9.2009.

¹⁰⁸ Tässä artikkelissa emme arvioi julkisen mediapalvelun rahoitus- ja organisointitavan perusteita. Yhteiskunnan rahoittamien palveluiden tuottamista joko julkisyhteisöjen omana toimintana tai vaihtoehtoisesti ulkoistettuna hankintana markkinoilla ovat arvioineet muun muassa eräät taloustieteen nobelistit. Coase käytti havaintoesimerkinä majakkalaitosta artikkelissaan *The Lighthouse in Economics* (Coase 1974, s. 357–376). Vuoden 2016 talousnobelisti Oliver Hart arvioi yhdessä Shleiferin ja Vishnyin kanssa muun muassa vankilatoiminnan ulkoistamisen hyötyjä ja haittoja kirjoituksessaan *The Proper Scope of Government, Theory and an Application to Prisons* (Hart – Shleifer – Vishny 1996). Molemmissa todetaan johtopäätöksissä, että julkisrahoitteisen palvelun tuotantotapaa voidaan arvioida taloustieteen metodein, mutta se edellyttää empiiristä analyysiä. Verorahoilla kustannettujen palvelujen organisointia koskeva poliittinen päätöksenteko ei perustu aina systemaattiseen empiirisen tiedon keruuseen ja analysointiin.

¹⁰⁹ Yleisradion ULA-taajuuskäytön ensisijaisuus on vaikuttanut kansainväliseen taajuuskoordinaatioon siten, että Suomi on neuvotteluissa tavoitellut itselleen Yleisradion radiokanavien 100 %:n väestöpeiton tarvitsemien suurteholähettimien taajuuksia. Jos Suomen lähtökohtana 1960–1980-lukujen eurooppalaisissa ULA-taajuuskoordinaationeuvotteluissa olisi ollut taajuuksien varaaminen useammalle mahdollisimman samanlaisen kuuluvuusalueen pohjalta kilpailevalle radiotoiminnan harjoittajalle, olisi Suomi voinut pyrkiä hankkimaan käyttöönsä enemmän tasaveroisia kuuluvuusalueita tuottavia taajuuksia ja taajuuskokonaisuuksia. Tämän onnistuessa kaikkien Suomen käyttöön saatavissa olleiden

ULA-taajuuksia koskeva SVPL 38 § ei sisällä kaupallisen radiotoiminnan ULA-toimilupaharkintaan verrattavaa Ylelle osoitettavien taajuuksien tarpeen tai perustelujen arviointia. ULA-taajuuksien kokonaisalokaation kannalta Ylen käyttämät taajuudet jäävät käytännössä taajuusalueen käytön kokonaisarvioinnin ulkopuolella. Kaupallisen radiotoiminnan harjoittajat ovat ajoittain esittäneet vaatimuksia Ylen käytössä olevien ULA-taajuuksien vähentämisestä, mikä lisäisi kaupalliseen toimintaan tarjolla olevia taajuuksia.

SVPL 38 § määrää Yleisradion oikeudesta analogisen radioverkon taajuuksiin seuraavasti: ”Toimilupaviranomaisen velvollisuutena on huolehtia siitä, että Yleisradio Oy saa käyttöönsä julkisen palvelun toiminnassa tarvitsemansa, sille 95 §:n 1 momentin nojalla annetussa valtioneuvoston asetuksessa säädetyn määrän radioverkon taajuuksia ja että yhtiö voi käyttää niitä tarkoituksenmukaisesti.” Sanamuodon perusteella on epäselvää, onko valtioneuvostolla toimivalta antaa asetus poiketen siitä, mitä Yleisradio on ilmoittanut taajuustarpeeseen.

Säännöksessä mainittu asetus on Valtioneuvoston asetus radiotaajuuksien käytöstä ja taajuussuunnitelmasta 1246/2014. Asetuksen 4 §:n 2 momentti kuuluu ”Yleisradio Oy:n julkisen palvelun tehtävän hoitamista varten on varattu viisi valtakunnallista, yksi osavaltakunnallinen ja kaksi alueellista ja paikallista radioverkkoa.” Asetus annettiin SVPL:n voimaantullessa tuolloin vallinneen taajuusalokaatiotilanteen mukaisesti eikä Ylen tarvitsemien ULA-taajuuksien määrän tarvetta arvioitu asetusta annettaessa.

Ylen radiokanavien määrästä ja peittoalueesta eli siten myös tarvittavien ULA-taajuuksien käytöstä päättävät yhtiön hallintoelimet. YleL:n 6 a § mukainen Ylen hallintoneuvoston suorittama ennakoarviointimenettely on säädetty erityisesti Ylen uusien palvelujen yhteiskunnallisten vaikutusten arvioimiseksi, mutta hallintoneuvostolla on toimivalta suorittaa ennakoarviointi myös olemassa olevista palveluista. Radiotoiminta on Ylen perinteisintä toiminta-aluetta eivätkä ULA-radiokanavat ole olleet ennakoarviointimenettelyn kohteena. Ennakoarvioinnissa voitaisiin Ylen hallintoneuvoston harkinnasta riippuen ottaa huomioon myös Ylen käyttämien ULA-taajuuksien vaikutus kaupallisen radiotoiminnan ULA-taajuuksien määrään. YleL:n mukaista ennakoarviointia ei kuitenkaan suunniteltu taajuusalokaatiomenettelyksi, vaan julkisen mediapalvelun sisältöä ja muotoa koskevaksi päätöksentekoprosessiksi.

C) Taajuusalueen vaihtoehdot käyttömahdollisuudet

ULA-radiotaajuuksille ei käytännössä ole tarjolla muita käyttötarkoituksia kuin radiotoiminta. Kun ULA-taajuudet ovat globaalisti käytössä radio-

ULA-taajuuksien kokonaisväestöpeitto ei olisi todennäköisesti noussut yhtä suureksi kuin Yleisradion käyttöön hankituilla suurtehotajuuksilla on saavutettu.

kanavien lähettämisessä, radiolaiteteollisuudella ei ole ollut motiivia kehittää ULA-taajuusalueelle muita käyttötarkoituksia palvelevia radiolaitteita. Monilla muilla taajuusalueilla on eri kilpailevia käyttötarkoituksia, jolloin radiotaajuusallokaatio merkitsee muun ohessa päätöstä siitä, mikä käyttötarkoitus (käyttäjärühmä) saa taajuudet käyttöönsä. Tällöin taajuusallokaatiopäätöksissä on otettavissa huomioon myös vaihtoehtoisen käyttötarkoituksen tuottamat hyödyt eli vaihtoehtoiskustannukset.¹¹⁰

D) Yleisen järjestyksen ylläpitäminen ja valtion turvallisuus

Sähköisen joukkoviestinnän katsotaan edelleen internetin valtakaudellakin olevan merkittävä yleisövaikuttamisen ja asenteiden muokkauksen väline. ULA-radiokanavia käytetään myös SVPL 279 §:n mukaisten viranomaisten vaaratiedotteiden lähettämiseen yleisölle. Lähtökohtaisesti vahvaa sananvapautta rajoitetaan toimilupajärjestelmällä oikeusjärjestyksen ylläpitämiseksi ja valtion turvallisuuden varmistamiseksi.¹¹¹ ULA-toimiluvan edellytyksiä koskevaan SVPL 36 §:ään lisättiin vuonna 2018 kielto myöntää toimilupa, jos on ilmeinen syy epäillä, että hakija syyllistyy rikoslain 11 luvun 10 §:ssä tarkoitettuun kiihottamiseen kansanryhmää vastaan. Yleisen järjestyksen ja turvallisuuden takaamisen intressit voivat muodostua Coasen ehdottaman taajuuksien jälkimarkkinan esteeksi, jos riskiä ULA-taajuuksien päätymistä jälkimarkkinakauppojen kautta turvallisuuspoliittisesti epätoivottavaan käyttöön pidetään liiallisena.¹¹²

E) Radiokanavien sisältö

Radioyleisön erilaisia tarpeita voidaan tyydyttää tavoittelemalla taajuusallokaatiopäätöksissä radiokanavien sisältöjen monipuolisuutta, kuten esimerkiksi keskenään erilaisia viihdemuotoja tai ohjelmien kohdentamista tietyille yleisöryhmille, kuten kielivähemmistöille.¹¹³ Moniarvoisuutta

¹¹⁰ Esimerkiksi televisio- ja matkaviestinliiketoimintojen välillä on noin parinkymmenen vuoden ajan ollut näkyvää globaalia kilpailua ultrakorkeiden eli UHF-taajuuksien käyttöoikeudesta.

¹¹¹ SVPL 32 ja 36 § estävät ULA-toimiluvan myöntämisen ja mahdollistavat toimiluvan peruuttamisen paitsi mediajulkaisemista koskevan SVPL:n niin myös eräiden arpajaislain ja rikoslain säännösten rikkomisen perusteella. Valtioneuvosto esti 2.2.2017 turvallisuuspoliittisilla perusteilla Love FM Oy:n ULA-toimiluvan siirron, LVM 2017a.

¹¹² Turvallisuuspolitiikka ja rikollisuuden torjunta ovat vahvasti esillä Ruotsin taajuuspoliittisen selvitysmiehen ehdotuksissa SOU 2018:92, s. 243–253.

¹¹³ Radiosisältöjen monipuolisuus ja monipuolisuutta ilmentävä toisistaan poikkeavien kanavien sisältötyyppien eli ohjelmaformaattien valikointi oli näkyvä valintaperuste vuosien 2006 ja 2011 ULA-toimilupakerroksilla. Valikointi on kuvattu muun muassa KHO:n Sävelradio-päätöksessä, KHO 1.12.2006, taltio 3278, s. 25.

voidaan tuottaa osoittamalla taajuuksia aatteelliselle ja harrastuspohjaiselle radiotoiminnalle, joka voi sisältää ideologisista lähtökohdista tuotettua sisältöä, toisin kuin kaupalliset valtavirtakanavat.¹¹⁴ Monipuolisuutta ilmentää myös taajuuden osoittaminen yksittäiseen aihealueeseen (esimerkiksi Jou-luradio) tai yleisötapahtuman tiedotustarpeisiin (partioleirit, uskonnollisten herätysliikkeiden kesäjuhlat). Toimilupapäätöksissä voidaan asettaa myös kuuluvuusalueita ja lähetyaika koskevia vaatimuksia.¹¹⁵

Joukkotiedotusvälineiden sisältötarjonnan ja muun yleisöviestinnän sisällön kirjoja kuvataan käsitteillä moniarvoisuus (media pluralism) ja toisaalta moninaisuus, monimuotoisuus tai monipuolisuus (media diversity). Nämä käsitteet ovat mediapolitiikassa, -oikeudessa ja tutkimuksessa hyvin keskeisiä.¹¹⁶ Emme tutki erityisesti moniarvoisuuden tai monipuolisuuden toteutumista, vaan nuo käsitteet ovat tämän artikkelin kannalta eräitä mahdollisia taajuusallokaation tavoitteita koko mahdollisten tavoitteiden kirjossa. Käytämme käsitteitä seuraavasti.

Moniarvoisuudella tarkoitamme sitä, että yleisölle tarjottu sisältö edustaa useita erilaisia ja äärimmillään kaikkia yhteiskunnassa esiintyviä mielipidesuuntia, erityisesti kaikenlaisia ideologisia näkemyksiä. Moniarvoisuus voi jossain määrin toteutua yksittäisen joukkoviestimen tarjoamissa sisällöissä, mutta laajasti se voi toteutua vasta joukkoviestintäjärjestelmän ja yleisöviestinnän kokonaisuuden tasolla.¹¹⁷ Joukkoviestinnän moniarvoisuus on länsimaisissa liberaaleissa demokratioissa asetettu mediapolitiikan yhdeksi keskeisimmistä tavoitteista, jolla katsotaan olevan olennainen merkitys valtiojärjestelmän toimivuudelle.

Vaikka sanan- ja ilmaisunvapauden esteettömyys on välttämätön edellytys moniarvoisuudelle, se ei vielä takaa sisältöjen moniarvoisuutta. Pelkistäen voidaan todeta, että ”...kun sananvapauden toteutuminen perustuu markkinaperiaatteelle, pääsevät julkisuuteen vain sellaiset puheenvuorot, jotka tuottavat julkaisijalleen voittoa”.¹¹⁸ Luonnehdinta kuvaa osuvasti artikkelin kohteena olevan yksityisen radiotoiminnan moniarvoisuuden niukkuutta. Pienen poikkeuksen tästä niukkuudesta muodostavat epäkaupalliset radiokanavat, jotka toimivat suppeilla kuuluvuusalueilla ja tavoittavat vain pienehköjä kuuntelijamääriä.

¹¹⁴ Vuoden 2018 toimilupakierroksella valtioneuvosto myönsi neljä erityisradiotoimilupaa, joiden sisältöalueet ovat kristillinen, opetuksellisetieteellinen, klassinen musiikki ja viron kieli.

¹¹⁵ SVPL 37 §:n 3 momentti.

¹¹⁶ Monipuolisuuden mittaamisen haasteista sekä moniarvoisuuden ja monipuolisuuden käsitteiden analysistä Karppinen 2005 ja Karppinen 2010.

¹¹⁷ Fromond 2007, s. 707–708. Fromond nimittää yhden joukkotiedotusvälineen moniarvoisuutta sisäiseksi pluralismiksi ja koko joukkoviestintäjärjestelmän moniarvoisuutta ulkoiseksi pluralismiksi.

¹¹⁸ Nieminen – Nordenstreng 2017, s. 352.

Monipuolisuudella, monimuotoisuudella eli moninaisuudella tarkoitamme joukkotiedotusvälineiden sisällön ulkomuodon vaihtelua erillään ideologisesta sisällöstä. Radiokanavilla monipuolisuutta edustavat pääasiassa eri musiikkilajit ja puheohjelmien erilaiset aihepiirit. Suurenkin monipuolisuuden vallitessa kaikki sisällöt voivat edustaa samaa ideologista suuntausta. Mainosrahoitteisilla valtavirtaradiokanavilla tällaista suuntausta voi luonnehtia esimerkiksi ”ideologiavapaaksi viihdyttämiseksi”. Myös monipuolisuutta pidetään yleisenä mediapoliittisena tavoitteena. Tällöin tavoitellaan yleisön erilaisten mieltymysten tyydyttämistä.

Koska radiotoiminnan mainostaja-asiakkaat ja radioyleisö eivät osallistu ULA-taajuusallokaatioprosessiin osapuolina, niin allokaatiopäätösten niihin kohdistuvia vaikutuksia voi pitää ulkoisvaikutuksina. Allokaatioprosessissa tavoitellaan kuitenkin näille ryhmille kertyviä hyötyjä, joten suppeassa merkityksessä kyseessä eivät ole ulkoishyödyt.¹¹⁹ Radioyleisön intressit ovat periaatetasolla keskeisessä asemassa suomalaisessa toimilupamenetelyssä, mutta haasteena on viranomaisen tiedonhankinta yleisön tarpeista ja toisaalta tarpeiden toteutumisen mittaamismahdollisuudet.

Radioyleisön preferenssit eivät radiokanavamarkkinoilla välity suoraan hintamekanismin kautta, kun radiokanavat ovat ilmaishyödyke. Radioyleisön kuuntelukäyttämistä mitataan otosperusteisilla kyselytutkimuksilla.¹²⁰ Mainostajien käyttäytyminen ilmenee hintamekanismin kautta mainosajan myyntituloina. Mainosajan myyntimäärät ja -hinnat ilmentävät välillisesti radioyleisön käyttäytymistä, mutta tarkkaa tietoa yleisön tarpeista ne eivät tuota. Taajuusallokaatioprosessiin voitaisiin pyrkiä keräämään paljonkin tietoa radiokanavakohtaisista kuuntelututkimustuloksista sekä mainosajan myyntimääristä ja -hinnoista. Tällainen historiatieto ei kuitenkaan antaisi kovin hyödyllisiä perusteita pitkälle tulevaisuuteen suuntautuville allokaatiopäätöksille. Lisäksi historiatietoa voi olla käytettävissä vain olemassa olevista radiokanavista, joten se ei mahdollistaisi uusien alalle tulijoiden vertailua.

F) Sananvapaus ja elinkeinotoiminnan vapaus

Sananvapaus on keskeisessä asemassa arvioitaessa toimilupajärjestelmää perusoikeusnäkökulmasta. Toimilupajärjestelmä merkitsee sananvapau-

¹¹⁹ Ulkoisvaikutuksen käsitteestä Gravelle – Rees 2004, s. 319 sekä Hyytinen – Maliranta 2016, s. 28.

¹²⁰ Kansallisen radiotutkimuksen toteuttaa radiotoiminnan harjoittajien ja mainostajien toimeksiannosta Finnpanel Oy. Kuuntelumittaus palvelee radioyhtiöitä ohjelmasuunnittelussa ja kuuntelukehityksen seurannassa muun muassa radiomainosajan myyntiin tarpeisiin.

den ja elinkeinovapauden rajoittamista, kun radiotoiminnan harjoittaminen on mahdollista vain viranomaisten myöntämällä toimiluvalla ja toimilupaehtojen puitteissa. Paukku kuvaa sananvapauden vaikutusten kaksisuuntaisuutta ”Kyse on informaation vastaanottajien sananvapautta turvaavasta tarkemmasta sääntelystä, jolla kuitenkin rajoitetaan televisio- ja radiotoiminnan harjoittajien sananvapautta” sekä ”Toimilupäsääntelyn valtiosääntöoikeudellisessa arvioinnissa on siten pitkälti kyse toiminnanharjoittajien oikeuksien ja informaation vastaanottajien sananvapauden välisestä punninnasta”.¹²¹

G) Markkinarakennetta koskevat tavoitteet

Radiotoiminnan markkina on perusluonteeltaan oligopolistinen, koska ULA-taajuuksien niukkuus asettaa rajat markkinoille pääsulle. Lisäksi radioliiketoiminnassa saavutettavissa olevat keskittymishyödyt ohjaavat markkinarakennetta oligopolistiseen suuntaan.¹²²

Joukkotiedotusvälineiden kuten radiokanavien omistuksen liiallinen keskittyminen on haitallista sananvapauden ja median moniarvoisuuden kannalta. Sananvapauden tukeminen toimilupajärjestelmän puitteissa edellyttää ULA-taajuuksien tasapuolista jakamista hakijoiden kesken.¹²³ Sananvapauslähtöinen median monipuolisuuden tukeminen on samansuuntainen tavoite kuin kilpailupoliittinen mediamarkkinan liiallisen keskittymisen ehkäisy.

Kilpailullinen markkinarakenne voi tuottaa mediasisältöjen monipuolisuutta.¹²⁴ Keskenään kilpailevat yritykset voivat kuitenkin myös ankarasti kilpailullisessa markkinatilanteessa valita kilpailustrategiat, jotka johtavat sisältötarjonnan samankaltaistumiseen eli monipuolisuuden vähentymiseen. Toisaalta heikosti kilpaillussakin markkinassa yritykset voivat valita toisistaan poikkeavia kilpailu- ja sisältöstrategioita siten, että tarjonta on monipuolista. Sisältöjen moniarvoisuutta on vaikeampi tuottaa pelkän

¹²¹ Paukku 2005, s. 139–140. Sananvapaudesta joukkoviestinnän viestien lähettämisen ja toisaalta vastaanottamisen vapautena viestintäpolitiikan näkökulmasta Nieminen – Nordenstreng 2017, s. 342–344. Sananvapauden kansainvälisestä sääntelystä Euroopan ihmisoikeussopimuksen kannalta Neuvonen 2012, s. 144–145. SVPL:n toimilupajärjestelmän edellytyksistä sananvapauden rajoittamisen näkökulmasta, PeVL 40/2017 vp ja HE 82/2017 vp. Asiasta laajemmin Korpisaari 2018, s. 11–14 ja siinä mainitut lähteet.

¹²² Joukkoviestintämarkkinoiden eri osamarkkinoiden markkinarakenteesta Sauri – Picard 2017, s. 36. Suomen radiomainosmarkkinassa on duopolistisiäkin piirteitä. Radiotoiminnan sisältömarkkinan tarjontaa monipuolistavat Ylen radiokanavatarjonta ja pienemmät kaupalliset radiokanavat.

¹²³ PeVL 18/2014 vp ja HE 221/2013 vp.

¹²⁴ EU:n kilpailuoikeuden ja mediapolitiikan suhteesta mediayhtiöiden omistuksen sääntelyssä Fromond 2007, s. 708 ja 716–720.

kilpailullisen markkinarakenteen avulla. Se edellyttäisi, että moniarvoisuus tuottaisi kaupallista kilpailuetua tai ei ainakaan vähentäisi kilpailukykyä.

Viestinnän tutkimuksessa on tarkasteltu tv-markkinan kilpailullisuuden asteen vaikutusta tv-sisältöjen tarjonnan monipuolisuuteen. Tv-kanavien sisältöjen monipuolisuuden on havaittu Hollannissa ja Suomessa ensin lisääntyvän kilpailun lisääntyessä. Maltillisen kilpailun oloissa tv-kanavat pyrkivät parantamaan kilpailuasemaansa erilaistamalla tuotettaan eli tarjoamalla muista tv-kanavista erottuvia tv-ohjelmia. Sen jälkeen kilpailun intensiteetin kasvaessa tv-sisältöjen monipuolisuus on tutkimusten mukaan kääntynyt laskuun. Tutkijat selittävät havaintojaan sillä, että kilpailun kiristytessä merkittävästi ja tv-kanavakohtaisten tulojen määrän kääntyessä laskuun tv-yritykset vaihtavat kilpailustrategiakseen erilaistamisen sijasta kustannusten minimoinnin, mikä johtaa tv-sisältöjen samankaltaistumiseen. Tutkimustulosten pohjalta tutkijat ovat esittäneet viestintäpolitiikan päättäjille suunnattuna politiikkasuosituksena, että markkinoille pääsyn sääntelyllä eli toimilupapolitiikalla tulisi tähdätä tv-kanavien kilpailun pitämiseen kohtuullisella tasolla tv-sisältöjen monipuolisuuden turvaamiseksi.¹²⁵

Tv-markkinaa koskevien tutkimustulosten soveltuvuus radiokanavien markkinaan on epävarmaa muuan muassa siksi, että radiokanavien sisältöjen differoinnin kustannukset ovat olennaisesti matalampia kuin tv-sisältöjen differoinnin kustannukset. Pääosin hyvin musiikkipainotteisten radiokanavien sisältökustannukset eivät olennaisesti muutu musiikkigenreä vaihdettaessa, kun taas tv-sisällöissä eri sisältögenrejen väliset kustannuserot ovat jopa monikymmenkertaisia. Tv-markkinaa koskevat tutkimustulokset nostavat kuitenkin esille myös radiomarkkinan osalta relevantin kysymyksen siitä, millä keinoilla radiokanavien toimilupapolitiikassa on mahdollista tukea radiosisältöjen monipuolisuutta.

Kaupallisten radiokanavien toimilupakautta 2011–2019 koskevassa tutkimuksessa Suomen radiokanavien välistä kilpailua luonnehditaan maltilliseksi. Samaa valtavirtaan kuuluvaa radioformaattia edustavien kanavien havaittiin käyttävän kilpailukeinonaan musiikkitarjonnan erilaistamista eikä toistensa jäljittelyä, mikä yleisön kannalta tarkoittaa radiosisältöjen monipuolisuutta.¹²⁶

Valtioneuvosto on toimilupaharkinnassa toistuvasti ottanut huomioon toimilupien keskittymisen ehkäisemisen. Tarkkoja markkinaosuuslaskelmia ei harkintaa kuvaaviin päätösten perusteluihin sisälly. Radiokanavien liikevaihdon ja kuuntelun markkinaosuustiedot olisivat melko helposti hankittavissa allokaatiopäätösten pohjaksi, mutta menneeseen aikaan

¹²⁵ van der Wurff – van Cuilenburg 2001 ja Aslama – Hellman – Sauri 2002.

¹²⁶ Vilkkonen – Hellman 2018.

kohdistuvat markkinatiedot olisivat vain rajoitetusti hyödyllisiä pitkälle tulevaisuuteen suuntautuvien allokatiopäätösten pohjana.

Taajuuksien jakamisen tasapuolisuutta voidaan tarkastella toisaalta kaupallisten radiokanavien ja Yleisradion välillä sekä toisaalta kaupallisten radiokanavien kesken. Julkisrahoitteisen yleisradion ja kaupallisten radiokanavien välistä suhdetta koskevat sekä kilpailulain kilpailuneutraliteettisäännös 30 a § että valtioneukisäännöt. ULA-taajuusallokaatio Ylen ja kaupallisten radiokanavien välillä ei pyri kilpailuneutraliteettiin, vaan tapahtuu valtioneukisääntöjen puitteissa.¹²⁷

Viranomaiset ovat muodostaneet kaupallisten radiokanavien käyttöön jaettavista ULA-taajuuksista valtakunnallisia ja alueellisia taajuuskokonaisuuksia muun muassa pyrkien kaupallisten radiokanavien kuulumusalueiden säilymiseen vähintään ennallaan toimilupakausten vaihtuessa. Tämä on tarkoittanut epäsuoraa tukea markkinoilla jo toimiville yrityksille. Niin kutsuttujen valtakunnallisten eli yli 75 prosentin väestöpeiton taajuuskokonaisuuksien kuulumusalueiden laajuuden välillä on merkittäviä eroja, joten taajuuskokonaisuudet eivät tuota tasapuolisia kilpailuedellytyksiä.¹²⁸

H) Radioliiketoimintaan kohdistuvat elinkeinopoliittiset tavoitteet

Radioyleisölle tarjottavien radiokanavien sisällöllinen laatu ja monipuolisuus voivat toteutua vain, jos radioliiketoiminnan taloudelliset toimintaedellytykset ovat riittävät. Taajuusallokaation tavoitteena voidaan siten pitää radioliiketoiminnan yritystaloudellisen elinkelpoisuuden turvaamista toimialatasolla. Toimialakohtaista yleistavoitetta tarkemmat elinkeinopoliittiset tavoitteet eivät olisi realistisia, sillä taajuusallokaatioprosessissa

¹²⁷ Kilpailuneutraliteetista on säädetty kilpailulain 4 a luvussa tarkoituksena turvata kilpailun tasapuolisuus julkisen ja yksityisen elinkeinotoiminnan välillä. Käytämme kilpailuneutraliteetti-käsitettä myös laajemmassa merkityksessä sisällyttäen siihen lisäksi taajuusallokaatiopäätösten kilpailuvaikutukset yksityisten radiokanavien välillä. Yrityssektorin sisäisen kilpailuneutraliteetin tärkein osa on markkinoille pääsyn tasapuolisuus, mikä taajuusallokaatiopäätöksissä tarkoittaa hakijoiden tasapuolista kohtelua kilpailuoikeudellisesta ja -poliittisesta näkökulmasta. Yleisradion etuoikeus taajuuksien käyttöön on osa yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyvien palvelujen valtioneukia, Sopimus Euroopan unionin toiminnasta 106.2 artikla (SGEI, Services of General Economic Interest). EU:n sähköisen viestintän direktiivissä jäsenvaltioille on annettu mahdollisuus poiketa radiotaajuusallokaatiota koskevasta lähtökohtaisesta tasapuolisuuden vaatimuksista yleisen edun mukaisten tavoitteiden saavuttamiseksi. Tällaisena pidetään muun muassa radiotaajuuksien osoittamista julkisrahoitteisen yleisradiotoiminnan käyttöön. EECC:n 48 artiklan kohdat 2 ja 3.

¹²⁸ Niin kutsuttujen valtakunnallisten taajuuskokonaisuuksien väestöpeittoalue vaihteli 78–99 %:n välillä. Viestintävirasto 2018, s. 4–10. Ruotsin vuoden 2017 ULA-taajuushuutokauppa varten viranomaiset muodostivat ULA-taajuuskokonaisuudet tuottamaan mahdollisimman samankaltaiset kuulumusalueet, jotta kilpailulle näiden taajuuskokonaisuuksien välillä syntyi mahdollisimman tasapuoliset edellytykset. MPRT-strategia 2017, s. 8–9.

ei ole mahdollista tehdä arvioita radioyleisön tai kansantalouden kannalta optimaalisesta resurssiallokaatiosta. Yksittäisen radiokanavan toiminnan kannattavuus ei itsessään osoita tehokasta resurssiallokaatiota, vaan se voi olla seurausta kilpailun puuttumisesta tietyssä markkinasegmentissä, markkinavoiman väärinkäytöstä tai muusta terveen kilpailun kannalta epätoivottavasta ilmiöstä. Myöskään yksittäisten yritysten harjoittamien radioliiketoimintojen jatkuvuutta ei voida perustellusti asettaa mediapolitiikan tavoitteeksi, koska viranomaisilla ei ole edellytyksiä arvioida, ovatko taajuusresurssit tehokkaimmassa käytössä juuri tietyissä yrityksissä.

ULA-lähettimien lisäksi radiotoiminnassa tarvitaan vain vähän käyttöomaisuusinvestointeja, ja lisäksi radiotoiminnan käyttöomaisuus on helposti siirrettävissä toiminnan lakatessa. Siten kynnys uusien yritysten alalletuloon on matala, kun käyttöomaisuus ja henkilöresurssit ovat uudelleenallokoitavissa matalilla transaktiokustannuksilla. Radiotoimintaa vakiintuneesti harjoittavien yritysten suosiminen ULA-taajuusallokaatiossa estää uusien yritysten alalletulon, mikä heikentää kilpailullisuutta ja lähtökohtaisesti myös taloudellista tehokkuutta.

Kuvaamiemme A)–H)-tavoitteiden lisäksi viranomaisten taajuusallokaatiopäätöksillä on usein teknologiapoliittisia tavoitteita. Esimerkiksi silloisen Viestintäviraston syksyllä 2018 järjestämän 3,5 gigahertsin (GHz) taajuusalueen huutokaupan tavoitteena oli edistää langattomien uuden sukupolven eli niin sanottujen 5G-verkkojen käyttöönottoa. 5G-teknologialla tavoitellaan hyötyjä useilla toimialoilla, kuten muun muassa tieliikenteen automaatioissa. ULA-taajuuksia käytetään radiotoiminnassa elinkaaren vaiheeltaan täysin kypsällä analogisella ääniradioteknologialla, jonka suhteen ei enää ole tarpeen asettaa teknologiapoliittisia tavoitteita.

4.3 Tavoitemäärittelyssä tarvittavan tiedon hankkiminen

Valittuihin tavoitteisiin tähtäävien vaatimusten asettaminen on kaikissa allokaatiomenetelmissä muodollisena sääntelytehtävänä selkeä. Kun vaatimukset on määritelty, kirjoitetaan niitä toteuttava toimilupa-, huutokauppa- tai konsessioehto, jota taajuuksien käyttäjä on velvollinen noudattamaan. Sääntelytehtävän haasteet koskevatkin laadullisten vaatimusten määrittelyä: miten vaatimukset on asetettava, jotta radiotoiminta johtaa haluttuun lopputulokseen tai täyttää halutut vähimmäisvaatimukset. Laadullisten vaatimusten toteutumisen arviointi edellyttää, että vaatimusmäärittelyssä otetaan huomioon myös tulosten mitattavuus tai muu arviointikelpoisuus.

Haluttuja tavoitteita toteuttavien vaatimusten määrittelemisen edellyttää riittävää tietoa eri osapuolten käyttäytymisestä, kuten yleisön mieltymyk-

sistä, radiomainonnan ostajien maksuhalukkuudesta ja markkinaosapuolten reaktioista viranomaisen asettamiin ehtoihin. Eri allokatiomenetelmät mahdollistavat allokatiota suorittavan viranomaisen tiedonhankinnan eri tavoilla ja tuottavat eri määrän eri luotettavuusasteen tietoa.

Tavoitteiden toteutumismahdollisuuksia koskeva tieto jää kuitenkin aina väistämättä puutteelliseksi, koska päätöksenteko edellyttää oletuksia osapuolten tulevasta käyttäytymisestä, johon vaikuttaa myös moni toimilupaprosessin ulkopuolinen tekijä. Esimerkiksi kansantalouden suhdannekehitys vaikuttaa radiomainostulojen kertymiseen tulevaisuudessa ja sitä kautta radiotoimintaa harjoittavien yritysten käyttäytymiseen. Radiotoimintaa jo harjoittavista yrityksistä voidaan käyttää tilinpäätös-, markkinaosuus- ym. historiatietoa, mutta uusista alalietulijoista niitä ei ole käytettävissä, joten myöskään ei ole edellytyksiä tasapuoliseen vertailuun. Tulevaisuutta koskevien liiketoimintasuunnitelmien perusteellinen vertailu edellyttäisi muun muassa niissä käytettyjen myyntihinta ja -määräoletusten sekä eri kustannustekijöiden yksikköhintojen tarkkaa vertailua, kun pelkkä tuloslaskelmatasoinen liiketoimintasuunnitelma ei riitä luotettavan vertailun tekemiseen.

Esimerkkinä tiedonhankinnan haasteista voidaan käyttää viranomaisen määrittämää tavoitetta tarjota paikallisia radiosisältöjä radioyleisölle. Jotta allokatiopäätöksen tekevä viranomainen voisi päätöksen kautta saavuttaa määritetyn tavoitteen, sen täytyy tietää, millaiset paikalliset sisällöt ovat yleisöä kiinnostavia sekä millä edellytyksillä radiokanavien julkaisijat ovat valmiita tarjoamaan paikallisia sisältöjä. Jos viranomainen asettaa vaatimuksen liian tiukaksi, niin ULA-taajuuksille ei löydy käyttäjää ja tavoite jää toteutumatta. Jos viranomainen asettaa vaatimuksen liian löysäksi, niin tavoite ei tule tyydytyksi niin hyvin kuin olisi mahdollista.

Viranomaisten tavanomaisia tiedonhankintakeinoja ovat lausuntopyynnöt, virka- tai konsulttityönä laadittavat selvitykset ja markkinatutkimusyrietyksiltä hankittavat markkinatiedot. Näiden tiedonhankintamenetelmien haasteina ja usein myös heikkouksina ovat virkamiehiltä puuttuva oma-kohtainen toimialaosaaminen, niukkuus ammattitaitoisista konsulteista tms. selvityshenkilöistä sekä yritysten edunvalvonnassaan antaman tiedon vaillinaisuus.

Kaikilla yrityksellä on lausunnoissaan ja edunvalvonnassaan intressi antaa viranomaiselle vain sellaista tietoa, joka vahvistaa sen omia mahdollisuuksia saavuttaa liiketoimintatavoitteensa. Radiokanavamarkkinassa toimivilla yrityksillä on lähtökohtaisesti enemmän tietoa markkinan toiminnasta kuin viranomaisilla. Tällainen epäsymmetrisen informaation tilanne

vastaa markkinoilla tavanomaista tilannetta, jossa myyjällä on enemmän tietoa kaupan kohteesta kuin ostajalla.¹²⁹

Viranomaiset pyrkivät parantamaan kertyvän tiedon laatua hankkimalla lausuntoja eri intressitahoilta ja järjestämällä julkisia kuulemistilaisuuksia, joissa parhaimmillaan voisi dialogin kautta kertyä monipuolisempaa tietoa. Toimialan kaikilla yrityksillä voi kuitenkin olla keskenään samansuuntaiset intressit suojata markkina-asemaansa, joten ne voivat pyrkiä tukemaan vallitsevaa tilannetta antamalla samansuuntaisia tietoja. Toimialalle pyrkivien uusien haastajayritysten näkemykset eivät yleensä tule yhtä hyvin esille kuin alalla jo toimivien. Kuulemistilaisuuksien dialogin avoimuutta rajoittavat myös kilpailusäännöt ja liikesalaisuuksien salassapitointressit.

Allokaatiopäätösten vaatimusmäärittelyjen laadinnassa tarvittavan tiedon hankintaa vaikeuttaa myös se, että osa laadullista tavoitteista on vaikeasti mitattavia. Esimerkiksi radiokanavien peittoalueelle ja lähetysajalle voidaan asettaa tarkkoja vaatimuksia, mutta ohjelmasisällöille asetettavat vaatimukset ovat vaikeammin määriteltävissä ja mitattavissa. Vaatimusmäärittelyä ja toteuman mittaamista voi lisäksi vaikeuttaa epäkaupallisten aatteellisten tai harrastuspohjaisten radiokanavien toimintatavan erilaisuus verrattuna kaupallisiin radiokanaviin.

Taajuusallokaatiota on hyvin vaikeaa perustaa todennettuun tietoon perustuvaan hakijoiden vertailuun siitä, kuinka hyvin eri hakijayritykset kykenevät täyttämään radioyleisön tarpeita tai tyydyttämään muita laadullisia intressejä. Allokaatiomenetelmien vertailussa jäljempänä havaitsemme, että eri allokaatiomenetelmät kykenevät jossain määrin paremmin tuottamaan tietoa eri tavoitteista kuin toiset menetelmät.

5 ULA-TAAJUUKSIEN ALLOKAATIO-MENETELMIEN VAIHTOEHDOT

5.1 Menetelmien vertailusta yleisesti

Arvioimme käytettävissä olevia allokaatiomenetelmiä eri tavoitteiden saavuttamismahdollisuuksien kannalta. Tavoitteiden saavuttamisen keskei-

¹²⁹ ULA-taajuuksien allokaatio tapahtuu informaation epätäydellisyys- ja epäsymmetrisyyden vallitessa. Allokaatioprosessin osapuolilla eli allokaatioviranomaisella ja taajuuksia tavoittelevilla ei kellään ole käytössään kaikkea merkityksellistä informaatiota. Viranomaisilla on käytössään vähemmän informaatiota radion kuuntelumarkkinasta ja radiomainosmarkkinasta kuin näillä markkinoilla toimivilla yrityksillä, joiden niidenkin keskinäisessä informaation määrässä on eroja. Pohjola 2014, s. 305.

nen edellytys on allokaatiopäätöksiä tekevän viranomaisen mahdollisuus riittävään tiedonhankintaan. Pidämme lähtöoletuksena, että viranomaisen käytettävissä on vähemmän informaatiota radiotoiminnan markkinoista kuin taajuuksia käyttöönsä tavoittelevilla kaupallisen radiotoiminnan harjoittajilla.

Valtiontaloudellisia ja toisaalta monia laadullisia allokaatiotavoitteita voidaan toteuttaa yhtäaikaaisesti eli ne eivät lähtökohtaisesti ole toisiaan poissulkevia. Laadullisista tavoitteista erityisesti radiokanavien sisältöä koskevat tavoitteet voivat pitkälle vietyinä aiheuttaa merkittäviäkin kustannuksia radiotoiminnan harjoittajalle, mikä on omiaan vähentämään valtion ansaintamahdollisuuksia.

Kutsumme toimilupahakemusten laadullista vertailua kauneuskilpailuksi. Arvioimistamme menetelmistä on Suomessa ULA-toimilupia jaettaessa käytetty vain kauneuskilpailua ilman etukäteisiä vertailukriteerejä.

5.2 Huutokauppa rahavastiketta vastaan

Radiotaajuuksien käyttöoikeuksien allokointi valtion järjestämässä taajuushuutokaupassa hyödyntää hintamekanismia samansuuntaisesti kuin omistusoikeuksien vaihdannassa markkinaosapuolten välillä. Aidosti kilpailullisessa huutokaupassa määräytyvä hinta ilmentää ostajien näkemystä taajuuksien ansaintapotentiaalista.¹³⁰ Matkaviestinverkkotaajuuksien jakaminen verkko-operaattoreille huutokaupoissa on käytössä maailmanlaajuisena pääsääntönä. ULA-taajuuksia on jaettu radiokanavien käyttöön huutokaupoilla muun muassa Ruotsissa ja Tanskassa. Suomessa uudet matkaviestintaajuudet on jaettu taajuushuutokaupalla vuodesta 2009 lähtien, mutta ULA-taajuuksien jakamisessa taajuushuutokauppaa ei ole käytetty. Suomessakin asiaa on selvitetty.

Liikenne- ja viestintäministeriö arvioi huutokaupan käyttömahdollisuuksia ULA-taajuuksien jakamiseen keväällä 2017 ja päätyi siihen, ettei

¹³⁰ Huutokaupan kilpailullisuuteen vaikuttaa ennen kaikkea kysynnän määrä suhteessa tarjontaan eli keskenään kilpailevien huutokaupan osallistujien lukumäärä suhteessa tarjolla oleviin taajuuskaistoihin. Myös huutokauppaehdot voidaan määrittää enemmän tai vähemmän kilpailullisiksi. Muodollisesti huutokauppamuodossa tapahtuva taajuusallokaatio voi tosiasiallisesti merkitä hallinnollista taajuusallokaatiopäätöstä, jos huutokaupan osallistujien välillä ei synny kilpailutilannetta. Tällaisesta on esimerkkinä Suomessa vuonna 2016 4G-matkaviestinverkkoja varten järjestetty 700 MHz taajuusalueen huutokauppa, jossa osallistujat maksoivat kilpailun puuttumisen takia taajuuksista vain hiukan yli huutokauppaehdossa asetetun vähimmäishinnan. LVM 2016. Taajuushuutokauppojen hinnoittelua sekä niiden hyötyjä ja haittoja koskevasta tutkimuksesta Van den Bergh – Paccès 2012, s. 358.

huutokauppanenettelyä oteta käyttöön ULA-taajuuksien jakamisessa.¹³¹ Matkaviestinverkkojen taajuuksien huutokauppaaminen perustuu SVPL 8 §:n 2 momentin säännökseen. ULA-taajuuksien huutokauppa-allokaatio edellyttäisi vastaavan säännöksen lisäämistä SVPL 5 lukuun.

Taajuushuutokauppaan voidaan liittää huutokaupan ostajia ja radiotoimintaa koskevia laadullisia vaatimuksia. Tällaisessa huutokaupan *kynnyssäätelyssä* voidaan esimerkiksi edistää markkinan kilpailullisuutta ehkäisemällä ULA-taajuuksien keskittymistä tai edistää paikallisten sisältöjen tarjontaa.¹³² Mitä vähemmän valtio asettaa kynnyssäätelyehtoja, sitä pelkistetympin huutokaupassa on kyse ostajien arvioiman ULA-taajuuksien ansaintapotentiaalhinnoittelusta. Tästä näkökulmasta huutokauppa soveltuu sitä paremmin allokaatiomenetelmäksi, mitä vähemmän valtio haluaa asettaa lopputulokselle laadullisia vaatimuksia. Siltä osin kuin kynnyssäätely aiheuttaa lisäkustannuksia taajuuksien käytössä tai vähentää ansaintapotentiaalia, se on omiaan vähentämään tarjoajien maksuhalukkuutta huutokaupassa ja siten heikentämään valtion mahdollisuuksia kerätä huutokauppataloja.

Huutokaupan osallistujien kyky arvioida liiketoiminnan ansaintapotentiaalia on aina rajoitettu, mikä voi johtaa liian korkeisiin tai mataliin huutokauppahintoihin suhteessa toimilupakaudella toteutuvaan ansaintaan.¹³³

¹³¹ LVM 2017b. Tiedotteen mukaan päätöksen pohjana olivat muun muassa radiotoimintaa harjoittavien yritysten vastustus ja ministeriön tilaama konsulttiyhtiö NAGin raportti (NAG 2017). Raportti perustelee huutokauppanenettelyn hylkäämistä ULA-taajuusallokaatiossa muun muassa riskillä radiotoiminnan keskittymisestä harvempien yritysten harjoittamaksi huutokauppojen seurauksena, kuten Ruotsissa on tapahtunut (s. 2 ja s. 10–11). Keskittymisriskiä arvioidessaan raportti sivuuttaa sen, että Suomessa on tapahtunut lähes vastaava radiotoiminnan keskittyminen kuin Ruotsissa, vaikka Suomen kaikki ULA-toimiluvat on myönnetty kauneuskilpailulla. Lisäksi raportti ei johtopäätöksessä ota huomioon viranomaisten mahdollisuutta estää keskittyminen toimilupaehtoilta, vaikka raportti Ruotsin tuolloin valmisteluvaiheessa olevaa vuoden 2017 huutokauppanenettelyä kuvatessaan kertoo Ruotsin viranomaisten aikeesta ottaa käyttöön keskittymisen estävät toimilupaehdot (s. 10 yläreuna, vrt. saman sivun alareuna). Ministeriön tiedotteen ja konsulttiraportin perusteella päätös olla käyttämättä huutokauppanenettelyä vaikuttaa ensisijaisesti radioliiketoimintaa jo harjoittavien yritysten etujen mukaiselta ja siten onnistuneen edunvalvonnan mukaiselta päätökseltä, koska mediapoliittiset ja markkinarakennetta koskevat perustelut jäävät ole-mattomiksi.

¹³² Mediasisältöjen monimuotoisuuden ja markkinan kilpailullisuuden edistämiseksi Ruotsin vuoden 2017 ULA-taajuushuutokaupassa oli ehtona, että sama konserni tai muuten samassa määräysvallassa olevat yritykset eivät saaneet hankkia millekään kuuluvuusalueelle kuin yhden toimiluvan. MPRT-strategia, s. 24–28. Viranomainen joutui arvioimaan toimilupapäätöksessä määräysvaltasuhdetta myös kahden eri omistuksessa olevan yrityksen välisen yhteistyösopimuksen perusteella, MPRT-päätös, s. 3–4.

¹³³ Tanskassa vuonna 2003 järjestetyssä ULA-taajuushuutokaupassa suurimman kuuluvuusalueen kahdeksan vuoden toimilupakaudeksi voitannut kansainvälisen News Corporationin omistama Sky Radio lopetti toimintansa kahden vuoden jälkeen, The Washington Post 2005. Tätä seurasi Tanskan valtion ja Sky Radion välinen oikeudenkäynti, jossa valtio

Useita vuosia tulevaisuuteen ulottuvan ULA-taajuusallokaation kohdalla hintamekanismi ei kykene keräämään markkinainformaatiota samaan tapaan kuin nykyhetkeä tai lähitulevaisuutta koskevassa hinnanmuodostuksessa. Vaikka ULA-taajuuksien huutokaupan osallistujilla olisi tiedossa huutokauppahetkellä vallitsevat radiomainonnan kysynnän määrä ja hintataso eli nykyhetken ansaintapotentiaali, niin markkinoilla ei ole tarjolla tietoa tulevaisuudessa vuosien päässä tapahtuvista hinnasta ja kysynnästä.

Huutokauppahinnan asettuminen liian korkeaksi suhteessa ansaintapotentiaaliin johtaa toiminnan lakkaamiseen konkurssin kautta. Siitä riippuen, onko huutokauppahinta määritelty maksettavaksi yhdessä tai useammassa erässä, konkurssista voi seurata luottotappio valtiolle. Huutokaupan voittajan toiminnan lakkaaminen estää joka tapauksessa taajuusallokaation laadullisten tavoitteiden toteutumisen, vaikka valtio saisikin perittyä koko huutokauppahinnan. Huutokauppahinnan asettumista liian matalaksi suhteessa ansaintapotentiaaliin voi pitää valtion kannalta saamatta jääneenä tulona. Aidosti kilpailullisessa huutokaupassa määräytynyt hinta edustaa huutokauppahetkellä käytävissä ollutta parasta tietoa ansaintapotentiaalista.

Huutokauppahinnan asettuminen liian korkeaksi on ehkäistävissä määrittämällä huutokauppahinta prosentuaaliseksi osuudeksi toimilupakauden tuloista siten että huutokauppahinnoittelu määritellään ja tarjoukset tehdään prosenttilukuina.¹³⁴ Korkeimman prosenttimääräisen tarjouksen valinta ei välttämättä johda valtion keräämien tulojen maksimointiin, kun eri tarjousten jättäjien kykyä kerätä liikevaihtoa ei ennalta tiedetä. Prosenttimääräinen huutokauppahinnoittelu johtaa kuitenkin siihen, että huutokaupan voittajan ja valtion taloudelliset intressit asettuvat yhdenmukaisiksi.¹³⁵ Huutokauppamaksujen kertyminen valtiolle vasta jälkikäteen voittajan toteutuneiden liikevaihtotietojen perusteella aiheuttaa valtiolle luottoriskin, jota voidaan vähentää vakuusjärjestelyillä. Liikevaihtoperusteisen huutokauppahinnan laskeminen ja periminen aiheuttaisi valtiolle melko vähäisiä lisäkustannuk-

velkoi saamatta jäänyttä huutokauppahintaa ja Sky Radio vaati valtiolta vahingonkorvausta luvattua suppeammasta kuuluvuusalueesta. Slots- og Kulturstyrelsen 2014b ja DR-nyheter 2006.

¹³⁴ Tanskan ULA-toimilupia vuosina 2014 ja 2018 kauneuskilpailulla myönnettäessä toimilupamaksu määriteltiin liikevaihdosta laskettavana prosenttina, joka liikevaihdon määrästä riippuen vaihteli 5 %:n ja 15 %:n välillä. Slots- og Kulturstyrelsen 2014a, s. 5 ja Slots- og Kulturstyrelsen 2017, s. 3–4.

¹³⁵ Prosenttiperusteista vuokran määräytymistä käytetään muun muassa ravintolakäytön vuokrattujen liikehuoneistojen vuokrasopimuksissa, joissa vuokranantaja osallistuu liiketoimintariskin kantamiseen ja vastaavasti saa osuuden liiketoiminnan menestyksestä. Liiketoimintariskin ja -hyödyn prosentuaalista jakoa on hyödynnetty myös isojen julkisten investointien rakennusurakoiden hinnoittelussa niin kutsutussa allianssimallissa. Yli-Vilamo – Petäjäniemi 2013.

sia ottaen huomioon silloisen Viestintäviraston joka tapauksessa perimien taajuusmaksujen laskenta- ja laskutusmenettelyjen monimutkaisuus.¹³⁶

Jos huutokaupassa yhtä ULA-taajuutta tai taajuuskokonaisuutta tavoittelee vain yksi tarjoaja, niin tarjoajien välinen kilpailu ei ohjaa hinnanmuodostusta. Tässäkin tilanteessa huutokauppamekanismilla voidaan tavoitella tuon yksittäisen tarjoajan parasta käsitystä taajuuden käyvästä arvosta yhdellä tarjouskierroksella, jos tarjoajat eivät ryhdy keskinäiseen tiedonvaihtoon.¹³⁷ Tarjoajien välinen tiedonvaihto on kiellettyä kilpailusääntöjen perusteella ja se voidaan lisäksi kieltää huutokauppaehdoissa. Käytännössä tiedonvaihtoa ei voida luotettavasti estää, joten yhden tarjouskierroksen huutokaupassa on ilmeinen riski siitä, että tarjoajat tulevat etukäteen tietoiseksi siitä, tavoitteleeko samaa taajuutta myös joku muu tarjoaja. Siten huutokaupan järjestäminen ULA-taajuuksista tilanteessa, jossa merkittävää osaa tarjolla olevista taajuuksista tulisi tavoittelemaan vain yksi tarjoaja, ei tarjoa huutokauppamekanismin kaikkia hyötyjä. Tällainen tilanne vallitsee nykyäänkin osassa paikallisia ja alueellisia ULA-taajuuksia, kun vähäisen tuottopotentialin liiketoimintamahdollisuus ei houkuttele useampia yrityksiä. Suomen yksityisen radiotoiminnan alkuvuosina radiomainosmarkkinan ollessa vasta kehittymässä taajuushuutokaupan käyttämiselle ei olisi ollut edellytyksiä. Radioliiketoimintaa useammassa Euroopan maassa harjoittavien yritysten tulo Suomen markkinoille osoitti valtakunnallisten yksityisten radiokanavien ansaintapotentialin kehittymistä.¹³⁸

Taajuushuutokaupassa kohteena on tyypillisesti ajallisesti rajoitettu käyttöoikeus. Valtio voisi myydä huutokaupalla myös Coasen ehdottamia ajallisesti rajoittamattomia eli pysyviä siirtokelpoisia käyttöoikeuksia, jolloin huutokaupan kohteena olisi taloudellisesti pitkälti omistusoikeutta vastaava hyödyke.¹³⁹ ULA-taajuuksien kohdalla ajallisesti rajoittamattomien siirtokelpoisten käyttöoikeuksien pitkän aikavälin tuotto-odotukset ovat rajoitetut, kun radiokanavien ULA-lähtämisen ansaintakyvyn oletetaan vähenevän musiikin kuuntelun siirtyessä internetpalveluihin. Ajallisesti rajoittamattomia ULA-taajuuksien käyttöoikeuksia huutokaupattaessa tämä tarkoittaisi, että huutokaupan osallistujat eivät hintatarjoustensa

¹³⁶ Taajuusmaksujen määrittämisestä liikenne- ja viestintäministeriön asetus hallinnollisista taajuusmaksuista ja Liikenne- ja viestintäviraston taajuushallinnollisista suoritteista perittävistä muista maksuista (1150/2018).

¹³⁷ Ruotsin vuoden 2017 ULA-taajuushuutokaupassa tarjoajat antoivat kustakin tavoittelemaansa kuuluvuusalueesta yhden suljetun tarjouksen. Viranomaisen lähtökohtana oli, että tarjoajat eivät olleet tietoisia muiden tekemistä tarjouksista. MPRT-strategia, s. 18.

¹³⁸ Kansainvälisten radioliiketoiminnan harjoittajien roolista Suomessa Kempainen 2015, s. 343.

¹³⁹ Sähköisen viestinnän direktiivi ei rajoita taajuustoimilupien ajallista enimmäispituutta, EEC:n 49 artikla.

määrittelyssä laskisi kovin paljoo taajuuksien pidemmän aikavälin ansaintakyvyn varaan. Valtiolle kertyvien huutokauppatulojen kannalta tämä tarkoittaisi, että pysyvien käyttöoikeuksien myyminen huutokaupalla ei todennäköisesti tuottaisi olennaisesti suurempia tuloja kuin pitkäksi määräajaksi, esimerkiksi 20 vuodeksi myytävien käyttöoikeuksien huutokauppaaminen. Muihin taajuusalueisiin voi kohdistua pidempikestoisia kaupallisia tuotto-odotuksia kuin radiotoiminnan ULA-taajuuksiin. Tällaisten pitkäaikaisten tuotto-odotusten taajuusalueillakin taajuuksien pysyvän käyttöoikeuden nykyarvo saattaa nousta vain vähän verrattuna 20 vuodeksi myytäviin käyttöoikeuksiin, koska kaukaisen tulevaisuuden tuottojen nykyarvoa alentaa diskonttokoron lisäksi myös niihin kohdistuva suuri epävarmuus.

Vaikka huutokaupattaviin taajuuksiin ei muodollisesti liity etuosto-oikeutta seuraavalla kilpailutuskierröksellä, niin edellisen toimilupakauden käyttöoikeuden haltijalle voi syntyä tosiasiallinen etusija verrattuna uusiin alalle tulijoihin, jos taajuuksilla on suurempi ansaintapotentiaali vakiintuneelle radiotoiminnan harjoittajalle kuin uuden radiotoiminnan käynnistäjälle.

Huutokauppaamennettelylle on ominaista käyvän markkinahinnan tavoittelu kilpailumekanismin kautta sekä huutokauppahintaa alentava valtion määrittämä kynnyssäätely. Huutokauppa ei sovellu allokatiomenetelmäksi sellaisiin käyttötarkoituksiin, joissa taajuuksien avulla harjoitettavassa toiminnassa ei synny tuloja eli hintamekanismi ei voi välittää tuloja koskevaa hintainformaatiota. Toimiluvanvaraisessa radiotoiminnassa esimerkiksi tällaisesta on aatteellinen radiotoiminta, joka ei pyri hankkimaan tuloja radiomainonnan myynnillä vaan rahoittaa toimintaansa esimerkiksi saamallaan avustuksilla.

Aidosti kilpailullinen huutokauppa torjuu perusteetonta varallisuuden siirtoa valtiolta taajuuksia käyttäville yrityksille ja tuottaa valtiolle tuloja. Coasen vuoden 1959 artikkeli ja Ruotsin vuoden 2019 taajuuspoliittinen selvitysmies pitävät hintamekanismin kautta tapahtuvan taajuusallokaation tärkeimpänä hyötynä sitä, että niukka taajuusresurssi saadaan allokoiua tehokkaasti ja siten tuottamaan yhteiskunnalle ja kansantaloudelle maksimaalisia hyvinvointihyötyjä.¹⁴⁰

Allokatiopäätöstä valmistelevan viranomaisen kannalta pelkkien huutokauppaehtoien valmisteluun riittää tiedonhankinta valtion omista intresseistä. Huutokaupan hintamekanismi eli ostohintojen tarjoaminen tuottaa huutokaupan osallistujien liiketoimintaa eli radiomainosajan ostajien ja radioyleisön kiinnostukseen perustuvaa ansaintapotentiaalia koskevan tiedon. Huutokaupan mahdollinen kynnyssäätely edellyttää viranomai-

¹⁴⁰ SOU 2018:92, s. 80–90.

selta huutokauppamekanismista erillistä tiedonhankintaa kynnysääntelyn tavoitteiden toteuttamismahdollisuuksista, sillä huutokauppa itsessään ei tue laadullisia tavoitteita koskevaa tiedonhankintaa. Huutokauppa sopii allokaatiomenetelmäksi vaikka tavoitteiden painopiste olisi laadullisissa tavoitteissa, jos rahamääräiseen tarjouskilpailuun yhdistetään laadullisten tarjousten arviointi ja pisteytys. Etukäteen määriteltävän laatupisteytyksen kriteerit jäänevät väistämättä vähemmän täsmällisiksi kuin hintatarjousten aritmeettinen vertailu.

Taajuushuutokaupan hintamekanismi ei itsessään tue sananvapauden toteutumista, sillä puhdas hintakilpailu ei ota huomioon radiokanavien sisällöllisiä vaatimuksia tai eri kanavien muodostaman kokonaisuuden monipuolisuutta.¹⁴¹ Huutokaupan kynnysääntelyllä voidaan asettaa sisällöllisiä vähimmäisvaatimuksia, mutta kynnysääntely ei kykene tuottamaan sananvapautta edistävää sisällöllistä monipuolisuutta, kun kynnysääntelyn vaatimukset ovat samoja kaikille huutokaupan osallistujille. Allokaatiomenetelmän valinnan periaatteellisella tasolla huutokauppa ei turvaa sananvapautta yhtä hyvin kuin nykyinen toimilupajärjestelmä, jossa SVPL 36.5 §:ssä on toimilupaharkinnan tavoitteeksi asetettu sananvapaus.

Radiotoiminnan harjoittajien ilmaisun vapautta ajatellen yksityisten radiokanavien ULA-taajuuksien allokointi huutokaupalla ei todennäköisesti muuttaisi nykytilannetta, jossa taajuuksien pääosa jakautuu harvalukuisten laajaa radiotoimintaa harjoittavien kesken. Olennainen ero ULA-taajuuksien saatavuudessa voisi syntyä suppeille kohderyhmille suunnattujen, osaksi aatteellisista lähtökohdista toimivien radiokanavien kannalta, jos kaikki taajuuksia käyttöön haluavat kilpailisivat taajuuksista samassa huutokaupassa. Suppeille kohderyhmille suunnatun radiotoiminnan harjoittajat saavat nykyään ULA-taajuutensa osaksi erityisradiotoiminnan toimiluvilla, joista kohderyhmäkanavia lähettävät eivät kilpaile suoraan tavallisten yksityi-

¹⁴¹ Matkaviestintaajuuksien huutokaupoissa sananvapaudella ei ole samaa merkitystä kuin ULA-taajuuksien huutokaupassa, sillä matkaviestinverkon toimiluvalla ei ole asiallista yhteyttä tai vaikutuksia verkossa välitettävän viestinnän sisältöön. Elinkeinonvapauden kannalta matkaviestintaajuuksien ja ULA-taajuuksien huutokaupat ovat rinnasteisia, sillä molemmissa tapauksissa taajuusresurssi on yritystoiminnan keskeinen, ei-korvattavissa oleva tuotannon tekijä. Suomen ensimmäinen matkaviestintaajuuksien huutokauppa vuonna 2009 perustui eräiden radiotaajuuksien huutokaupoista annettuun lakiin 462/2009. Lakiä koskeneessa hallituksen esityksessä HE 37/2009 vp, s. 32–34 lakiesitystä arvioitiin myös sanan- ja elinkeinonvapauden kannalta. Hallituksen esityksessä taajuushuutokauppaa ei pidetty ongelmallisena kummankaan perusoikeuden kannalta eikä lakiesityksestä pyydetty perustuslakivaliokunnan lausuntoa. Matkaviestintaajuuksien huutokaupat perustuvat SVPL 8 §:n 2 momenttiin, 11 ja 12 §:ään. Näitä säännöksiä alkuperäiseen tietoyhteiskuntakaareen säädettäessä perustuslakivaliokunta ei arvioinut taajuushuutokauppoja perusoikeuksien kannalta, vaan keskittyi toimilupajärjestelmään yleisesti, PeVL 18/2014 vp, s. 2–3, josta lähemmin edellä tässä artikkelissa.

sen radiotoiminnan harjoittajien kanssa. ULA-huutokauppaa käytettäessä voitaisiin kaikista tarjolla olevista ULA-taajuuksista tarvittaessa osa varata erityisradiotoiminnan harjoittajille, ja siten edistää ohjelmistotarjonnan monipuolisuutta sekä radiotoiminnan harjoittajien ilmaisun vapautta.

ULA-taajuushuutokaupan käyttöedellytysten selvittämiseksi voidaan lisäksi arvioida, mikä on ULA-radiokanavien sisällöllisen monipuolisuuden merkitys viestien vastaanottamisen vapauden kannalta koko yleisön ja eri väestöryhmien tasolla. ULA-radiokanavien ja ULA-taajuusallokaation tärkeys yhteiskunnassa harjoitettavan kaiken viestinnän moniarvoisuuden ja sananvapauden kannalta on vähentynyt, kun internetin kautta tapahtuva mielipiteiden esittäminen ja vastaanottaminen on noussut väestön ajan-käytössä radiokanavien kuuntelun rinnalle.¹⁴²

Mielipiteenilmaisun monipuolisuus radiokanavilla on aina lähtökohtaisesti rajoitettua, kun suurellekin määrälle radiokanavia mahtuu aina vain rajallinen määrä erilaisia mielipiteitä. Katsomme, että internetin kautta tapahtuvan joukkoviestinnän ja sosiaalisen median alustojen käyttö on vähentämässä ULA-radiokanavien merkitystä sananvapauden kannalta.¹⁴³ Toisaalta yksittäisten väestöryhmien, erityisesti vanhusväestön kohdalla, joukkoviestinnän käyttö painottuu kuitenkin vielä nykyään niin paljon radio- ja tv-kanaviin, että väestöryhmäkohtaisesti ULA-taajuushuutokaupoilla voi olla olennaista merkitystä sananvapauden kuuluvan viestien vastaanottamisen vapauden kannalta. Jos taajuushuutokaupalla allokoitaisiin yksityisessä radiotoiminnassa vain kaupallisen radiotoiminnan taajuudet ja aatteellisen radiotoiminnan taajuudet jaettaisiin kauneuskilpailulla, tämä vähentäisi taajuushuutokaupan ongelmallisuutta sananvapauden kannalta.¹⁴⁴

Elinkeinovapauden kannalta taajuushuutokauppa tuottaa tasapuolisia ja ennakoitavia allokaatiopäätöksiä. Edellä kuvatussa Ruotsin ULA-taajuushuutokaupassa viranomaiset suunnittelivat huutokaupan kohteena olleet valtakunnalliset taajuuskokonaisuudet tuottamaan tasapuoliset kilpailuedellytykset ja toisaalta taajuustoimilupien keskittyminen ehkäistiin huutokauppaehdoilla. Katsomme, että ULA-taajuushuutokauppa on mahdollista suunnitella elinkeinovapauden kannalta hyväksyttäväksi, esimerkiksi Ruotsin mallin mukaisesti.

¹⁴² Väestö käytti keskimäärin eri mediamuotojen parissa käyttämästään päivittäisestä kokonaisuudesta noin kahdeksasta tunnista 18 % radiokanavien kuunteluun, 12 % sosiaaliseen mediaan ja televisiosisältöihin 30 %. Eri ikä- ja elämäntyyli-ryhmien väliset erot mediakäytössä ovat luonnollisesti huomattavia. Nuoriso käyttää hyvin vähän aikaa radio- ja tv-kanavien seuraamiseen, kun taas vanhimille väestöosille radio- ja tv-kanavat ovat tärkeimpiä keinoja tiedonsaantiin. Kantar-uutiskirje 2018.

¹⁴³ Internetjulkaisemisen tuottamasta moniarvoisuudesta myös viestinnän osapuolten vastaanottokyvyn kannalta Karppinen 2010.

¹⁴⁴ Ala-Fossi 2005, s. 191–193, s. 250–251, erityisesti alaviite 279 sekä s. 371–372.

5.3 Taajuusallokaatio käyttöoikeussopimuksella eli konsessiolla

Hankintalain¹⁴⁵ mukainen käyttöoikeussopimus eli konsessio tarkoittaa, että julkinen hankintayksikkö siirtää palvelujen tarjoamisen ja hallinnoimisen sekä siihen liittyvän toiminnallisen riskin palvelutoimittajalle (jäljempänä konsessionsaaja). Palvelun tarjoamistehtävän siirtämisen vastikkeena on joko yksinomaan oikeus palvelujen tarjontaan tai tällainen oikeus ja maksu yhdessä.¹⁴⁶ Tuomioistuinkäytännössä on erilaisissa olosuhteissa arvioitu konsessiosopimuksen tunnusmerkkejä ja erityisesti toiminnallisen riskin siirtymistä sen ratkaisemiseksi, onko hankintayksikkö velvollinen noudattamaan konsessiosopimusta koskevia sääntöjä.¹⁴⁷ Tässä artikkelissa näkökulma on toinen: pyrimme arvioimaan, millä edellytyksillä konsessiosopimus olisi hyödyllinen ULA-taajuusallokaation menetelmänä.

ULA-taajuuksien allokatiossa konsessio tarkoittaisi sitä, että taajuuksia jakava hankintayksikkö määrittelisi, millaisen radiokanavan julkaisemista se haluaa harjoitettavan tietyllä kuuluvuusalueella. Hankintalain voimassa oleva käyttöoikeussopimussääntely ei suoraan sovellu ULA-radiotaajuuksien käyttöoikeussopimusallokaatioon, joten ULA-taajuuskonsessio edellyttäisi säännöksen lisäämistä SVPL:iin.¹⁴⁸ Hankintalain mukaisessa käyttöoikeussopimuksessa hankintayksikkö on velvollinen valitsemaan kokonaistaloudellisesti edullisimman tarjouksen. SVPL:n taajuuskonsessiosääntelyssä ULA-taajuuksien käyttöoikeuden kilpailuttamisen kriteereiksi voitaisiin määritellä taloudellisten kriteerien lisäksi laadullisia kuten mediapoliittisia vaatimuksia.

Jos konsessio sisältäisi oikeuden myydä radiomainontaa, niin konsessionsaajan keräämät mainostulot alentaisivat hankintayksikön maksamaa hankintahintaa. Jos konsessionsaaja uskoisi keräävänsä mainostuloja enemmän kuin sille syntyy kuluja radiokanavan lähettämisestä, niin rahavirta kääntyisi maksusuoritukseksi konsessionsaajalta hankintayksikölle. Jos konsessio ei sisältäisi oikeutta radiomainonnan myyntiin, niin konsession kohde muistuttaisi nykyisiä Yleisradion julkisen palvelun radiokanavia, joista hankintayksikkö maksaisi hankintamenettelyn kilpailutuksessa määräytyneen hankintahinnan.

¹⁴⁵ Laki julkisista hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista 1397/2016.

¹⁴⁶ Hankintalain 4 § 7-kohdassa käytetään ilmaisua ”... vastikkeena on joko yksinomaan palvelujen käyttöoikeus tai tällainen oikeus ja maksu yhdessä”.

¹⁴⁷ Pekkala – Pohjonen – Huikko – Ukkola 2017, s. 490–502.

¹⁴⁸ Hallituksen esitys eduskunnalle hankintamenettelyä koskeväksi lainsäädännöksi HE 108/2016 vp, s. 76–79 sisältää kuvauksen käyttöoikeussopimuksen käyttöalasta hankintadirektiivin ja oikeuskäytännön pohjalta.

Mainosrahoitteisten radiokanavien kohdalla konsessionsaaja kantaisi liiketaloudellisen riskin arvioimiensa mainostulojen kertymisestä ja niiden riittävydestä radiokanavan kustannusten sekä mahdollisen hankintayksikölle maksettavan suorituksen kattamiseen. Ilman radiomainontaa lähettävän radiokanavan kohdalla konsessionsaaja kantaisi riskin vain hankintayksikön maksaman hankintahinnan riittävydestä radiokanavan kustannusten kattamiseen. Suomen kaupallisten radiokanavien nykyisen kannattavuuden ja pohjoismaisten ULA-taajuushuutokauppojen huutokauppatulojen perusteella olisi hyvin todennäköistä, että mainosrahoitteisten radiokanavien ULA-taajuuksien käyttöoikeuksista olisi mahdollista kerätä enemmän mainostuloja kuin radiokanavien lähettämisestä aiheutuu kuluja. Tällä tavoin ULA-radiokanavien konsessiomarkkina poikkeaisi tavanomaisista konsession muodossa hankittavista julkisista palveluista siinä, että konsession kohde itsessään tuottaisi niin paljon tuloja, ettei hankintayksikön tarvitsisi maksaa mitään palvelujen saatavuuden turvaamiseksi taikka niiden laadun parantamiseksi.

Sääntelyteoreettisessa kirjallisuudessa konsessiomallista käytetään nimitystä Franchising tai Governmental Franchising.¹⁴⁹ Mallin hyötyinä on pidetty kilpailullisen asetelman muodostumista ja hallinnollista sääntelyä parempaa reagoitukykyä yritysten kaupallisiin preferensseihin. Haasteena hankintayksikölle on hankittavan palvelun eli ULA-radiokanavan sisällön määrittely ennakolta. Erikoistuneiden palveluiden kuten radiokanavien tarjoajien määrä voi jäädä vähäiseksi eli toimivaa kilpailua ei välttämättä synny.¹⁵⁰

Konsession olennainen ero sekä edellä käsiteltyyn taajuushuutokauppaan että jäljempänä käsiteltävään kauneuskilpailuun olisi se, että hankintayksikön tehtävänä olisi määrittellä radiokanavan ominaisuudet, jotka konsessionsaaja sitoutuu toteuttamaan. Jos hankinnan kohteen määrittely jäisi hyvin väljäksi, niin konsessiomalli lähestyisi taajuushuutokaupan kynnyssääntelyä. Myös konsessiokäsitteelle olennainen riskielementti katoaisi, jos konsessionsaajan velvollisuudet radiokanavan julkaisemisessa määriteltäisiin niin väljästi, ettei velvollisuuksiin sitoutuminen sisältäisi enää riskiä.

Jos ULA-taajuusallokaation tavoitteissa haluttaisiin yhdistää nettotulojen kerääminen valtiolle ja laadulliset vaatimukset, niin konsessiokilpailutus tarjoaisi allokatiiviranomaiselle huutokauppaa ja kauneuskilpailua monipuolisemman allokatiivimenetelmän. Tarjouspyynnössä konsessiiosopimukseksi edellytettäisiin tarjousten velvoiteoikeudellista sitovuutta ja sopimusprosessissa olisi muutenkin käytössä sopimusoikeuden koko keinovalikoima.

¹⁴⁹ Ogus 1994, s. 318–334 ja Baldwin – Cave – Lodge 2012, s. 165–194.

¹⁵⁰ Mt, s. 123–135.

Allokaatioviranomaisen voisi käydä konsessiokilpailutukseen ilmoittautuneiden kanssa vaihteittain tarkentuvia neuvotteluja ilmoittautuneiden velvoittavasti antamien tietojen pohjalta. Sopimusvelvollisuudet ja niiden sanktiot voitaisiin määritellä käyttäen neuvotteluissa hioutuneita velvoite- ja sanktiomäärittelyitä. Hankintamenettelyn tyyppisesti järjestetty määrämuotoinen dialogi viranomaisen ja taajuuksien tavoittelijoiden välillä kykenisi tuottamaan konsessiosopimuksen pohjaksi enemmän ja luotettavampaa tietoa kuin viranomaisten tavanomaisilla lausuntopyyntö ja -kuulemismenettelyillä voidaan kerätä. Velvoiteoikeudellisten sopimussanktioiden valikoima on laajempi kuin lakimääräisten, joskin haittapuolena voi olla velvoiteoikeudellisten sanktioiden työläämpi täytäntöönpantavuus lakimääräisiin verrattuna. Viranomaisen voi pitkälti ohjata konsessioneuvottelujen monivaiheisuutta ja tarkkuustasoa, mutta lähtökohtaisesti menettely olisi työläämpi kuin taajuushuutokauppa tai kauneuskilpailu. Konsessiomenettelyn työmäärässä konkretisoituu tiedonhankinnan kustannus: tiedon hankkiminen maksaa.

Konsessiomallissa julkisen sektorin rooli radiokanavan sisällön määrittelyssä korostuu samalla kun hintamekanismi tuottaa konsessiotarjouksien kautta tietoa radiomainonnan myynnistä konsession hinnoittelua varten. Valtion tarkasti määrittelemät mainosrahoitteiset radiokanavat eivät olisi todennäköisiä konsession kohteita. Kun valtion intressi asettaa yksityisille radiokanaville sisältövaatimuksia on vähentynyt, niin taajuushuutokauppa kynnyssäntelyineen on konsessiota sopivampi malli rahavastiketta vastaan tapahtuvaan taajuusallokaatioon yksityisille radiokanaville. Konsessiomalli toimisi paremmin ilman mainosrahoitusta toimivan julkista palvelutehtävää täyttävän radiokanavan hankkimiseksi.¹⁵¹

Koska konsessiomenettelyssä allokaatioviranomaisen etsii määrittelmälleen radiokanavalle toteuttajan, viranomaisen suorittama sisällön määrittely voi tuottaa monipuolisempaa tai kapea-alaisempaa sisältöä eli vaikuttaa sananvapauden toteutumiseen laajentavasti tai supistavasti. Sananvapautta voidaan turvata esimerkiksi määrittelyllä, jossa konsessiosopimukseen perustuvan radiokanavan julkaisija veloitetaan tuottamaan ohjelmia, jotka sisältävät tasapuolisesti ja laajasti eri mielipidesuuntien näkemyksiä. Pelkästään radiokanavan ulkoisia ominaisuuksia kuten

¹⁵¹ Hallituksen esityksen eduskunnalle hankintamenettelyä koskevaksi lainsäädännöksi HE 108/2016 vp, s. 78 mukaan tässä hahmoteltu ei-mainosrahoitteisen ULA-radiokanavan hankinta Services of General Economic Interest eli SGEI-hankintana jäisi hankintadirektiivin käyttöoikeussopimuksen käyttöalan ulkopuolelle, joten se edellyttäisi erillisääntelyä SVPL:ssä. Hankintadirektiivi tältä osin minimiharmonisoivana sääntelynä ei aseta esteitä konsessiomenettelyn käyttämiselle hankintadirektiivin soveltamisalan ulkopuolelle jäävässä tilanteessa. Myöskään sähköisen viestinnän direktiivi ei aseta estettä konsessiomenettelyn käyttämiselle edellyttäen että EEC:n artiklojen 45–52 vaatimuksia noudatetaan.

ohjelmien määrää ja kuuluvuusaluetta koskevat määrittelyt eivät turvaa sananvapautta. Konsessiosopimuksen ehtojen määrittely antaa allokatiiviranomaiselle laajemmat mahdollisuudet vaikuttaa radiokanavien sisältöön kuin toimilupaviranomaisella on nykyisessä toimilupajärjestelmässä. Konsessioviranomaisen rooli sananvapauden turvaamisessa poikkeaa kuitenkin toimilupaviranomaisen roolista. Mitä tarkempia vaatimuksia konsessioviranomaisen asettaa radiokanavien sisällölle, sitä enemmän viranomaisen rooli muuttuu Yleisradion kaltaisen julkisen mediapalvelun järjestäjän rooliksi. Konsessio allokatiivimenetelmänä ei periaatetasolla ole sananvapauden kannalta ongelmallinen, vaan sananvapauden toteutumisen turvaaminen siirtyy menetelmävalinnasta konsession määrittelyn periaatteisiin. Kun konsessiomenettelyn käyttöönotto vaatisi SVPL:n muuttamista, niin uusissa säännöksissä tulisi määritellä säännöt konsession määrittelylle myös sananvapauden turvaamisen kannalta.

Elinkeinovapauden kannalta konsessiomenettely asettuu taajuushuutokaupan ja kauneuskilpailun välimaastoon. Valintapäätöksen ennustettavuus riippuu osaksi siitä, kuinka paljon konsessiotarjousten vertailussa painotetaan laatua ja kuinka paljon rahamääräistä tarjousta. Konsessiotarjouspyynnössä ilmoitetut pisteytyskriteerit antavat tarjousten tekijöille enemmän tietoa valintaperusteista kuin nykytyypisessä ilman ennalta määritettyjä valintakriteereitä järjestetyssä kauneuskilpailussa.

5.4 Kauneuskilpailu ennalta päätettyjen laadullisten vertailukriteerien pohjalta

Toimilupamenettelyssä voidaan pyrkiä tiettyihin ennalta päätettyihin tavoitteisiin julkistamalla etukäteen vertailukriteerit ja painoarvot, joihin toimilupaharkinta tulee perustumaan.¹⁵² Vertailukriteerien etukäteinen määrittely muistuttaa vertailuperusteiden määrittämistä julkisessa hankintamenettelyssä, kun viranomaisen on harkintavaiheessa sidottu ennalta ilmoittamiinsa kriteereihin. Etukäteisten vertailukriteerien määrittäminen edellyttäisi nykyisen SVPL 5 luvun säännösten muuttamista.

¹⁵² Tanskan ULA-toimilupia vuosina 2014 ja 2018 kauneuskilpailulla myönnettäessä hautilmoituksissa määriteltiin etukäteen vertailukriteerit ja niiden painoarvot. Vertailukriteerit kohdistuivat pääosin hakijayrityksiin ja niiden liiketoimintasuunnitelmiin eikä sen sijaan itse radiokanavan sisältöön. Vuoden 2014 toimiluvassa 60 % painoarvo kohdistui hakijan liiketoimintasuunnitelman taloudelliseen sekä markkinalähtöiseen toteuttamiskelpoisuuteen ja 40 % hakijan kykyyn harjoittaa radio- ja muuta medialiketoimintaa. Slots- og Kulturstyrelsen 2014a, s. 4. Vuoden 2018 toimiluvassa kaksi kriteeriä yhteensä 80 %:n painoarvolla koski hakijayrityksen taloudellista ja liiketoiminnallista kyvykkyyttä ja 20 % painoarvo kohdistui radiokanavan jakeluun. Slots- og Kulturstyrelsen 2017, s. 3–4.

Toimilupaharkinnan vertailukriteerien etukäteinen määrittely muistuttaa myös hankintayksikön konsessiomenettelyssä laatimaa radiokanavan sisällön määrittelyä. Toimilupaharkinnan vertailukriteerit voivat olla konsession määrittelyyn verrattuna suppeampia, kun vertailun kohteeksi voidaan nostaa vähimmillään vain jokin yksittäinen laadullinen tavoite. Havaintoesimerkkinä voidaan ajatella, että toimilupa myönnettäisiin pelkästään ohjelmasisällön paikallisuusasteen perusteella, ottamatta lainkaan huomioon ohjelmasisällön muita ulottuvuuksia. Joka tapauksessa vertailukriteerien laatiminen etukäteen merkitsee viranomaisen etukäteistä päätöstä siitä, millaisia radiokanavia yleisölle halutaan tarjota. Tällaisen päätöksen jälkeen toimilupahakemukset tuottavat lähtökohtaisesti vertailukelpoista tietoa, kun hakijat tietävät millä kriteereillä toimilupakilpailussa voi menestyä. Toisaalta, kun hakijat muotoilevat hakemuksensa vertailukriteerien pohjalta, ne kaikki pyrkivät kuvaamaan oman toimintansa mahdollisimman hyvin kriteerit täyttäväksi. Erityisesti radiokanavien sisältöä koskevien kriteerien kohdalla voi tällöin muodostua vaikeaksi tunnistaa hakemusten välillä todennettavissa olevia eroja.

Ennalta määrättyjen vertailukriteerien käyttö poistaa mahdollisuuden reagoida toimilupaharkinnan aikana vasta hakemuksissa saatuun uuteen tietoon. Vertailukriteerien asettaminen vaatii siksi etukäteistä tiedonhankintaa. Toimilupien haettavaksi julistamis päätöstä edeltävälle tiedonhankinnalle syntyy suurempi tarve kuin konsession käyttämisessä, jossa neuvottelumenettely mahdollistaa strukturoidun itse valintamenettelyyn sisältyvän tiedonhankinnan. Edeltävä tiedonhankinta nousee tässä vaihtoehdossa myös tärkeämmäksi kuin huutokaupassa, sillä huutokaupan kynnysääntelyn määrittämiseen voi tyypillisesti riittää vähäisempi tietomäärä kuin kauneuskilpailun valintakriteerien määrittäminen etukäteen.

Laadullisen vertailumenetelmän ero konsessiomenettelyyn on se, että rahamääräisen tarjouksen puuttuessa hintainformaatio taajuuksien arvosta eli ansaintapotentiaalista jää pois. Laadullisten valintakriteerien joukossa voi olla radiokanavan taloudelliseen elinkelpoisuuteen ja markkinoihin liittyviä valintakriteerejä, mutta haasteeksi muodostuu toimilupahakemuksissa esitettävän tiedon laatu. Jos toimilupahakemuksissa annettavan tiedon oikeellisuuden takaamiseksi ei määritellä mitään sanktiota väärän tiedon esittämisestä, hakija voi hakemuksessa esittää tulevaisuutta koskevia liiketoimintasuunnitelmia ilman vastuuta niiden realistisuudesta. Toimilupaviranomainen voi käyttää laadullisten vertailukriteerien määrittelyssä radion kuuntelu- ja mainosmarkkinoista hankittua markkinatietoa, mutta markkinatutkimustieto ei anna markkinatilanteesta yhtä luotettavaa tietoa kuin hintamekanismin välittämä hintatieto huutokaupassa ja konsessiomenettelyssä. Valtion ansaintatavoitetta voidaan tyydyttää nettotuloja tuottavilla viranomaisten määrittämällä

markkinaehtoisilla taajuusmaksuilla, mutta kauneuskilpailu ei sisällä keinoja määrittää taajuusmaksuja radioliiketoiminnan ansaintakyvyn pohjalta. Siten kauneuskilpailu ei tuota niukan taajuusresurssin tehokasta allokaatiota ja hyvinvointihyötyjen maksimointia samaan tapaan kuin hintamekanismiin perustuva kilpailullinen taajuushuutokauppa.

Pidämme tämän vaihtoehdon heikkoutena valintakriteerien määrittämistä edeltävää tiedonhankinnan tarpeen korostumista. Menetelmän puutteena on myös reagointimahdollisuuden puuttuminen tilanteissa, jossa hakemuksissa kertyy viranomaisen ennako-odotuksista poikkeavia uusia tietoja. Ongelma vastaa hankintamenettelyn tilannetta, jossa hankintayksikkö on sidottu tekemäänsä tarjouspyyntöön, vaikka tarjouksissa tulisi esille olennaista uutta ennako-odotuksista poikkeavaa tietoa.

Kauneuskilpailu ennalta päätettyjen laadullisten vertailukriteerien pohjalta eroaa perusoikeusnäkökulmasta vain vähän nykyään käytössä olevasta kauneuskilpailusta ilman ennalta päätettyjä laadullisia vertailukriteerejä. SVPL:ssa olevat valintakriteerit voisivat säilyä sananvapauden edistämisen osalta nykyisellään SVPL 36.5 §:n mukaisena, vaikka vertailukriteerien etukäteinen määrittäminen edellyttäisikin nykyisen sääntelyn muuttamista. Elinkeinovapauden näkökulmasta allokaatiomenettelyn ennustettavuus paranee, kun hakijoilla on valintakriteerit ennalta tiedossa. Valintakriteerit voidaan kuitenkin määrittellä hyvin erilaisilla yksityiskohtaisuustasoilla. Edellä mainitsemassamme Tanskan ULA-kauneuskilpailussa ennalta määritellyt valintakriteerit olivat niin yleisellä tasolla, etteivät ne luoneet kovin suurta ennustettavuutta.

5.5 Kauneuskilpailu ilman ennalta määriteltyjä laatukriteereitä

Kaikki tähänastiset valtioneuvoston myöntämät ULA-toimiluvat on myönnetty kauneuskilpailussa ilman ennalta määriteltyjä laatukriteereitä. Verrattuna ennalta tapahtuvaan laatukriteerien määrittämiseen tämä menetelmä jättää toimilupaharkinnan vapaammaksi eli vain laissa mainittujen yleisluonteisten tavoitteiden varaan. Toimilupaharkinta voidaan perustaa hakemusten muodostaman valikoiman kokonaisarviointiin ja pyrkiä tämän tarjonnan puitteissa valikoimaan radioyleisöä parhaiten palveleva kokonaisuus.¹⁵³ Toimilupien haettavaksi julistaminen ei välttämättä edellytä

¹⁵³ Hakemusten muodostaman tarjonnan arviointi on kuvattu KHO:n Sävelradio-päätöksessä KHO 1.12.2006, taltio 3278, sekä toimilupakierroksista tarkimmin vuosien 2006 ja 2011 päätöksissä, valtioneuvoston yleisistunto 31.5.2006, pöytäkirja § 36 ja valtioneuvoston yleisistunto 17.2.2011, pöytäkirja § 18.

mitään ennakolta tapahtuvaa viranomaisen tiedonhankintaa, kun päätös voidaan suorittaa pelkkien hakemusten perusteella.

Toimilupien hakuilmoituksella ohjataan hakemusten sisältöä. Hakemuksissa saatu tieto on vähemmän määrämuotoista kuin ennalta määriteltyjen laatuksiteerejä tai konsessiomenettelyä käytettäessä. SVPL 36 § ja 37 § rajoittavat laadullisten tavoitteiden asettamista, joten niiden sisällön ulkopuolelle menevät tavoitteet edellyttäisivät säännösten muuttamista.¹⁵⁴

Taajuuksien hakijan kannalta hakemuksen laatiminen tapahtuu hakuilmoituksessa annettujen tietojen pohjalta, mikä tarkoittaa vähäisempää tietopohjaa hakemuksen laatimiselle kuin ennalta päätettyjen laatuksiteerien tapauksessa. Tästä hyötyvät ne hakijat, joilla on resursseja perehtyä aikaisemmillä toimilupakierroksilla suoritettuihin vertailuihin ja pyrkii hankkimaan muutoin taustatietoa esimerkiksi virkamiesten kanssa käytävien keskustelujen kautta. Tyypillisesti tämä tarkoittaa etua radiotoimintaa jo harjoittaville yrityksille ja haittaa uusille alalle tulijoille.

Coasen ehdottama taajuuksien jälkimarkkina voi syntyä myös kauneuskilpailulla allokoitujen taajuuksien pohjalle, jos taajuustoimiluvat myönnettäisiin siirtokelpoisina. Vaikka toimilupien ja toimiluvan haltijan määräysvallan siirtoa on suomalaisessa sääntelyssä rajoitettu, niin Suomen yksityisen radiotoiminnan historiassa yksittäisissä radioliiketoiminnan yrityskaupoissa on tosiasiallisesti ollut kyse ensisijaisesti taajuustoimiluvan siirtämisestä.¹⁵⁵

Perusoikeusnäkökulmasta tähän malliin sisältyy laaja harkintavalta, jota käytetään vasta lupahakemusten jättämisen jälkeen. Tähän nähden harkintavallan käytössä korostuu ne sananvapauden turvaamista koskevat näkökohdat, joita on edellä selostettu. Toisaalta tämä malli on ollut useasti eduskunnan perustuslakivaliokunnan arvioitavana, ja sen soveltaminen on ollut Suomen oikeuskäytännön näkökulmasta ongelmattonta.

5.6 Aikaprioriteetti

Aikaprioriteettimallissa (”first asked, first served”) ULA-taajuudet jaettaisiin hakemuksen jättämisjärjestyksessä sitä mukaa kuin taajuuksia vapautuu aiempien käyttäjien luopuessa radiotoiminnasta. Aikaprioriteetti olisi hallinnollisesti yksinkertainen ja halpa. Aikaprioriteettiallokaatio voisi sisältää yleisluonteista kynnysääntelyä. Teoriassa viranomainen voisi

¹⁵⁴ SVPL 36 ja 37 § säännösten soveltamisen rajoista kauneuskilpailun tavoitteiden määrittelyssä erityisesti perusoikeuksien kannalta vuoden 2018 toimilupakierroksen valmistelussa Korpisaari 2018, s. 18–26.

¹⁵⁵ Muun muassa eurooppalaisen radioliiketoimintakonsernin SBS:n tekemä Radio Cityn yritysosto vuonna 2003, Kemppainen 2015, s. 349 ja LVM 2004a.

asettaa yksittäisille ULA-taajuuksille myös toisistaan poikkeavia laadullisia vaatimuksia, mutta mahdollisuus vertailla hakijoita puuttuisi.

Aikaprioriteettimenetelmä soveltuu keskenään riittävän samankaltaisten hyödykkeiden allokointiin, jolloin on kyse kysyntäjonojen hallinnasta eikä soveltuvimman hakijan valinnasta. Käytössä olevat ULA-taajuudet ovat merkittävältä osin keskenään niin erilaisia, etteivät ne ole radiotoiminnan harjoittajien kannalta toisiaan korvaavia. Tämän takia jätämme tämän vaihtoehdon pois johtopäätösosassa esitettävästä vertailutaulukosta.

6 JOHTOPÄÄTÖKSIÄ

Allokaatiomenetelmien vahvuudet ja heikkoudet

Olemme vertailleet ULA-taajuusallokaation vaihtoehtoisia menetelmiä pyrkimyksenä selvittää, kuinka hyvin eri menetelmät palvelevat yhteiskunnan erilaisten tavoitteiden saavuttamista. Esitämme vertailumme keskeiset tulokset seuraavan sivun taulukossa 1. Taulukosta on jätetty pois aikaprioriteetti, koska pidämme sitä selvästi huonoimpana menetelmänä.

Jos valtiolla ei ole intressiä asettaa radiokanaville laadullisia vaatimuksia, niin taajuushuutokauppa on kilpailun kannalta neutraali tapa allokoida ULA-taajuudet. Jos laadulliset vaatimukset ovat yksinkertaisia, niin ne kyetään toteuttamaan huutokaupan kynnyssäntelyssä. Jos laadulliset vaatimukset ovat tarkkoja ja monimutkaisia, niin konsessiomalli tarjoaa valtiolle strukturoidun neuvottelumahdollisuuden, jossa valtio voi hankkia tietoa hakijoiden kyvykkyyksistä luotettavammin kuin huutokaupassa tai kauneuskilpailua edeltävässä lausunnotmenettelyssä. Kauneuskilpailu ilman ennalta määriteltyjä kriteereitä tarjoaa allokaatiopäätöksen tekijälle valintavaiheessa laajimman harkintavallan, kun ennalta määritellyt kriteerit eivät rajoita harkintaa samalla tavalla kuin konsessiomenettelyssä ja huutokaupassa.

Suomen radiotoiminnan ULA-taajuusallokaatio Coasen ehdotuksien valossa

Coasen sääntelyteoreettiset näkemykset ovat artikkelin alkupuolella kuvaamastamme teknologisesta ja kaupallisesta kehityksestä huolimatta edelleen monilta osin antoisia ULA-taajuusallokaatiomenetelmien arvioinnissa. Coasen ehdotuksia tulee kuitenkin lukea hänen artikkelinsa ilmestymisajankohta vuosi 1959 huomioon ottaen.

TAULUKKO 1. Allokaatiomenetelmien vertailu

Vertailtavat ominaisuudet vaakariveillä:	Vertailtavat allokaatiomenetelmät 1-4:			
	1. Huutokauppa (rahamääräinen tarjous ilman laadullisia tarjouksia)	2. Konsessio	3. Kauneuskilpailu ennalta päätettyjen laadullisten vertailukriteerien pohjalta	4. Kauneuskilpailu ilman ennalta määriteltyjä kriteereitä
Tiedonhankinta radioleisön ja mainostilan ostajien kysynnästä	Tarjoushinnat ilmentävät kysyntää, perustuen tarjoajien kaupallisiin arvioihin	Tarjoushinnat ilmentävät kysyntää, perustuen tarjoajien kaupallisiin arvioihin	Toimilupahakemuksissa vertailukriteereistä riippuen, luotettavuudelle ei takeita	Toimilupahakemuksissa, yleensä niukasti, heikosti vertailtavissa
Mahdollisuus laadullisten vaatimusten asettamiseen	Huutokauppaehtojen kynnysääntelyssä ehdottomina vaatimuksina, ei kovin monimutkaisia	Tarjouspyynnön laadulliset vaatimukset voivat olla yksityiskohtaisiakin, vaatimusten täytyminen voidaan sanktioida konsessiosopimuksessa	Etukäteisissä vertailukriteereissä voi olla tarkkojakin vaatimuksia, ongelmana toimilupahakemuksissa saadun tiedon luotettavuus	Haettavaksi julistamisilmoituksessa määritellyt SVPL:iin perustuvat väljät laadulliset tavoitteet
Mahdollisuus menettelyn aikana saadun uuden tiedon hyväksikäyttöön	Ei, koska valinta tapahtuu tarjousintojen pohjalta	Neuvottelumenettely mahdollistaa tiedonhankinnan tarjoajilta vielä tarjousten jättämisen jälkeen mm. tarjoajien kyvystä täyttää laadulliset vaatimukset	Ei, koska toimilupaviranomainen sidottu etukäteen määriteltyihin vertailukriteereihin	Hakuilmoituksessa määritellyt laadulliset tavoitteet asettavat rajat uuteen tietoon perustuvalle harkinnalle
Tulojen kerääminen valtiolle suhteessa taajuuksien ansaintakykyyn	Tarjoajien tekemien ansaintakyarvioiden pohjalta, kilpailullisessa huutokaupassa tulot vastaavat parhaalla mahdollisella tavalla taajuuksien ansaintakykyä	Laadullisten vaatimusten aiheuttamien vähennysten jälkeen tarjoajien tekemien ansaintakyarvioiden pohjalta	Allokaatiomenetelmä ei sisällä tulojen keräämistä, voidaan yhdistää markkinaehtoiisiin taajuusmaksuihin	Allokaatiomenetelmä ei sisällä tulojen keräämistä, voidaan yhdistää markkinaehtoiisiin taajuusmaksuihin
Viranomaisen harkintavallan laajuus	Suppea, vain kynnysääntelyn määrittely huutokauppaehdoissa	Tarjouspyynnön määrittelyssä laaja, tarjousten vertailussa tarjouspyynnön puitteissa	Ennalta asetetut vertailukriteerit rajaavat lupaharkintavaiheessa	Laajin, kun ei ennalta määriteltyjä kriteereitä
Viranomaisen työ määrä ja muut kustannukset	Pienukset	Suurimmat	Keskimääräiset	Keskimääräiset
Ihmis- ja perusoikeudet	Ei tue sananvapautta, elinkeinovapauden kannalta ennestettävä	Mahdollistaa sananvapaustavoitteiden asettamisen, elinkeinovapauden kannalta määrämuotoisen menettely turvaa tasapuolisuutta	Vertailukriteerit mahdollista määrittellä sanan- ja elinkeinovapautta tukeviksi	Viranomaisella laaja harkintavaltta, tarkoituksenmukaisuus harkinnan laillisuusrajoitukset väljiä

Coasen lähestymistavan suurimpana antina ULA-taajuusallokaatiomenelmien arvioinnin kannalta pidämme allokaatiopäätösten vaihtoehtoiskustannusten ja valtiolta yrityksille suuntautuvien varallisuudensiirtovaikutusten esille nostamista. Vaihtoehtoiskustannusten ja vaihtoehtoisten toteuttamistapojen kustannusten tarkastelu syventäisi yksityisten radiokanavien taajuusallokaation perusteita.

Taajuuksien yritystoiminnalle tuottamaa taloudellista arvoa ja hintamekanismin hyötyjä korostavat Coasen näkemykset toimivat vertailukohtana tarkasteltaessa Suomen ULA-toimilupamenettelyissä asetettuja tavoitteita. Vuodesta 1985 vuoden 2011 toimilupakierrokseen asti mediapoliittiset tavoitteet, kuten paikallisen ohjelmasisällön edistäminen, olivat selvästi esillä, tosin eri tavoin eri toimilupakierroksilla. Jos ULA-taajuuksien käytössä otetaan lähtöoletuksiksi se, että taajuusalueelle ei lähimpinä vuosikymmeninä tule olemaan käyttömahdollisuuksia millään muulla vaihtoehtoisella radioverkkoteknologialla ja se, että Suomen valtiolla ei enää internetin valtakaudella ole olennaisia radiokanavien ohjelmasisältöä koskevia mediapoliittisia tavoitteita, niin Coasen jälkimarkkinaehdotusten voisi ajatella soveltuvan ULA-taajuuksien allokaatioon Suomessa. Tällaiseen ratkaisuun voisi liittyä valtion lunastusoikeus taajuuksien käyttötarkoituksen tai mahdollisuuksien olennaisesti muuttuessa.

Vuoden 2018 toimilupakierroksella asetetut melko vähäiset media-, turvallisuus- ja kilpailupoliittiset tavoitteet olisi voitu toteuttaa huutokaupan kynnysääntelyssä ja sen jälkeen jälkimarkkinoilla kaupankäynnin kohteena olevien taajuuksien pysyvien käyttöoikeuksien rajoituksina. EU:n taajuusääntely ei asettaisi esteitä sille, että Suomi jäsenvaltiona huutokauppaisi ULA-taajuudet pysyvillä siirtokelpoisilla käyttöoikeuksilla.

Coasen jälkimarkkinaehdotukset välittäisivät parhaimmillaan sekä markkinoiden toimintaa koskevaa tietoa että valtion ULA-allokaatiolle määrittämien poliittisten tavoitteiden kustannuksia koskevaa tietoa paremmin päätöksentekijöiden käyttöön kuin tähänastiset toimilupamenettelyt. Allokaatiomenetelmän vaihtuessa hallintopäätöksestä huutokauppaan päätöksentekijän rooli siirtyisi toimilupaviranomaisilta taajuuksien osto- ja myyntipäätöksiä tekeville yrityksille.

Todellinen muutos päätöksentekijöiden roolissa ei vuoden 2018 toimilupakierrokseen verrattuna olisi kovin suuri, kun toimilupakierros sujui varsin yritysohjautuvasti. Olennaisena erona vuoden 2018 toimilupakierroksen ja toisaalta huutokauppaa seuraavien jälkimarkkinoiden välillä olisi uusien alalle pyrkijöiden asema. Vuoden 2018 toimilupakierroksella alalla jo toimivilla yrityksillä oli varsin suojattu asema omine taajuuskonaisuuksineen. Huutokauppa ja jälkimarkkinat asettaisivat uudet alalle tulijat tasapuoliseen kilpailuasemaan alalla jo toimivien yritysten kanssa.

ULA-jakelussa olevien radiokanavien kuuntelu ja sen mukana mainosajan myynti todennäköisesti vähenee tulevina vuosina, jolloin ULA-taajuuksien kysyntä yksityisen radiotoiminnan käyttöön myös vähenee. Tällöin myös ULA-taajuuksien hintataso jälkimarkkinoilla alenisi. ULA-taajuuksien tuotamien mainostulojen arviointi useiden vuosien tähtäimellä tulevaisuuteen on aina epävarmaa. Paras kyky arvioida taajuuksien ansaintapotentiaalia on radiotoimintaa harjoittavilla yrityksillä, joiden kannalta taajuuksien kustannus on yhden tuotannon tekijän kustannus muiden joukossa.

ULA-taajuushuutokauppaa käytettäessä taajuuksien saatavuus aatteellisille ja muille epäkaupallisille radiokanaville voitaisiin turvata niiden kesken kauneuskilpailussa allokoidavalla taajuuskiintiöllä. Järjestelmätasolla tällainen epäkaupallinen taajuuskiintiö muistuttaisi Yleisradion käyttöön nykyään osoitettuja ULA-taajuuksia, jotka muodostavat erillisen kaupallisten radiokanavien taajuusallokaation ulkopuolelle jäävän kiintiön.¹⁵⁶ Epäkaupallisten radiokanavien kiintiö edellyttäisi kaupallinen/epäkaupallinen-ajanvedon määrittämistä. Rajanveto voitaisiin tehdä esimerkiksi sen pohjalta, saako radiokanava jakaa voittoa omistajilleen vai ei. Voitonjaon kieltä saattaisi johtaa pyrkimykseen kiertää sääntelyä peiteltyllä osingonjaolla, mutta sääntelyhaaste olisi todennäköisesti hallittavissa.¹⁵⁷

Radioliiketoiminnan yritystaloudellisen menestyksen kannalta ULA-taajuushuutokauppa ja siirtokelpoisten käyttöoikeuksien jälkimarkkinat tarkoittaisivat huutokauppahintakustannusten syntymistä niille radiokanaville, jotka voittavat taajuushuutokaupassa kilpailun kohteeksi päätyneitä kuuluvuusalueita. Aidosti kilpailullisessa huutokaupassa huutokaupan voittajan maksama hinta perustuisi parhaaseen käytettävissä olevaan tietoon taajuuksien tuottoarvosta.

Epärealistisen korkeiden huutokauppahintojen maksamista voidaan pyrkiä ehkäisemään huutokauppaehdoilla esimerkiksi tarjousten prosenttimääräisen määrittelyn avulla, mutta riskiä ylisuuriksi osoittautuvista huutokauppahinnoista ei voida sulkea pois. Huutokaupan jälkeen jälkimarkkinavaiheessa taajuuksien arvo vaihtelisi kulloistenkin tuotto-odotusten mukaisesti ja tämä johtaisi taajuuksien omistajayrityksen arvon vaihteluun. Mahdollisuus luopua taajuuksien käytöstä jälkimarkkinakaupan kautta toimisi periaate-

¹⁵⁶ Euroopan parlamentti ei-sitovassa kansalaismediaa koskevassa päätöslauselmassaan 25.09.2008 ”kehottaa jäsenvaltioita antamaan käyttöön sekä analogisia televisio- ja radiolähetystaajuuksia ja ottamaan samalla huomioon, ettei kansalaismedian tarjoamia palveluita pidä arvioida vaihtoehtokustannusten tai taajuuksien jakamiskustannusten perusteella vaan niiden edustaman yhteiskunnallisen arvon perusteella”. Euroopan parlamentin päätöslauselma 2008/2011(INI), kohta 19.

¹⁵⁷ Ajatus on tässä samansuuntainen mutta rakenteeltaan toinen kuin Ala-Fossi on esittänyt ”kauneuskilpailun” ja ”markkinajärjestelmän” kahdesta erillisestä sääntelymallista. Ala-Fossi 2005, s. 371–372.

tasolla keinona yritystoiminnan riskienhallintaan, joskin jälkimarkkinoilla toimivien yritysten rajoitettu määrä vähentäisi taajuuksien likviditeettiä.

Coasen näkemysten suuntaiset suunnitelmat ovat hiljattain nousseet esille Ruotsissa, jossa on ehdotettu kaikkien radiotaajuuksien hinnoittelua vuodesta 2027 eteenpäin. Tammikuussa 2019 julkaistun, Ruotsin hallituksen asettaman selvitysmiehen esityksen mukaan kaikki taajuudet tulisi allokoida taajuushuutokaupoilla tai muilla hyötyarvoa mittaavilla hinnoittelumekanismilla. Myös viranomaisten käytössä olevat taajuudet tulisivat hinnoittelumenettelyn piiriin. Selvitysmies ei ehdota taajuustoimilupien vapaata siirrettävyyttä jälkimarkkinoilla, vaan edellyttäisi siirrolta edelleen viranomaishyväksyntää muun muassa turvallisuuspoliittisten syiden takia.¹⁵⁸

Coasen vuoden 1959 artikkelin ja Ruotsin vuoden 2019 taajuuspoliittisen selvitysmiehen keskeinen ajatus on se, että hintamekanismin soveltaminen niukkaan taajuusresurssiin johtaa tehokkaimpaan mahdolliseen allokatioon sekä sitä kautta yhteiskunnalle kertyvien hyvinvointihyötyjen maksimointiin. ULA-taajuuksien kohdalla vaihtoehtoisia käyttötarkoituksia ei ole näköpiirissä, joten hintamekanismi allokoisi taajuuksia vain vaihtoehtoisten ULA-radiosisältöjen tarjonnan välillä. Radiokanavien yleisö- ja mainosmarkkinan kilpailullisuus ohjaa jo nyt sisältöjen tarjontaa. ULA-taajuuksien hintamekanismin lisääminen uudeksi osaksi radiokanavien välistä kilpailua tuskin lisäisi olennaisesti radiotoimintaan käytettyjen resurssien paremman allokation tuottamia hyötyjä.

Coasen näkemysten keskeiseksi anniksi ULA-taajuusallokaatiojärjestelmän kehittämisessä toteamme vaihtoehtoiskustannusten, taajuusallokatioon sisältyvien varallisuudensiirtovaikutusten ja radiotoiminnan harjoittajien välisen kilpailuneutraliteetin esille nostamisen. Yleisesti taajuusallokaatiomenetelmien kehittämisessä Coasen jälkimarkkinaehdotukset tuottaisivat toimilupajärjestelmää tehokkaampaa resurssiallokaatiota tilanteissa, joissa taajuuksien vaihtoehtoisille käyttötarkoituksille on olemassa organisoituneet kaupankäynnin osapuolet.

¹⁵⁸ SOU 2018:92. Taajuustoimilupien siirron edellytyksistä lakiluonnos, s. 47. Kattavassa selvityksessä viitataan Coasen näkemyksiin transaktiokustannusten osalta mutta ei taajuuksien jälkimarkkinan osalta, s. 85. Siitä riippumatta millaiseksi hinnoittelun rooli muodostuu Ruotsin tulevassa taajuuspolitiikassa, niin pohjoismaiden tähänastiset erilaiset ULA-taajuusallokaatiomallit tarjoavat kiinnostavan kohteen eri allokatiomallien laadullisten seurausten tutkimukselle. Ruotsin ja Tanskan keskenään erilaiset taajuushuutokauppanettelyt ja toisaalta Suomen kauneuskilpailuhistoria ovat tuottaneet ulkoisesti samantapaisen keskenään kilpailevien kaupallisten radiokanavien markkinan. Radioyleisön saamien hyötyjen arviointi edellyttäisi ohjelmatarjonnan perusteellista laadullista vertailua.

LÄHDELUETTELO

- Ala-Fossi, Marko, *Saleable Compromises. Quality Cultures in Finnish and US Commercial Radio*. Tampere University Press 2005.
- Aslama, Minna – Hellman, Heikki – Sauri, Tuomo, *Does Market-Entry Regulation Matter? Competition in Television Broadcasting and Programme Diversity in Finland, 1993–2002*. *International Communication Gazette* (66)2:2004 s. 113–132.
- Baldwin, Robert – Cave, Martin – Lodge, Martin, *Understanding Regulation. Theory, Strategy, and Practice*. Second Edition. Oxford University Press 2012.
- Barendt, Erik, *Broadcasting Law, A Comparative Study*. Clarendon Press 1993.
- Bates, Philip, *The US incentive auction and what it means for spectrum auctions in other countries*. Analysys Mason 2017. <http://www.analysismason.com/About-Us/News/Newsletter/the-us-incentive-auction-jul17>. 13.2.2019.
- Coase, Ronald H., *The Federal Communication Commission*. *Journal of Law and Economics* (2)1:1959, s. 1–40.
- Coase, Ronald H., *The Lighthouse in Economics*. *Journal of Law and Economics* (17)2:1974, s. 357–376.
- DR-nyheter 2006, *Sky Radio stævner staten for en kvart milliard* (09.08.2006). <https://www.dr.dk/nyheder/kultur/sky-radio-staevner-staten-en-kvart-milliard>. 12.2.2019.
- Euroopan parlamentin päätöslauselma 2008/2011(INI). <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2008-0456+0+DOC+XML+V0//FI>. 8.6.2019.
- FCC 2019a, *Auctions*. Federal Communications Commission. <https://www.fcc.gov/auctions>. 11.2.2019.
- FCC 2019b, *Incentive Auction*. <https://www.fcc.gov/tags/incentive-auction>. 13.2.2019.
- Fromond, Eero, *Median moniarvoisuuden sääntelystä Euroopan Unionissa*. *Lakimies* 5/2007, s. 706–722.
- Gravelle, Hugh – Rees, Ray, *Microeconomics*. Third edition. Pearson Education 2004.
- Hardin, Garrett, *The Tragedy of Commons*. *Science* (162)3859:1968, s. 1243–1248.
- Hart, Oliver – Shleifer, Andrei – Vishny, Robert W., *The Proper Scope of Government, Theory and an Application to Prisons*. *Quarterly Journal of Economics* (112)4:1996, s. 1126–1161.
- HE 119/1987 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle Radioviestintää koskevaksi lainsäädännöksi.
- HE 309/1993 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamisesta.
- HE 34/1998 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle televisio- ja radiotoimintaa koskevaksi lainsäädännöksi.
- HE 80/2001 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle radiolaiksi sekä laeiksi televisio- ja radiotoiminnasta annetun lain ja yksityisyyden suojasta televiestinnässä ja teletoiminnan tietoturvasta annetun lain 4 §:n muuttamisesta.
- HE 72/2002 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle hallintolaiksi ja laiksi hallintolainkäytönlain muuttamisesta.
- HE 37/2009 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle laeiksi eräiden radiotaajuuksien huuto-kaupoista sekä viestintämarkkinalain 4 ja 12 §:n muuttamisesta.

- HE 221/2013 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle tietoyhteiskuntakaareksi sekä laeiksi maankäyttö- ja rakennuslain 161 §:n ja rikoslain 38 luvun 8 b §:n muuttamisesta.
- HE 108/2016 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle hankintamenettelyä koskevaksi lain-säädännöksi.
- HE 82/2017 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi tietoyhteiskuntakaaren muuttami-sesta.
- Hujanen, Taisto, Viestinnän demokratisointi, yleisradiotoiminnan deregulaatio ja paikal-lisradiot. Tiedotustutkimus 4/1991, s. 34–48.
- Hujanen, Taisto – Ala-Fossi, Marko, Radio, s. 138–164 teoksessa Nordenstreng – Nie-minen 2017.
- Hyytinen, Ari – Maliranta, Mika, Yritysjohdon taloustiede: yritykset taloudessa ja talous-tieteessä. Spillover Economics 2016.
- Kantar-tiedote 2018, Mediamainonnan määrä kääntyi nousuun vuonna 2018. https://www.kantar.fi/sites/default/files/lehdistotiedote_mediamainonnan_maara_2018.pdf. 11.2.2019.
- Kantar-uutiskirje 2018, Suomalaisen mediapäivä. <https://www.kantar.fi/uutiskirje/2018/suomalaisen-mediapaiva>. 12.2.2019.
- Karppinen, Kari, Mediadiversiteetti ja mittaamisen politiikka. Tiedotustutkimus 2/2005, s. 28–43.
- Karppinen, Kari, Väitteitä internetistä ja viestinnän moniarvoisuudesta, s. 79–96 teoksessa Oikeutta ja politiikkaa: Viestintäoikeuden vuosikirja 2009. Kansainvälisen talousoi-keuden instituutti 2010.
- Kemppainen, Pentti, Radio kuuluu kaikille! Kaupallisen radion historia Suomessa. Into 2015.
- Korpisaari, Päivi, Arviomuistio. Radiomarkkinoiden järjestäminen uuden toimilupakier-roksen myötä 09.01.2018. <https://www.lvm.fi/lvm-site62-mahti-portlet/download?did=262774>. 9.2.2019.
- Kuoppamäki, Petri, Markkinavoiman sääntely EY:n ja Suomen kilpailuoikeudessa. Suo-malainen Lakimiesyhdistys 2003.
- Letto-Vanamo, Pia – Määttä, Kalle, Varallisuus oikeuksien tehokkuus – Esimerkinä maaomaisuuteen kohdistuvat varallisuus oikeudet ja niiden kehitys, s. 62–81 teok-sessa Vesa Kanninen – Kalle Määttä (toim.), Näkökulmia oikeustaloustieteeseen. Gaudeamus 1996.
- LVM 2004a. Radiotoiminta 2007. Työryhmän ehdotus. Liikenne- ja viestintäministeriön julkaisuja 73/2004. <http://julkaisut.valtioneuvosto.fi/handle/10024/78597>. 12.2.2019.
- LVM 2004b. Kaupallinen radiotoiminta Suomessa. Selvitys markkinoiden rakenteesta. Nordic Adviser Groupin (Osmo Miettinen ja Topi Sarpakunnas) selvitys. Liikenne- ja viestintäministeriön julkaisuja 74/2004. <http://julkaisut.valtioneuvosto.fi/handle/10024/78604>. 12.2.2019.
- LVM 2010. Oikeudenmukainen ja kannustava taajuusmaksumalli. Työryhmän ehdotus. Liikenne- ja viestintäministeriön julkaisuja 6/2010. <http://julkaisut.valtioneuvosto.fi/handle/10024/78210>. 9.2.2019.
- LVM 2014. Radion tulevaisuus. Markab Oy:n työryhmä. Liikenne- ja viestintäministeriön julkaisuja 8/2014. <http://julkaisut.valtioneuvosto.fi/handle/10024/77910>. 9.2.2019.
- LVM 2016. 700-alueen taajuudet kolmelle toimijalle. Liikenne- ja viestintäministeriön tiedote 24.11.2016. <https://www.lvm.fi/-/700-alueen-taajuudet-kolmelle-toimijal>

- le-912991. 9.2.2019.
- LVM 2017a. Valtioneuvosto teki ennakkopäätöksen määräysvallan muutoksesta Love FM:ssä. Liikenne- ja viestintäministeriön tiedote 02.02.2017. <https://www.lvm.fi/-/valtioneuvosto-teki-ennakkopaatoksen-maaraysvallan-muutoksesta-love-fm-ssa-921185>. 9.2.2019.
- LVM 2017b. Radion ohjelmistotoimilupakauden suunnittelu alkaa. Liikenne- ja viestintäministeriön tiedote 19.4.2017. <https://www.lvm.fi/-/radion-ohjelmistotoimilupakauden-suunnittelu-alkaa-929350>. 9.2.2019.
- LVM 2018a. Radion tuleva toimilupakausi. Liikenne- ja viestintäministeriön muistio, päivätty 14.5.2018, LVM/437/07/2018. <https://www.lvm.fi/lvm-site62-mahti-portlet/download?did=269267>. 9.2.2019.
- LVM 2018b. Valtioneuvosto myönsi uudet radion ohjelmistotoimiluvat. Liikenne- ja viestintäministeriön tiedote 15.11.2018. <https://www.lvm.fi/-/valtioneuvosto-myonsi-uudet-radion-ohjelmistotoimiluvat-987408>. 12.2.2019.
- LVM 2019. Liikenne- ja viestintäviraston antama Radiotaajuusmääräys 4Y/2019M, liite Taajuusjakotaulukko. https://www.finlex.fi/data/normit/44839/Radiotaajuusmaarays_M4Y-FI.pdf.
- Manninen, Sami, Sananvapaus ja julkisuus (PL 12 §) s. 459–491 teoksessa Pekka Hallberg – Heikki Karapuu – Tuomas Ojanen – Martin Scheinin – Kaarlo Tuori – Veli-Pekka Viljanen, Perusoikeudet. 2. uudistettu painos. WSOYpro 2011.
- MPRT-päätös 2017. De första nationella tillstånden beslutade – bättre möjligheter för kommersiell radio. Myndigheten för press, radio och tv. <http://www.mprt.se/sv/nyhetsrum/pressmeddelanden/2017/de-forsta-nationella-tillstanden-beslutade--battre-mojligheter-for-kommersiell-radio/>. 9.2.2019.
- MPRT-strategia 2017. Strategi för tillståndsgivning för analog kommersiell radio 2018–2026. Myndigheten för press, radio och tv. <http://www.mprt.se/sv/nyhetsrum/nyheter/2017/strategin-for-tillstandsgivningen-for-analog-komersiell-radio-2018-ar-nu-faststalld/>. 30.6.2017.
- MPRT-tiedote 2017. Nya aktörer på den svenska kommersiella radiomarknaden. Myndigheten för press, radio och tv. <http://www.mprt.se/sv/nyhetsrum/pressmeddelanden/2017/nya-aktorer-pa-den-svenska-kommersiella-radiomarknaden/>. 22.12.2017.
- MPRT-raportti 2018. Medieekonomi. Myndigheten för press, radio och tv. <https://www.mprt.se/sv/mer-om-media/medieutveckling/medieekonomi/>. 9.2.2019.
- Mäenpää Olli, Hallinto-oikeus. Sanoma Pro 2013.
- NAG, Selvitys radiotaajuuksien ja toimilupien huutokaupamallista liikenne- ja viestintäministeriölle. NAG Oy 2017. <https://docplayer.fi/49646117-Selvitys-radiotaajuuksien-ja-toimilupien-huutokaupamallista.html>. 9.2.2019.
- Neuvonen, Riku, Sananvapauden sääntely Suomessa. Lakimiesliiton Kustannus 2012.
- Nieminen, Hannu – Nordenstreng, Kaarle, Sääntely ja viestintäpolitiikka, s. 342–362 teoksessa Nordenstreng – Nieminen 2017.
- Nordenstreng, Kaarle – Nieminen, Hannu (toim.), Suomen mediamaisema. Vastapaino 2017.
- Ofcom 2004. Spectrum Pricing. https://www.ofcom.org.uk/consultations-and-statements/category-2/spec_pricing. 8.6.2019.
- Ogus, Anthony, Regulation: Legal Form and Economic Theory. Clarendon Press 1994.
- Ojanen, Tuomas – Tiilikka, Päivi – Vairimaa, Inka, Selvitys ohjelmistotoimilupajärjestelmän perustuslainmukaisuudesta sananvapauden ja elinkeinovapauden näkökulmasta.

- Kansainvälisen talousoikeuden instituutti 2012. <https://www.lvm.fi/lvm-mahti-portlet/download?did=70409>. 9.2.2019.
- Ostrom, Elinor, *Governing the Commons. The Evolution of Institutions for Collective Action*. Cambridge University Press 2015.
- Paukku Eero, *Sananvapaus televisio- ja radiotoiminnan sääntelyssä*. Kansainvälisen talousoikeuden instituutti 2005.
- Pekkala, Elise – Pohjonen, Mika – Huikko, Katariina – Ukkola, Markus, *Hankintojen kilpailuttaminen*. Tietosanoma 2017.
- Pellonpää, Matti – Gullans, Monica – Pölönen, Pasi – Tapanila, Antti, *Euroopan ihmisoi-
keussopimus*. Alma Talent 2018.
- PeVL 19/1998 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä eduskunnalle televisio- ja radiotoimintaa koskevaksi lainsäädännöksi.
- PeVL 26/2001 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä eduskunnalle radiolaiksi sekä laeiksi televisio- ja radiotoiminnasta annetun lain ja yksityisyyden suojasta televiestinnässä ja teletoiminnan tietoturvasta annetun lain 4 §:n muuttamisesta.
- PeVL 8/2002 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä eduskunnalle viestintämarkkinoita koskevan lainsäädännön muuttamisesta.
- PeVL 61/2002 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä eduskunnalle viestintämarkkinoita koskevan lainsäädännön muuttamisesta.
- PeVL 3/2010 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä eduskunnalle laeiksi televisio- ja radiotoiminnasta annetun lain muuttamisesta ja väliaikaisesta muuttamisesta sekä tekijänoikeuslain 25 b ja 48 §:n muuttamisesta.
- PeVL 18/2014 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä eduskunnalle tietoyhteiskuntakaareksi sekä laeiksi maankäyttö- ja rakennuslain 161 §:n ja rikoslain 38 luvun 8 b §:n muuttamisesta.
- PeVL 40/2017 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä eduskunnalle laiksi tietoyhteiskuntakaaren muuttamisesta.
- PeVM 25/1994 vp. Perustuslakivaliokunnan mietintö hallituksen esityksestä perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamisesta.
- Pohjola Matti, *Taloustieteen oppikirja*. 11. painos. Sanoma Pro 2014.
- Posner, Richard A., *Economic Analysis of Law*. Sixth Edition. Aspen Publishers 2003.
- Prosser, Tony, *The Limits of Competition Law – Markets and Public Services*. Oxford University Press 2005.
- PTS-Rapport, *Frekvensplanering för analog kommersiell ljudradio*. Post- och telestyrelsen. PTS-ER-2016:29. https://www.pts.se/globalassets/startpage/dokument/icke-legala-dokument/rapporter/2016/radio/delredovisning_ru_fm_pts-er-2016-29.pdf. 9.2.2019.
- Regeringens proposition 2016/17:136. *Vissa frågor om kommersiell radio*.
- Sauri, Tuomo – Picard, Robert G., *Mediatious*, s. 36–83 teoksessa Nordenstreng – Nieminen 2017.
- Slots- og Kulturstyrelsen 2014a, *Summary of the Radio and Television Board's public procurement for the fifth terrestrial FM radio channel*. https://slks.dk/fileadmin/user_upload/dokumenter/medier/Radio/Summary_of_the_tender_documents.pdf. 9.2.2019.
- Slots- og Kulturstyrelsen 2014b, *FM 5 - Nova FM (2014)*. <https://slks.dk/omraader/medier/radio/landsdaekkende-radio/fm-5-nova-fm>. 12.2.2019.

- Slots- og Kulturstyrelsen 2017, Summary of the Radio and Television Board's public procurement for the sixth terrestrial FM radio channel. Radio- og tv-nævnet. https://slks.dk/fileadmin/user_upload/0_SLKS/Dokumenter/Medier/Radio/2017/FM6/Summary_of_the_tender_documents.pdf. 9.2.2019.
- Soramäki, Martti: Yleisradion hallinnon ja ohjauksen kehitys 1926–2017. Kehityskaari eduskunnan alaiseksi yhtiöksi. Liikenne- ja viestintäministeriön julkaisuja 17/2017. <http://julkaisut.valtioneuvosto.fi/handle/10024/160414> 9.2.2019.
- SOU 2018:92. Frekvenser i samhällets tjänst, Betänkande av Utredningen om radiospektrum användning i framtiden. Statens Offentliga Utredningar. Stockholm 2018.
- Sveriges Riksbank 1991. The Sveriges Riksbank Prize in Economic Sciences in Memory of Alfred Nobel 1991. <https://www.nobelprize.org/prizes/economic-sciences/1991/press-release/>. 9.2.2019.
- Van den Bergh, Roger J. – Paccas, Alessio M., Regulation and Economics. Edward Elgar Publishing Ltd. USA 2012.
- The Washington Post 2005. <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2005/11/10/AR2005111000532.html>. 10.2.2019.
- Viestintävirasto 2011. Viidelle radioasemalle huomautus – Pro Radiolle lisäksi uhkasakko. https://legacy.viestintavirasto.fi/viestintavirasto/ajankohtaista/2011/T_24.html. 8.6.2019.
- Viestintävirasto 2018. Radio 2020-toimilupakierros. Taajuuskokonaisuudet. https://legacy.viestintavirasto.fi/attachments/M74_tajuuskokonaisuudet_hakukuulutus.pdf. 9.2.2019.
- Viestintävirasto 2019. Radion ohjelmistotoimiluvat 2020. <https://www.traficom.fi/fi/viestinta/tv-ja-radio/radion-ohjelmistotoimiluvat-2020>. 12.2.2019.
- Vilkko, Arto – Hellman, Heikki, Suuren yleisön soittorasiat, Radio Suomen, Radio Novan ja Radio Suomipopin soittolistat ja niiden rakenne. Etnomusikologian vuosikirja 2018, s. 154–181.
- van der Wurff, Richard – van Cuilenburg, Jan, Impact of Moderate and Ruinous Competition on Diversity: The Dutch Television Market. *Journal of Media Economics* (14)4:2001, s. 213–229.
- Yli-Villamo, Harri – Petäjaniemi, Pekka, Allianssimalli. Rakentajain kalenteri 2013, s. 57–66. <https://www.rakennustieto.fi/Downloads/RK/RK130202.pdf>. 9.2.2019.

Valtioneuvoston yleisistunnon pöytäkirjat

- Valtioneuvoston yleisistunto 24.1.1985, pöytäkirja, § 46.
- Valtioneuvoston yleisistunto 11.6.1987, pöytäkirja, § 63.
- Valtioneuvoston yleisistunto 4.5.1989, pöytäkirja, § 49.
- Valtioneuvoston yleisistunto 11.5.1994, pöytäkirja, § 27, jonka liitteenä 4 6.5.1994 päivätty perustelumistio.
- Valtioneuvoston yleisistunto 26.9.1996, pöytäkirja, § 29.
- Valtioneuvoston yleisistunto 11.3.1999, pöytäkirja, § 21.
- Valtioneuvoston yleisistunto 31.5.2006, pöytäkirja, § 36.
- Valtioneuvoston yleisistunto 17.2.2011, pöytäkirja, § 18.
- Valtioneuvoston yleisistunto 15.11.2018, pöytäkirja, 68/2018.

OIKEUSTAPAUKSET

Euroopan ihmisoikeustuomioistuin

Gropper Radio AG ym. v. Sveitsi (1990)

Informationsverein Lentia ym. v. Itävalta (1993)

Centro Europa 7 S.R.L. ja di Stefano v. Italia (suuri jaosto, 2012)

Korkein hallinto-oikeus

Päätös 1.12.2006, taltio 3278

LYHENTEET

DAB	Digital Audio Broadcasting
DR	Danmarks Radio
EECC	European Electronic Communications Code, Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi (EU) 2018/1972 eurooppalaisesta sähköisen viestinnän säännöstöstä
EU	Euroopan Unioni
EIT	Euroopan ihmisoikeustuomioistuin
FCC	The Federal Communications Commission
FM	taajuusmodulaatio, tapa käyttää radiotaajuuksia analogisiin radiolähetysiin
GHz	gigahertsi
HE	hallituksen esitys
ITU	International Telecommunication Union
KHO	korkein hallinto-oikeus
kHz	kilohertsi
LA	lakialoite
LVM	liikenne- ja viestintäministeriö
MHz	megahertsi
MPRT	Myndigheten för press, radio och tv
PeVL	eduskunnan perustuslakivaliokunnan lausunto
PeVM	eduskunnan perustuslakivaliokunnan mietintö
SGEI	Services of General Economic Interest
SopS	Sopimussarja
SOU	Statens Offentliga Utredningar
SVPL	laki sähköisen viestinnän palveluista, viestintäpalvelulaki (917/2014)
Tv-toimintalaki	laki televisio- ja radiotoiminnasta (744/1998)
Tv-toimintalaki-HE	Hallituksen esitys eduskunnalle televisio- ja radiotoimintaa koskevaksi lainsäädännöksi (HE 34/1998 vp)
UHF	ultrakorkea taajuus
ULA	ultralhyet radioaallot
vp	valtiopäivät
YleL	laki Yleisradio Oy:stä (1380/1993)

ALTERNATIVES FOR PRIVATE FM RADIO FREQUENCY ALLOCATION METHODS – FROM ADMINISTRATIVE LICENSING TO THE SECONDARY MARKET PRICE MECHANISM PROPOSED BY COASE

This article discusses the methods of allocating scarce FM radio frequencies for private radio channel operations. When the frequency authorities consider allocation decisions, they need to compare and select radio channels applying for frequencies, as radio frequencies are a scarce resource. The goal of this article is to assess how various allocation methods can promote the broader needs of society.

There are various allocation methods available: a comparison of applicant attributes, or "beauty contest"; a public procurement concession process; and a frequency auction. The objectives set for frequency allocation can be based on the state economy as well as national security, media, economic and competition policy considerations.

Reference is made to a 1959 article on frequency allocation by economics Nobelist Ronald H. Coase titled "The Federal Communications Commission". Coase argued that frequencies allocated by means of precisely defined property rights would give rise to the efficient allocation of resources through a free market guided by a price mechanism. According to Coase, a secondary market price mechanism would yield greater social and economic efficiency in allocation compared to administrative regulation.

A comparison of alternative allocation methods reveals the following points. When authorities do not need to define qualitative requirements for radio channels, auctioning provides a competitively neutral means of assigning frequencies. When qualitative requisites are simple, qualitative threshold requirements for auction can be established. When they are detailed and complex, the concession model adequately provides the information to determine applicant competence. "Beauty contest" selection allows for a wider scope of allocation considerations.

Regarding developing FM frequency allocation systems, we consider Coase's contribution to be particularly helpful in highlighting opportunity costs; the impact of wealth transfer in allocating frequencies; and the promotion of competition neutrality in radio broadcasting. The secondary market price mechanism proposed by Coase would benefit the economy most if it steered frequency use among alternative purposes of use more efficiently than regulated licensing.

Raimo Siltala

”...EI LUONNOLLISELLA JÄRJELLÄ
VAAN KEINOTEKOISELLA
JURIDISELLA JÄRJELLÄ
JA OIKEUDELLISELLA
ARVOSTELMALLA”.

NORMIT JA KONSTRUKTIOT
OIKEUDELLISESSA PÄÄTTELYSSÄ

Sisällys

1	TULKINTAA JA SYSTEMATISOINTIA – JA VIELÄ JOTAIN MUUTAKIN	253
2	OIKEUDELLISET KONSTRUKTIOT EIVÄT OLE FIKTIOITA VAAN YHTEISÖLLISIÄ KONVENTIOITA.....	256
3	OIKEUDELLISET KONSTRUKTIOT JA NIIDEN MERKITYS JURIDISESSA PÄÄTTELYSSÄ	262
3.1	Oikeudellisen konstruktion määritelmä	262
3.2	Oikeudellisen konstruktion osatekijät	267
3.2.1	Kielellinen muoto	267
3.2.2	Todellisuuden oikeudellista rakentumista koskevat sitoumukset	268
3.2.2/a	Oikeuden ontologiset sitoumukset: oikeudellisesti merkitykselliset faktat.....	268
3.2.2/b	Oikeuden arvoteoreettiset sitoumukset: oikeudellisesti merkitykselliset yhteisölliset arvot	271
3.2.3	Konventionaalinen ontologia	273
3.2.4	Oikeudellisten ja ei-oikeudellisten konstruktioiden vuorovaikutus	278
3.2.5	(Välilliset) oikeusvaikutukset	287
4	TUOMIOISTUINRATKAISUN PERUSTELUJEN RAKENNE....	287
5	IT TAKES TWO TO TANGO!	296
	LÄHTEET.....	300
	OIKEUSTAPAUKSET.....	302
	”... NOT BY NATURAL REASON BUT BY THE ARTIFICIAL REASON AND JUDGMENT OF LAW”	303

”...ei luonnollisella järjellä vaan keinoitekoisella juridisella järjellä ja oikeudellisella arvostelmalla”.

Normit ja konstruktiot oikeudellisessa päättelyssä*

1. TULKINTAA JA SYSTEMATISOINTIA – JA VIELÄ JOTAIN MUUTAKIN

Suomalaisessa oikeuskirjallisuudessa on vakiintunut Aulis Aarnion perustelema käsitys, jonka mukaan tuomarin oikeudellinen ratkaisuharkinta on oikeussääntöjen *tulkintaa ja systematisointia*. Tähän liittyy läheisesti Kaarle Makkosen tulkinnan määrittely merkityksen *antamisena* lakitekstin eli lainsäädännön ja, laajasti ymmärrettynä, myös muiden oikeuslähteiden kuten prejudikaattien ja lain esitöiden kielellisille ilmauksille, eikä kyse siis ole merkityksen löytämisestä tai johtamisesta esimerkiksi oikeudellisesta käsitesystematiikasta. Ehkä hieman yllättäen oikeudellisen systematisoinnin tai systematiikan määritelmää ei ole aivan helppo löytää alan kirjallisuudesta.¹ Aarniokin määrittelee tuon asian vain epäsuorasti, viittaamalla suomalaisessa oikeusajattelussa 1950- ja 1960-luvun tapahtuneeseen tutkimukselliseen paradigmanvaihdokseen, kun käsitelainopin omistusoikeuskäsityksestä siirryttiin vähän kerrassaan Simo Zittingin, Wesley Newcomb Hohfeldin ja Alf Rossin perustelemaan analyyttiseen omistusoikeuskäsitykseen, joka teki uudenlaisen, aiempaa hienojakoisemman kysymyksenasettelun mahdolliseksi. Omistusoikeuden siirtyminen voitiin nyt hahmottaa eri henkilörelaatioihin kiinnittyvänä ja mahdollisesti ajallisesti vaiheittaisena tapahtumana, jossa omistusoikeuden osatekijät saattoivat siirtyä eriaikaisesti, niin kuin esimerkiksi omistuksenpidätysehdoin tapahtuvassa kaupassa määritelmällisesti tapahtuu. Itse määrittelen oikeudellisen systematisoinnin oikeusnormien keskinäisten *etusija- ja yhteensovittussuhteiden* määrittämisenä: mikä on oikeudenalan johtava pääsääntö ja mitkä siihen nähden poikkeussääntöjä, mikä on oikeudenalan vallitseva periaate ja mitkä siihen nähden täydentäviä periaatteita?

* Kiitän lämpimästi Suomen Tietokirjailijat ry:tä, jonka myöntämä apuraha teki tämän artikkelin kirjoittamisen mahdolliseksi.

¹ Vrt. kuitenkin Alchourrón – Bulygin 1971. Nähdäkseni Alchourrón ja Bulygin eivät hekkään tavoita sanottua kysymystä alan klassikkoteoksessaan.

Aarnion ja Makkosen käsitys tulkinnasta ja systematisoinnista on sinänsä hyvin perusteltu, mutta se on samalla vain osatotuus tuomarin oikeudellisesta ratkaisuharkinnasta. *It Takes Two to Tango!* – sanotaan, että tangoon tarvitaan kaksi, ja sama pätee myös tuomarin tai oikeustieteen tutkijan oikeudelliseen päättelyyn. Oikeusnormien ohella tuomarin oikeudellinen ratkaisuharkinta edellyttää aina yhden tai useamman *oikeudellisen konstruktion* (eli oppirakennelman, doktriinin, konvention) myötävaikutuksen, jotta tulkinta olisi mielekäs ja oikeudellisesti perusteltavissa. Juridiset doktriinit lukitsevat ”ajatuksellisen koordinaatiston”, joka määrittelee ja lukitsee yhteiskunnalliset asiantilat ja arvot tavalla, joka on yhteisöllisesti hyväksyttävä, oikeudellisesti toimiva ja tarkoituksenmukainen sekä otaksuttavasti täyttää sille asetetun yhteiskunnallisen tehtävän tyydyttävällä tavalla. Oikeudellisten doktriinien merkitys korostuu etenkin ylimpien tuomioistuinten antamissa ennakkoratkaisuissa. Esimerkiksi rikosoikeudellista itsekriminointisuoja määrittävät prejudikaatit KKO 2009:80 (Uoti) ja KKO 2010:41 (Huhtamäki) etenevät argumentaatioltaan vahvasti ”konstruktiot edellä”,² Uotin itsekriminointisuoja-argumenttiin perustunut tuomionpurkuhakemus menestyi korkeimmassa oikeudessa mutta Huhtamäen hakemus ei, ja ratkaisujen perustelut kulminoituivat vahvasti konstruktiiviseen kysymykseen: onko itsekriminointisuoja vain rikosjutun päätekijään vai laajemmin koko kriminalisoituun tekoon ja siihen liittyviin eri henkilötahoihin liittyvä opillinen hahmotelma?

Oikeusteoriakirjallisuudessa vakiintuneen käsityksen mukaan oikeusjärjestys koostuu yhtäältä muodollisin perustein, syntytapansa nojalla velvoittavista oikeussäännöistä, toisaalta riittävää institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivista oikeusperiaatteista.³ Läpimurtoartikkelissaan ”The Model of Rules, I” (1967), joka julkaistiin myös kokoomateoksessa *Taking Rights Seriously* (1977; 2. p. 1978), Ronald Dworkin perusteli oikeusperiaatteiden ja vastaavien ratkaisustandardien merkityksen tuomarin ratkaisuharkinnassa kahden oikeustilaa muuttaneen prejudikaatin avulla: ”kukaan ei saa hyötyä tekemästään vääryydestä”-periaate *Riggs v. Palmer* -tapauksessa, ja ajoneuvon valmistajan tuotevastuuta määrittävät yhtäältä sopimusvapauteen ja sopimussitovuuteen, toisaalta kollektiiviseen kuluttajansuojaan ja sopimusoikeudelliseen kohtuullisuuteen liittyvät näkökohdat *Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc.* -tapauksessa.⁴

² Ajatus tulkinnasta, joka tapahtuu ”konstruktiot edellä”, on alun perin Sanna-Maria Klemetin esittämä.

³ ”... in those hard cases ... [lawyers] make use of standards that do not function as rules, but operate differently as principles, policies and other sorts of standards.” Dworkin 1978, s. 22.

⁴ Myöhemmässä tuotannossaan eli *Law's Empire* -teoksessa (1986) ja sen jälkeisissä

Kysymys oikeusperiaatteiden voimassaolosta osana oikeusjärjestystä on samalla osoittautunut ongelmalliseksi. Oikeussääntöjen muodollis-systeeminen validiteettikriteeri ei periaatteisiin sovellu, eikä niitä sen vuoksi voi tunnistaa H. L. A. Hartin *The Concept of Law* -teoksessa perusteleman oikeuden tunnistamissäännön (*rule of recognition*) avulla.⁵ Sääntöjen *joko/tai* tai *kaikki-tai-ei-mitään* -tyyppisen velvoittavuuden sijaan oikeusperiaatteet velvoittavat tuomaria *enemmän-tai-vähemmän* -tyyppisesti, eikä periaate kumoudu, vaikka se jätettäisiin yksittäisessä soveltamistilanteessa soveltamatta. Periaatteilla, toisin kuin säännöillä, on lisäksi sisällöllisen *painoarvon ulottuvuus*: oikeusperiaatteesta voi mielekkäästi kysyä, miten tärkeästä tai miten merkittävästä arvosta siinä on kyse. Systemisen voimassaolon sijaan periaatteiden oikeudellinen ratkaisuarvo perustuu toisin sanoen siihen, että ne koetaan toimivina ja tarkoituksenmukaisina oikeudellisina ratkaisuperusteina. Sen ohella niiden tulee saada riittävää *institutionaalista tukea* oikeuslähteistä, mutta tuo tuki voi olla vain epäsuorasti tai välillisesti ilmaista esimerkiksi lainvalmisteluaineiston sisältämien yleisten oikeudellisten pohdintojen tai yksittäisen prejudikaatin perustelujen muodossa, ja Dworkinin mukaan se voi perustua osin myös oikeuskirjallisuuteen ja yhteiskunnan vallitsevaan poliittiseen moraaliin virallislähteiden ohella.⁶

Ongelmat periaatteiden hahmottamisessa oikeusnormeina poistuvat, kun oivallamme, ettei kyse ole oikeusnormeista lainkaan vaan arvosidonnaisista oikeudellisista konventioista. Dworkin vieläpä luonnehtii periaatteita *Law's Empire* -teoksessa tavalla, joka tulee hyvin lähelle omaa terminologiaani:⁷

”According to law as integrity, propositions of law are true if they figure in or follow from the principles of justice, fairness, and procedural due process that provide *the best constructive interpretation of the community's legal practice.*”

Nähdäkseni sama konstruktiivinen päättelymalli soveltuu myös Robert Alexyn teoriaan periaatteista *optimointikäskyinä* (*Optimierungsgebote*), jotka asettavat tuomioistuimelle tai muulle viranomaiselle vaatimuksen, että oikeusperiaatteen ilmentämä yhteiskunnallinen arvo tulee toteuttaa *niin suuressa määrin kuin on mahdollista* käsillä olevan soveltamisti-

kirjoituksissaan Dworkin otti käyttöön termin *oikeudellinen eheys* (*law as integrity*), joka viittaa oikeuslähteiden keskinäiseen koherenssiin, näin jatkaen ja muuntaen periaatesidonnaisen oikeudellisen ratkaisuharkinnan analyysyä.

⁵ Dworkin 1978, s. 40.

⁶ Dworkin käyttää tässä termejä *sense of appropriateness* ja *institutional support*.

⁷ Dworkin 1986, s. 225 (kursivoinnit lisätty). – Palaan tematiikkaan lähemmin alla.

lanteen oikeudellisten ja tosiasiallisten reunaehtojen vallitessa.⁸ Samoin formaalit konfliktiratkaisunormit, kuten *lex posterior derogat legi priori* ja *lex superior derogat legi inferiori*, ovat opillisia konventioita, eivät oikeusnormeja.⁹ Toisin kuin oikeusnormit, ne eivät käske, kiellä tai salli mitään eivätkä myöskään perusta kohteelleen kelpoisuutta normien muuttamiseen. Kyse on sen sijaan metatason opillisesta mallista eli konventiosta, jonka perusteella oikeussääntöjen keskinäinen kollisio on vakiotilanteissa ratkaistavissa. Lisäksi erilaiset viimekätiset oikeus/ei-oikeus-rajakriteerit, kuten Kelsenin transsendentaalis-looginen perusnormi (*Grundnorm*) tai Hartin viimekätinen oikeuden tunnistamissääntö (*rule of recognition*), ovat nähdäkseni nekin oikeustieteen kehittämiä opillisia konventioita, eivät velvoittavia oikeusnormeja.

Perustelen tässä kirjoituksessa keskeisväitteen, jonka mukaan tuomarin tai muun lainsoveltajan oikeudellisessa ratkaisuharkinnassa on aina kaksi ainesosaa: yhtäältä oikeusnormit, jotka lainsäätäjä on yleisinä säädöksinä saattanut voimaan ja/tai jotka tuomioistuimet tai muut lainsoveltajat ovat ratkaisuillaan vahvistaneet, toisaalta oikeustieteessä eli oikeuskirjallisuudessa kehitetyt oikeudelliset konstruktiot eli oikeusopilliset konventiot. Perustelen toisin sanoen keskeisväitteen, jonka mukaan oikeustiede ja oikeudellinen päättely on vahvasti konstruktivista aina perusteitaan myöten.¹⁰ Aihetta ei ole meillä juuri aiemmin oikeustieteessä tarkasteltu, joten kirjoitus uskoakseni tarjoaa aiempaa täsmällisemmän kuvan tuomarin tai muun lainsoveltajan oikeudellisesta ratkaisuharkinnasta ja yleisemmin oikeudellisesta päättelystä.¹¹

2 OIKEUDELLISET KONSTRUKTIOT EIVÄT OLE FIKTIOITA VAAN YHTEISÖLLISIÄ KONVENTIOITA

”Vuonna 1607 ylituomari Sir Edward Coke kertoi, että oli suuresti loukannut kuningas James I:ä, kun hän oli jyrkästi pitänyt kiinni kannastaan, ettei kuninkaalla ollut valtaa toimia oikeusjutussa tuomarina. ’Vaikka on totta’, Coke kirjoitti, että ’Jumala on antanut hänen majesteetilleen

⁸ Alexy 2002, s. 47–48. Vrt. Alexy 1985, s. 75–76.

⁹ Sanottu oivallus on alun perin Sanna-Maria Klemetin esittämä.

¹⁰ ”... constructive all the way down.” Vrt. Thomas Morawetz 2000, s. 218, joka viittaa *Critical Legal Studies* -koulua edustavan Duncan Kennedyn käsitykseen, jonka mukaan oikeudessa on kyse ”politiikasta perusteitaan myöten” (engl. *politics all the way down*).

¹¹ Juha Pöyhönen 1988 tosin sivuaa sanottua tematiikkaa väitöskirjassaan, mutta Pöyhösen käsitykset poikkeavat olennaisin osin tässä kirjoituksessa esitetyistä, niin kuin alla tarkemmin perustelen.

erinomaisen ymmärryksen ja jalon luonteenlaadun ...’, silti ’hänen majesteettinsa ei ole perehtynyt hallitsemansa Englannin valtakunnan lakeihin; ja perusteita, joiden nojalla hänen alamaistensa elämää, perimystä, omaisuutta ja varallisuutta koskevat asiat määräytyvät, ei tule ratkaista *luonnollisella järjellä* vaan *keinotekoisella juridisella järjellä ja oikeudellisella arvostelmalla*, sillä oikeusoppi on ala, joka vaatii pitkällisen perehtymisen ja käytännön kokemuksen, jotta sen voi oikein taitaa.’”¹²

Ajatus oikeustieteen ja oikeudellisen ajattelun läpikotaisin *konstruktiivisesta* luonteesta siinä merkityksessä, että juristit tarkastelevat maailmaa erityisten oikeudellisten käsittekkategorioiden tai oppirakennelmien avulla, jotka ovat irtautuneet yhtä hyvin yleiskielestä ja arkiajattelusta kuin muiden tieteenalojen ja filosofian tavasta hahmottaa maailmaa, on esitetty jo 1600-luvun alussa. Tuolloin Sir Edward Coke (1552–1634) opetti Englannin kuninkaalle James I:lle huomattavan tarkkanäköisesti (ja samalla sangen uskaliaasti) oikeudellisen ajattelun perusteita: tuomarin oikeudellinen ratkaisuharkinta ei perustu kaikille yhteiseen luonnolliseen järkeen vaan *keinotekoiseen juridiseen järkeen ja oikeudelliseen arvostelmaan*, jotka edellyttävät syvällistä perehtymistä juridiikkaan ja käytännön kokemusta oikeudellisista asioista. Noita tietoja ja taitoja ei kuninkaalla ollut, joten hän ei Coken mukaan ollut kelpoinen toimimaan oikeusriitojen ratkaisijana. Coke lopulta voitti opillisen kiistansa kuningas James I:n kanssa, mikä merkittävästi vaikutti tuomioistuinten riippumattomuuteen ja oikeusvaltion kehitykseen 1600-luvun Englannissa.

Sittemmin Sir Edward Coken hieno oivallus oikeustieteen keinotekoisesta – tai oikeammin *konstruktiivisesta* eli *konventionaalaisesta* – luonteesta on oikeusopin harjoittajilta unohtunut. Niinpä etevä amerikkalainen oikeusfilosofi Lon L. Fuller (1902–1978) mieltää juridiset konstruktio virheellisesti *fiktioina* samalla, kun hän esittää muutoin tarkkoja havaintoja juristien niiden avulla jäsentämästä oikeudellisesta ja yhteiskunnallisesta todellisuudesta. Fuller määrittelee oikeudellisen fiktion seuraavasti:¹³

¹² ”In 1607, Chief Justice Sir Edward Coke related that he greatly offended James I when he insisted that the King should not be allowed to adjudge a legal case. Though it is true, Coke wrote, that ‘God had endowed His Majesty with excellent science, and great endowments of nature...’ still ‘his Majesty was not learned in the laws of his realm of England, and causes which concern the life, or inheritance, or goods, or fortunes of his subjects, are not to be decided by *natural reason* but by *the artificial reason and judgment of law*, which law is an art which requires long study and experience, before that a man can attain to the cognisance of it.’” Lainattu kirjoituksessa Bickenbach 1990, s. 23. (Kursivoinnit lisäty; käännös allekirjoittaneen.)

¹³ ”A fiction is either (1) a statement propounded with a complete or partial consciousness of its falsity, or (2) a false statement recognized as having utility.” Fuller 1967, s. 9. (Käännös allekirjoittaneen.)

”Fiktio on joko (1) lause, jonka epätodesta luonteesta sen lausuja on täysin tai osittain tietoinen, tai (2) epätosi mutta hyödyllinen lause.”

Fullerin mukaan oikeudellisessa päättelyssä hyödynnetään runsaasti erilaisia fiktiota haluttuun lopputulokseen pääsemiseksi.¹⁴ Fullerin esimerkit ovat *common law* -oikeudesta, mutta hänen päätelmänsä pätevät toki myös *civil law* -oikeuteen ja pohjoismaiseen oikeuteen perustuvaan oikeudelliseen ajatteluun. Jo aiemmin filosofisessa kirjallisuudessa saksalaisfilosofi Hans Vaihinger (1852–1933) oli tarkastellut eri tieteenalojen hyödylliseksi osoittautuneita ”ikään kuin” (saks. *als ob*) -tyyppisiä fiktioita klassikon aseman saaneissa teoksessaan *Die Philosophie des Als Ob* (1911).¹⁵

Väitöskirjassaan *Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu* Juha Pöyhönen tulkitsee samoin kehittämänsä sopimusmallin osatekijät lainopilliset dogmit ja niitä täydentävät konstruktiot Fullerin analyysiin tukeutuen fiktioiksi.¹⁶ Samalla Pöyhönen määrittelee juridisen konstruktion käsitteen olennaisesti toisin kuin nyt allekirjoittanut: Pöyhöselle konstruktiot ovat yksi sopimusmallin kolmesta ainesosasta oikeudellisten peruskäsitteiden ja lainopillisten dogmien ohella. Itse määrittelen juridisen konstruktion laajemmin oikeuskirjallisuudessa kehitettynä opillisena mallina eli konventiona, joka käsittää yhtä hyvin Pöyhösen sopimusteorian oikeudelliset peruskäsitteet ja lainopilliset dogmit kuin hänen suppeammin määrittelemänsä oikeudelliset konstruktiotkin. Kun Pöyhösen lainopilliset dogmit ovat aivan yhtä konstruktivisia kuin oikeudelliset peruskäsitteet ja konstruktiot termin suppeassa, Pöyhösen sille antamassa merkityksessä, ei Pöyhösen erottelu oikeudellisten peruskäsitteiden, dogmien ja konstruktioiden välillä ole kestävä.

Uudemmassa oikeuskirjallisuudessa Maksymilian Del Marin ja William Twiningin toimittaman laajan ja ansiokkaan kokoomateoksen *Legal Fictions in Theory and Practice* lukuisat kirjoittajat hahmottavat samoin oikeudelliset oppirakennelmat fiktioina.¹⁷

¹⁴ Hyvä esimerkki on englantilaisen tuomioistuimen päätelmä, jonka mukaan Minorcan saarta Espanjan rannikolla (Island of Minorca) voitiin oikeudellisesti pitää osana Lontoota. Fuller 1967, s. 18, 21. Esimerkki on alun perin John Chipman Grayn kirjasta *Nature and Sources of the Law* (1919).

¹⁵ *Als ob* (saks.) = ”ikään kuin”. – Myös Hans Kelsen hyödyntää Vaihingerin ajattelua postuumista julkaistussa käsikirjoituksessaan Kelsen 1979, s. 256.

¹⁶ Pöyhönen viittaa yksilöimättömällä *passim*-viittauksella Fullerin *Legal Fictions* -teokseen. Pöyhönen 1988, s. 86, alaviite 234.

¹⁷ Del Mar – Twining 2015, *passim*. Teos on erinomainen johdatus oikeudellisten fiktioiden (eli oikeammin juridisten konstruktioiden) kiehtovaan ja moniulotteiseen maailmaan. Arvostelin teoksen Lakimiehen numerossa 3–4/2017, s. 519–524.

Se, että muut kuin juristit ja usein juristitkin mieltävät oikeudelliset oppirakennelmat todellisuutta vastaamattomina fiktioina, on tavallaan ymmärrettävää, sillä oikeudelliset konstruktiot saattavat aika ajoin varsin radikaalistikin irtautua yhtä hyvin yleiskielen ja arkikokemuksen kuin muiden tieteenalojen kuin oikeustieteen tavasta hahmottaa ulkoista todellisuutta. ”Maailma on erilainen juristin silmin nähtynä!” – ja tämä johtuu juuri siitä, ettei oikeudellinen päättely perustu kaikille yhteiseen luonnolliseen järkeen vaan keinotekoiseen juridiseen järkeen ja oikeudelliseen arvostelmaan, niin kuin Sir Edward Cook tarkkanäköisesti oivalsi. Otan esimerkin teologis-juridisesta konstruktioista, joka vaikuttaa varsin epäintuitiiviselta jopa juristin silmin arvioituna, vaikka se mitä ilmeisimmin on aikanaan täyttänyt sille asetetun yhteisöllisen tehtävän. Tekstikatkelma sisältyy Leib Moscovitzin kirjoitukseen ”Rabbinic Legal Fictions” edellä mainitussa Maksymilian Del Marin ja William Twiningin kokoomateoksessa, liittyen teologis-juridisen puhtauden/epäpuhtauden määrittelyyn:¹⁸

1. Jos [rakennuksen] alakerran ja yläkerran välillä on aukko, joka ei ole kämmenen leveyttä suurempi, ja vaikka yläkerrassa on jotain epäpuhdasta, alakerran työvälit ovat puhtaita,
2. *koska käsitykseni mukaan yläkerran kattoparrut ovat ikään kuin laskeutuneet alas ja sulkenee aukon.*
3. *Toinen selitys:* epäpuhtaus ei voi kulkea sisään eikä ulos teltan [eli vaakatasoon ripustetun kattorakenteen] aukosta, jos se ei ole kämmenen leveyttä suurempi.

Noin asian selitti uskovien yhteisölle rabbi T. Alihot. Kyse oli tapauksesta, jossa vainajaa oli säilytetty rakennuksen yläkerrassa, ja kerrosten välillä oli ollut pieni huoltoaukko ilmeisesti pienikokoisten esineiden nostamiseksi ja laskemiseksi kerrosten välillä. Perinteisen juutalaisen uskonnollisen lain mukaan ”teltan” eli tässä telttamaisen kattorakenteen alla säilytettävät esineet muuttuivat kaikki epäpuhtaiksi, jos samassa tilassa oli yksikin epäpuhdas esine, jollaiseksi esimerkiksi vainaja katsottiin, vaikka tilan muut esineet eivät olleet siihen fyysisessä kosketuksessa. Tuo uskonnollinen epäpuhtaus ulottui aina rakennuksen alakertaan ja sen esineistöön,

¹⁸ ”1. If there is an opening between the lower story and the upper story [of a house], and [the opening] is not a handbreadth wide . . . and there is something impure in the upper story, utensils in the lower story are pure.

2. *because I consider the beams [of the roof of the upper story] as if they had descended and sealed off [the opening].*

3. *Another explanation:* Impurity cannot enter or exit a tent [a horizontal overhanging structure] less than a handbreadth wide.” Moscovitz 2015, s. 331. (Käännös allekirjoittaneen; kursivoinnit alkutekstissä.)

jos kerrosten välillä oli avoin yhteys. Nyt rabbi T. Alihot siis tulkitse tuota sääntöä luovasti ja supistavasti siten, että epäpuhtaus ei siirtynyt kerrosten välillä, jos kerrosten välinen aukko ei ollut ”kämmenen leveyttä suurempi”, koska yläkerran kattoparrut olivat ikään kuin laskeutuneet alas ja sulkeneet aukon (= selitys 2) tai koska aukko oli kooltaan niin pieni, ettei epäpuhtaus voinut siitä kulkea (= selitys 3).

Leib Moscovitzin mukaan vain rabbi Alihotin ensimmäinen selitys on fiktiivinen ja jälkimmäinen ei-fiktiivinen.¹⁹ Nykytietämyksen valossa molemmat selitykset ovat toki yhtä fiktiivisiä – tai oikeammin *konstruktiivisia* eli *konventionaalisia* – tapoja hahmottaa sanottua kysymystä juridisen teologian eikä esimerkiksi lääketieteen arviointikriteerien valossa. Vaikka juridis-teologisen epäpuhtausopin juuret ovat varhaisen lääketieteen sinänsä oikeansuuntaisissa uskomuksissa, jotka määräisivät siirtämään vainajan pois perheen yhteisistä asuintiloista mahdollisen tartuntariskin välttämiseksi, ei rabbi Alihotin tulkinta tietenkään vastaa modernin lääketieteen käsitystä: bakteerit ja muut mikro-organismit toki siirtyvät tilasta toiseen paljon kämmenen leveyttä pienemmästäkin aukosta. Juutalaisen uskonnollisen yhteisön monimuotoiset tarpeet ovat tarjonneet juridiikkaan ja teologiaan perehtyneille oppineille tilaisuuksia kehittää moninaisia opillisia konstruktioita eri tilanteisiin. Vastaavasti muuttuvan yhteiskunnan uudenlaiset oikeudelliset pulmat ovat kehittäneet juristien mielikuvitusta yhtä hyvin Sir Edward Coken ajan Englannissa kuin sen jälkeen. Kiinnostavaa tässä on erityisen oikeudellisen tiedonintressin suhde ei-oikeudelliseen tietoon, oli sitten kyse luonnontieteiden tai ihmistä, kieltä, kulttuuria ja yhteiskuntaa tutkivien tieteiden tai filosofian opillisista malleista ja konventioista tahi yleiskielen ja arkikokemuksen erilaisista likiarvoisista käsityksistä ja uskomuksista.

Toisin kuin Lon L. Fuller, Juha Pöyhönen ja *Legal Fictions in Theory and Practice* -teoksen arvovaltaiset kirjoittajat väittävät, juridiset doktriinit eivät ole fiktioita eli tekstin puhujan/kuulijan tai sen kirjoittajan/lukijan tietien epätosia, virheellisiä ja paikkansa pitämättömiä väittämiä todellisuudesta, vaan ne ovat yhteisössä vähintäänkin hiljaisesti hyväksytyjä oikeusopillisia *konventioita*, jotka antamalla määrätyille tosiasioille ja yhteisöllisille arvoille erityisen oikeudellisen merkityksen muotoavat todellisuutta tavalla, joka paremmin toteuttaa erityisen oikeudellisen tiedonintressin. Lon L. Fullerin, Juha Pöyhösen ynnä muiden ”oikeudelliset oppirakennelmat ovat fiktioita” -koulukunnan jäsenten omaksuma ajattelutapa johtaisi loogisesti

¹⁹ Moscovitz 2015, s. 331: ”Nevertheless, the Tosefta rules that objects in the lower story are pure (1), and it provides two explanations for the ruling (2 and 3), the first fictional and the second non-fictional.”

loppuun asti vietyinä siihen varsin epäintuitiiviseen lopputulokseen, että vakiintuneet oikeudelliset instituutiot – avioliitto ja avioehto, testamentti, yksityisoikeudellinen sopimus, valtiopäiville kokoontunut Suomen eduskunta, oikeudenmukainen oikeudenkäynti ja valtiollinen suvereniteetti, ja niin edelleen – tulisi kaikki katsoa todellisuutta vastaamattomiksi fiktioiksi Grimmin veljesten, H. C. Andersenin ja Tove Janssonin mielikuvituksellisten tarinoiden ja satuhahmojen tavoin.

Punahilkka ja hänen huono-onninen isoäitinsä, Tuhkimo ja hänen ilkeät sisarpuolensa, Lumikki ja seitsemän kääpiötä samoin kuin Kyöpelinvuoren häijyt noidat koukkunokkineen, mustine korppeineen ja höyryävine myrkkypatoineen ovat fiktiivisiä taruolentoja, joiden olemassaolo rajautuu satukirjan kansien tai tarinasta tehdyn elokuvan alku- ja lopputekstien väliin. Oikeudelliset instituutiot ovat sitä vastoin yhteisössä yleisesti hyväksytyjä opillisia konventioita, joiden myötävaikutuksella voi saada aikaan oikeusvaikutuksia. Ne eivät siten ole fiktioita, jollaisia lapsille ja joskus muillekin iltasatuina luetaan.²⁰ Joka ei tätä usko, voi koetella uskoaan empiirisesti toimimalla tavalla, jonka oikeusjärjestys kieltää, tai jättämällä tekemättä jotain, minkä oikeusjärjestys velvoittaa tekemään. Kun tuomioistuimet ja viranomaiset todennäköisesti reagoivat menettelyyn langettamalla niskoittelijalle oikeusjärjestyksen määräämän rangaistuksen tai hallinnollisen sanktion, nuo konkreettiset oikeusvaikutukset varmimmin palauttavat epäilevän Tuomaan Grimmin ja Andersenin satujen maailmasta takaisin oikeusnormien ja oikeudellisten konventioiden jäsentämään oikeudelliseen ja yhteiskunnalliseen todellisuuteen.

²⁰ Vrt. toisin Karl Llewellyn, jonka mielestä juristien oikeussääntöjen avulla ehkä saattoi ennustaa tuomioistuinten tulevia ratkaisuja tai pyrkiä niihin vaikuttamaan, mutta muutoin ne kelpasivat vain lasten ja lapsellisten juristien leikkikaluiksi: ”This doing of something about disputes, this doing of it reasonably, is the business of law. And the people who have the doing in charge, whether they be judges or sheriffs or clerks or jailers or lawyers, are officials of the law. *What these officials do about disputes is, to my mind, the law itself.* (...) It will be [the judges’] *action* and the available means of influencing their action or of arranging your affairs with reference to their action which make up the ‘law’ you have to study. And *rules*, in all of this, are important to you so far as they help you see or predict what judges will do or so far as they help you get judges do something. That is their importance. That is all their importance, except as pretty playthings.” Llewellyn 1991, s. 3, 5. (Kursivoinnit alkutekstissä.)

3 OIKEUDELLISET KONSTRUKTIOT JA NIIDEN MERKITYS JURIDISESSA PÄÄTTELYSSÄ

3.1 Oikeudellisen konstruktion määritelmä

Oikeudelliset konstruktiot eli konventiot (doktriinit, oppirakennelmat) määrittelevät yhteisöllisesti hyväksyttävän, oikeudellisesti toimivan ja tarkoituksenmukaisen sekä yhteiskunnallisen tehtävänsä tyydyttävästi täyttävän ajatuksellisen kehikon, johon oikeusjärjestyksen sisältämät oikeusnormit tulee sijoittaa, jotta niiden tulkinta ja keskinäinen systematiikka olisi oikeudellisesti mielekkäällä tavalla toteutettavissa. Oikeudellisia konstruktioita on monilukuinen joukko eri oikeudenaloilla. Niitä ovat esimerkiksi rikosoikeudellinen tahallisuus tarkoitus-, varmuus- ja todennäköisyys/olosuhdetahallisuuden yhdistelmänä; oppi rikosentekijän syyntakeisuudesta; adekvaatti kausaliteetti ja välitön/välillinen vahinko vahingonkorvausoikeudessa; näyttö, joka ei jätä perusteltua epäilyä rikosentekijän syyttömyydestä (*beyond reasonable doubt*); ”murtautuminen” rikosoikeudellisena käsitteenä;²¹ ”perhe” tai ”puoliso” turvapaikka- ja pakolaisoikeuden käsitteenä;²² oikeudenmukainen oikeudenkäynti; hyvän hallinnon periaate hallinto-oikeudessa; valtiollinen suvereniteetti, ja niin edelleen.

²¹ Vrt. KKO 2006:99.

²² ”Maahanmuuttovirasto hajottaa irakilaisperheen – ”Uhkauksien ja kiristyksen kohde on ollut ensisijaisesti isäsi, joten pelkosi ei ole objektiivisesti perusteltua” (. . .) ”Tässä tullaan takaisin siihen kysymykseen, miten perhesiteet eri kulttuureissa koetaan. Meidän kulttuurissamme täysi-ikäiset lapset eivät kuulu enää perheeseen. Lähemme siitä oletuksesta, että terveet nuoret aikuiset pärjäävät omillaan”, [Maahanmuuttoviraston turvapaikkayksikön johtaja Esko] Repo kommentoi Helsingin Sanomille.” Lähde: <http://www.hs.fi/ulkomaat/art-2000005093265.html> (julkaistu 18.2.2017; käyty 25.5.2019). – Helsingin Sanomien uutisoimassa tapauksessa perheen kaksi täysi-ikäistä lasta oli rajattu oikeudellisen perhekäsitteen ulkopuolelle henkilöiden haettua turvapaikkaa Suomesta. Perhe on paitsi oikeudellinen myös yleiskielinen eli *yhteisöllis-kulttuurinen* käsite. Perhe oikeudellisena käsitteenä on toki tietynlaisessa suhteessa vallitsevaan yhteisöllis-kulttuuriseen perhekäsitteeseen, mutta lainsäätäjällä ja tuomioistuimilla on varsin laaja harkintavalta sen suhteen, mitä perheen käsitteen alaan kuuluu esimerkiksi perhe- ja perintöoikeudessa, sosiaalioikeudessa, vero-oikeudessa tai, niin kuin nyt, pakolais- ja turvapaikkaoikeudessa. Kansainväliset valtiosopimukset, kuten Euroopan ihmisoikeussopimus, tietenkin rajoittavat merkittävästi kansallisen lainsäätäjän ja lainsoveltajien harkintavaltaa. – ”Verohallinto ja Kela tulkitsevat eri tavoin sen, mitä tarkoittaa puoliso”. Tapauksessa 7 vuotta avoliitossa olleen henkilön työpaikan asunnon verovähennysoikeus evättiin verottajan toimesta, koska lainsäädäntö ei tunnistanut henkilöä puolisoiksi lain tarkoittamassa merkityksessä. Toisaalta sosiaalilainsäädännössä KELA on tulkinnut samassa huoneistossa asuvat opiskelijat (kämppekaverit) keskenään avoliitossa oleviksi. Lähde: <https://yle.fi/uutiset/3-9886865> (julkaistu 18.10.2017; käyty 25.5.2019).

Oikeudelliset konventiot määrittävät yhtäältä oikeudellisen *ontologian* eli sen, miten erilaiset asiantilat tai tosiasiat, kuten kausaliteetti, syyntakeisuus, oikeussubjekti, välitön/välillinen vahinko, tahdonvapaus, rikosoikeudellinen tahallisuus, todennäköisyys ja valtiollinen suvereniteetti, ovat oikeudellisesti tarkoituksenmukaisella tavalla hahmotettavissa. Toisaalta ne määrittävät oikeudellisen *aksiologian* eli ne yhteisölliset arvot, jotka saavat oikeudellista merkitystä, kuten henki, terveys, fyysinen koskemattomuus, yksityisyys, sananvapaus, kotirauha, tahdonautonomia, perustellun luottamuksen suoja ja vaihdannan intressi tai sopimusoikeudellinen kohtuus. Kaikin osin rajanveto oikeudellisten faktojen ja arvojen välillä ei ole tarkkarajaisesti tehtävissä. Onko valtiollinen suvereniteetti oikeudellinen tosiasia vai onko kyse myös oikeudellisesta arvosta? Entä oikeudenmukainen oikeudenkäynti ja rikosoikeudellinen itsekriminointisuoja sen osana, kumpaan kategoriaan ne kuuluvat vai kuuluvatko ne molempiin? Entä heikomman sopijapuolen suoja ja sosiaalinen suorituseste osana sosiaalista siviilioikeutta, onko niissä kyse yhteiskunnallisesta tosiasiasta vai arvosta? Nähdäkseni niissä on aineksia molemmista, sekä faktoista että arvoista.

Määrittelen *oikeudellisen konstruktion* eli oikeusopillisen konvention seuraavasti:

Oikeudellinen konstruktio on (a) käsitteellistetty eli kielen termien (käsitteiden) ja lauseiden avulla ilmaistu (b) opillinen konventio, joka (c) määrittelee ja muotoaa oikeudellista ontologiaa eli maailmassa vallitsevia tai ainakin mahdollisia asiantiloja ja oikeudellista aksiologiaa eli yhteisöllisiä arvoja paremmin oikeudellista tiedonintressiä vastaaviksi eli yhteisöllisesti hyväksyttäviksi, oikeudellisesti toimiviksi ja tarkoituksenmukaisiksi sekä yhteiskunnallisen tehtävänsä moitteettomasti täyttäväksi, (d) voi olla molemminpuolisessa vuorovaikutussuhteessa muiden tieteenalojen eli luonnontieteiden, ihmis- ja yhteiskuntatieteiden ja filosofian opillisten mallien ja konventioiden sekä yleiskielen ja arkikokemuksen käsitysten ja uskomusten kanssa, ja (d) jonka avulla voidaan toteuttaa yhdessä oikeusjärjestyksen käsittämien oikeusnormien kanssa oikeusvaikutuksia.

Entä miten oikeusnormit ja juridiset konstruktiot ovat erotettavissa toisistaan? *Oikeusnormi* koostuu oikeudellisesti merkityksellisestä yhteiskunnallisesta asiantilasta eli *oikeustosisekoista* ja niihin *deonttisesti* liitetyistä *oikeusvaikutuksista*. Oikeusnormin deonttinen modaliteetti ja samalla oikeustosisekoisiin liitetyt oikeusvaikutukset voivat olla neljänlaisia yksittäisille oikeussubjekteille kohdennettuja oikeuksia ja velvollisuuksia Wesley Newcomb Hohfeldin hahmottaman oikeudellisen suhdekäsitteistön

tarkoittamalla tavalla, jos kyse on täysin systematisoidusta oikeudenalasta.²³ *Juridiset konstruktio*t eivät sisällä määrättyä oikeudellista faktakuvausta, eivätkä ne liitä oikeustositseikkoihin deonttisen operaattorin välittämänä erityisiä oikeusvaikutuksia. Kyse on sen sijaan oikeudellisesti merkityksellisten yhteiskunnallisten *faktojen* ja *arvojen* määrittelystä osana juristien oikeudellista todellisuuskäsitystä.

Juristien käyttämät opilliset konventiot ovat tavallisimmin *yhdistelmäkonstruktioita*,²⁴ jotka ovat muotoutuneet molemminpuolisissa vuorovai-
kutussuhteessa muiden tieteenalojen kuin oikeustieteen eli (α) luonnontieteiden, (β) ihmis- ja yhteiskuntatieteiden tai (χ) filosofian opillisten mallien ja konventioiden tahi (δ) yleiskielen ja arkielämän käytäntöjen likiarvoisten uskomusten ja käsitysten kanssa.

Ihmis- ja yhteiskuntatieteet on hajanainen joukko ihmistä, kieltä, kulttuuria ja yhteiskuntaa tutkivia tieteitä, joiden tutkimuskohteena ovat joko yksilön aidosti subjektiiviset tai erilaiset kollektiiviset eli yhteisölliset, kulttuuriset ja kielelliset merkitykset yhteiskunnassa ja joiden tutkimusmetodina on sanottujen merkitysten tulkinta ja (eläytyvä) ymmärtäminen. Omaehtoinen tutkimuskohde ja tutkimusmetodi sekä niitä myötäilevä tulkinnallinen tiedonintressi erottavat ne fysiikan, kemian, biologian ja tähtitieteen kaltaisista *luonnontieteistä*, joiden tutkimuskohteena ovat luonnonilmiöt sekä tutkimusmetodina ja tiedonintressinä sanottujen ilmiöiden selittäminen ja ennustaminen kausaalisten syy–seuraus-suhteiden avulla.

Filosofian tutkimuskohteena on todellisuuden olioiden, ilmiöiden, entiteettien tai asiantilojen määritelmälliset, käsitteelliset, olemukselliset tai muut piirteet, jotka eivät kuulu minkään erityistieteen alaan tai jotka saattavat osin lomittua niiden tutkimuksellisen tiedonintressin kanssa. Sellaisia ovat esimerkiksi yksilösubjektin tietoisuus, mielentila, intentionaalisuus ja muu tahdontoiminta, joita myös psykologia, psykiatria ja kognitiotiede tarkastelevat, tai kausaliteetti, jonka erilaisia ilmentymiä empiiriset luonnontieteet tarkastelevat. Luonnontieteiden yhtä hyvin kuin erilaisten ihmis- ja yhteiskuntatieteiden taustalla on historiallisesti antiikin Kreikkaan palautuvat filosofian pohdinnat, jotka ovat sittemmin täsmentyneet erityistieteiden kysymyksenasetteluksi, kun niiden tieteelliset tutkimusmenetodit ovat riittävästi kehittyneet. *Yleiskielen* ja *arkielämän käytäntöjen* uskomukset, käsitykset ja maailmanselitykset ovat tavallisesti enemmän tai vähemmän likiarvoisia yleistyksiä eri tieteenalojen ylläpitä-

²³ Heikommin systematisoidulla oikeudenalalla oikeusnormin deonttinen modaliteetti ei ole yhtä täsmällisesti jäsentynyt, mutta silloinkin on kyse oikeuksista ja velvollisuuksista noiden termien heikommassa merkityksessä.

²⁴ Sanna-Maria Klemetti 2014 kirjoittaa väitöskirjassaan samaa tarkoittaen *polymorfisista* konstruktioista.

mistä malleista ja konventioista, ja oikeustiede lomittaa omat käsityksensä osin myös niiden varaan.

Juridinen konstruktio, jos se koetaan yhteisöllisesti hyväksyttävänä, oikeudellisesti toimivana ja tarkoituksenmukaisena sekä yhteiskunnalliseen tehtävänsä tyydyttävästi täyttävänä,²⁵ kiinnittää oikeuden tulkinnan ja systematiikan juridisen todellisuuskäsityksen *tosiasioihin* ja *arvoihin*. Esimerkiksi henkilön tuomitseminen rikoslain 21 luvun 1 §:n (21.4.1995/578) tarkoittamasta henkirikoksesta edellyttää, että joukko oikeudellisia oppirakennelmia myös soveltuu tapaukseen: rikoksen yleinen määritelmä tunnusmerkistön mukaisena, tekijälleen syyksiluettavana ja oikeudenvastaisena tekona; tekijän syyntakeisuus eli toisintoimimismahdollisuus ja tieto teon oikeudellisesta ja/tai moraalisesta luonteesta; rikosoikeudellinen tahallisuus tarkoitus-, varmuus- tai todennäköisyys/olosuhdetahallisuutena; oikeuttamis- tai anteeksiantoperusteiden soveltumattomuus, kuten hätävarjelu tai hätävarjelun liioittelu, pakkotila tai ylimitoitettu voimakeinojen käyttö pakkotilassa, loukatun suostumus, lainmukaisen virkatehtävän täyttäminen; rikosoikeudellisen itsekriminointisuojaan ja kaksoisrangaistavuuden kiellon loukkaamattomuus; prosessuaalisten todisteluelieltojen ja -privilegien loukkaamattomuus, ja niin edelleen.

Oikeudellisten konstruktioiden synty tapa ja arviointiperusta on *funktionaalinen* ja *yhteisöllinen*; ei *formaali* ja *institutionaalinen*, niin kuin se oikeussäännöillä on.

Juridisen konstruktion ainesosat määrittävät oikeudellisen kielen rakennetta (= kohta a), oikeudellisen todellisuuden rakennetta (= kohdat b & c), oikeudellisten ja ei-oikeudellisten konstruktioiden suhteita (= kohta d) sekä oikeudellisen kielen ja oikeudellisen todellisuuden suhdetta (= kohta e):

- (a) *kielellinen muoto*: kielelliset ilmaukset eli termit (käsitteet) ja lauseet, joilla on semanttinen referenssi eli soveltamisala (*ekstensio*) ja merkitys eli mieli (*intensio*);²⁶
- (b) *oikeudellisen todellisuuden rakentuminen*
 - + (b/1) *oikeudellisen todellisuuden ontologiset sitoumukset*: todellisuuden asiantilaja koskevat oletukset, reunaehdot, käsitelmäritelyt;
 - + (b/2) *oikeudellisen todellisuuden aksiologiset sitoumukset*: oikeuden institutionaalinen ja yhteisöllinen *arvoperusta*;

²⁵ Näistä määreistä voi käyttää yhteisesti termiä *sense of appropriateness*, joka on alun perin Ronald Dworkinin oikeusperiaatteiden yhteydessä käyttämä. Sen vastinparina Dworkinilla on termi *institutional support* eli oikeuslähteiden nauttima institutionaalinen tuki. Dworkin 1978, s. 40. Oikeudellisten konstruktioiden analyysi tulee tässä(kin) lähelle Dworkinin teoriaa oikeusperiaatteista.

²⁶ *Ekstensio* ja *intensio* ovat Rudolf Carnapin analyttisen semantiikan käsitteistöä. Avainteos on Carnap 1988. Gottlob Fregen semantiikassa vastaavat termit olisivat lauseen tai termin (käsitteen) semanttinen *referenssi* ja *merkitys* eli mieli.

- (c) *konventionaalinen ontologia*: yhteisöllinen hyväksyttävyyden, oikeudellinen toimivuus ja tarkoituksenmukaisuus sekä määrätyn yhteiskunnallisen tehtävän täyttäminen (*a sense of appropriateness*), samoin kuin vastavuoroiset odotukset ja yhteistoimintaa edistävät asenteet (engl. *mutual expectations & co-operative dispositions*) tai kollektiivinen ”me-tietoisuus” (engl. *we-consciousness*) oikeudellisen oppirakennelman olemassaolon perustana;
- (d) *vuorovaikutteisuus*: molemminpuolinen vuorovaikutussuhde muiden tieteenalojen eli luonnontieteiden, ihmis- ja yhteiskuntatieteiden ja filosofian opillisten mallien ja konventioiden tai yleiskielen ja arkielämän käytäntöjen likiarvoisten uskomusten ja käsitysten kanssa, minkä prosessin tuloksena voi olla:²⁷
 - + (d/1) *yhdistelmäkonstruktio*, kuten *adekvaatti kausaliteetti* ja *välitön/välillinen vahinko* (KKO 2003:124; KKO 2017:74); lääketieteellinen *palpaatio* \Leftrightarrow yleiskielinen ja arkikokemuksen mukainen koskettelu, sormeilu, kouriminen, kähmiminen \Leftrightarrow parisuhteen tavanomaiset hellyydenosoitukset \Leftrightarrow rikoslain tarkoittama seksuaalinen hyväksikäyttö (KKO 2011:1); *murtautuminen* rikosoikeudellisena käsitteenä \Leftrightarrow murtautuminen yleiskielen ja arkikokemuksen merkityksessä (KKO 2006:99), prosessioikeudellinen totuuskäsitys \Leftrightarrow filosofian & erityistieteiden totuuskäsitys, jolloin on kyse oikeudellisen ja ei-oikeudellisen konstruktion keskinäisen interferenssin myötä toteutuneesta *metamorfoosista*;²⁸
 - + (d/2) *hajotettu ja/tai hajautettu* juridinen konstruktio, joka on keskeisin osin palautettu takaisin jonkin erityistieteen tutkimuksellisten mallien ja konventioiden tai yleiskielen ja arkikokemuksen ylläpitämien uskomusten ja käsitysten osaksi, kuten virkamerkki \Rightarrow ”virka ja merkki” (KKO 2013:6) tai korkeimman oikeuden presidentin Pauliine Koskelon isyyden biologista olemusta koskevat loppupäätelmät hänen korkeimman oikeuden ratkaisuun KKO 2012:11 jättämässään eriävässä mielipiteessä,²⁹ jolloin on kyse oikeudellisen konstruktion *deformaatiosta* eli *hajottamisesta*;³⁰

²⁷ Oivallus ja terminologia oikeudellisesta *kinetiikasta*, *interferenssistä*, *metamorfoosista*, *polymorfisista konstruktioista* ja *deformaatiosta* ovat Sanna-Maria Klemetin väitöskirjassaan ehdottamia. Klemetti 2014, *passim*.

²⁸ Korkeimman oikeuden ratkaisussa KKO 2012:66 (kohdassa 15) sovellettavan oikeudellisen käsitteen merkitys erotetaan tietoisesti yleiskielen käyttötavasta: ”Ilmaisu on ’pitänyt varsin todennäköisenä’ on oikeudellinen käsite eikä se useinkaan luontevasti kuvaa sitä, miten ihmiset tarkastelevat vallitsevia olosuhteita. Rikoslain 4 luvun 1 §:ssä käytetty ilmaisu ’olla selvillä’ kuvaa ehkä osuvammin sitä, onko tekijällä ollut oikeanlainen kuva tai käsitys tapahtumassa olevista asioista.”

²⁹ KKO 2012:11 (pres. Koskelon eriävä mielipide): ”*VI Lopputulokset*. Tutkin kanteen sikäli kuin se koskee A:n biologisen syntyperän selvittämistä. – Totean, että asiassa voidaan pitää todistettuna, että A on B:n siittäjä.”

³⁰ Oikeudellisesta deformaatiosta, Klemetti 2014, s. 15–42.

- + (d/3) *ei-juridinen* konstruktio eli jonkin muun tieteenalan kuin oikeustieteen kehittämä opillinen malli tai konventio tai yleiskielen ja arkikokemuksen omaksuma uskomus tai käsitys, joka omaksutaan oikeudellisessa päättelyssä sellaisenaan, ilman erityisiä oikeudellisia muunnoksia, niin kuin tapahtui tapon yrityksen tahallisuutta koskevassa korkeimman oikeuden ratkaisussa KKO 2013:82, jossa tilastotieteellinen todennäköisyyskäsitys omaksuttiin sellaisenaan keskeiseksi ratkaisupremissiksi osana rikosoikeudellista tahallisuuskonstruktioita;
- + (d/4) *puhtaasti oikeudellinen* konstruktio, jossa ei ole lainkaan vaikutteita muiden tieteenalojen opillisista malleista ja konventioista tai yleiskielen ja arkikokemuksen omaksumista uskomuksista ja käsityksistä, kuten oikeudenmukainen oikeudenkäynti, oikeusvaltio, rikosoikeudellinen itsekriminointisuoja, kaksoisrangaistavuuden kieltö ja yleinen sopimuskonstituutio eli oikeudellisesti sitovan yksityisoikeudellisen sopimuksen syntyä, voimassaoloa, oikeusvaikutuksia ja lakkaamista koskevat opilliset sitoumukset;
- (e) (*välilliset*) *oikeusvaikutukset*: liitettynä yhteen oikeusnormien kanssa käy mahdolliseksi tuottaa määrättyjä oikeusvaikutuksia.

Katsotaan oikeudellisen konstruktion rakennetta hieman tarkemmin.

3.2 Oikeudellisen konstruktion osatekijät

3.2.1 Kielellinen muoto

Oikeudellinen konstruktio on ilmaistu oikeusyhteisön tai jonkin sen osan, kuten määrättyyn oikeudenalaan perehtyneiden juristien, yleisesti käyttämän kielen käsitteiden ja niiden avulla muodostettujen lauseiden avulla.³¹ Käsitteen tai lauseen semanttinen referenssi (*ekstensio*) eli *kohdentuvuus* viittaa sen asialliseen soveltamisalaan eli kohteena oleviin ilmiöihin, olioihin tai entiteetteihin tai, niin kuin asia on tapana lainopissa mieltää, johonkin toteutuneeseen tai ainakin mahdolliseen yhteiskunnalliseen asiantilaan. Termin tai lauseen *syvyys* (*intensio*) viittaa siihen täsmällisyyteen, tarkkuuteen, selkeyteen ja seikkaperäisyyteen eli yleisyyteen tai yksityiskoh-taisuuteen, jolla se kohdettaan erilaisten predikaattien eli laatumääreiden avulla kuvaa. Kielifilosofian ja semantiikan kirjallisuudessa vakiintuneen käsityksen mukaan lauseen *ekstensio* eli semanttinen referenssi on yhtä kuin sen *totuusarvo* ja lauseen *intensio* eli merkitys tai mieli on yhtä kuin

³¹ Yhteisöllinen kieli voi tässä viitata joko yleiskieleen tai juristien ammatilliseen erityis-kieleen. Lisäksi tässä on kyse *teoreettisista* lauseista, jotka kuvaavat konventionaalisten (institutionaalisten) tosiasioiden ominaisuuksia ja keskinäisiä suhteita; ei empiirisistä *havaintolauseista*, jotka kuvaavat aistein havaittavissa olevien olioiden ominaisuuksia ja keskinäisiä suhteita eli asiantiloja.

sen propositionaalinen *ajatussisältö*. Termin tai lauseen *kohdentuvuus* ja *syvyys* vastaavat Rudolf Carnapin analyyttisen semantiikan käsitteitä *ekstensio* ja *intensio*, samoin kuin Gottlob Fregen varhaisempaa jaottelua termin tai lauseen semanttiseen *referenssiin* (lat. *nominatum*; saks. *Bedeutung*) ja *merkitykseen* tai *mieleen* (saks. *Sinn*).

Oikeudellisia konstruktioita kuvaavien kielellisten ilmausten avulla juristit kykenevät *muotoamaan* eli luomaan, muuttamaan ja lakkauttamaan yhteisöllisen todellisuuden ilmiötä sekä oikeudellisesti merkityksellisten *faktojen* (= oikeudellinen *ontologia*) että *arvojen* (= oikeudellinen *aksiologia*) osalta. Toisin kuin Ludwig Wittgenstein väitti *Tractatus Logico-Philosophicus* -teoksessa,³² oikeudellisen kielen termien (käsitteiden) ja lauseiden suhde todellisuuden asiantiloihin ei ole vain *isomorfinen*, rakenneyhtäläisen kuvasuhteen kaltainen,³³ vaan kielifilosofien J. L. Austinin ja John R. Searlen tarkastelemien *institutionaalisten puhetekojen* avulla juristi voi oikeudellisesti pätevällä tavalla osallistua yhteisöllisen todellisuuden muotoamiseen. Tässä oikeudellisilla oppirakennelmilla on keskeinen merkitys. Austinin ja Searlen ajatukset perustuvat keskeisin osin Wittgensteinin myöhemmässä tuotannossaan eli *Filosofisia tutkimuksia* -teoksessa ja muissa hänen postuumisti julkaistuissa kirjoituksissaan esittämiin ajatuksiin, jotka yleisesti tunnetaan luonnollisen kielen tai arkikielen filosofiana.

3.2.2 *Todellisuuden oikeudellista rakentumista koskevat sitoumukset*

Juridinen konstruktio määrittelee ja muotoaa todellisuuden oikeudellista rakentumista kiinnittymällä luonnontieteiden, ihmis- ja yhteiskuntatieteiden tai filosofian tai, vaihtoehtoisesti, yleiskielen ja arkielämän käytäntöjen hyödyntämiin oletuksiin, reunaehtoihin, sitoumuksiin ja käsittemäärittelyihin todellisuuden olemuksesta. Tätä tarkoittaen voi puhua yhtäältä filosofisen ontologian ja käsitteenmuodostuksen *olemisen* maailmasta (saks. *Sein*, engl. *Is*), toisaalta filosofisen arvoteorian *pitämisen* maailmasta (saks. *Sollen*, engl. *Ought*).

3.2.2/a *Oikeuden ontologiset sitoumukset: oikeudellisesti merkitykselliset faktat*

Filosofian osa-alue *ontologia* tarkastelee sitä, mitä on (olemassa) eli mistä tai millaisista ainesosista todellisuus koostuu. Voi myös puhua hieman

³² Wittgenstein 1986, *passim*.

³³ Wittgenstein tunnetusti muutti kantaansa myöhemmässä tuotannossaan, esimerkiksi *Philosophische Untersuchungen* -teoksessaan ja muissa postuumisti julkaistuissa kirjoituksissaan.

epätarkasti ja yleiskielisesti *metafysiikasta* todellisuutta koskevien sitoumusten ja määrittelyjen kokonaisuutena. Keskeiset filosofisen ontologian vaihtoehdot ovat:

- (a) ikuiset ja muuttumattomat ideat, jotka ovat subjektin itsereflektion avulla tavoitettavissa, kuten täydellisen ympyrän tai ehdottoman yhteiskunnallisen oikeudenmukaisuuden idea filosofisen *idealism*in tarkoittamalla tavalla;
- (b) empiiristen aistihavaintojen kohteena olevat, maailmaan syntyvät, muuttuvat ja lopulta häviävät oliot, kuten tuolit ja pöydät, tähdet ja planeetat tai Suomen graniittinen peruskallio filosofisen *realism*in tarkoittamalla tavalla;
- (c) sääntö- ja merkityssidonnaiset *institutionaaliset* tosiasiat, kuten matematiikan luvut (π , kokonaisluvut, reaaliluvut, imaginaariluvut), taideteokset (Michelangelon *Viimeinen ehtoollinen*, da Vincin *Mona Lisa*, Velazquézin *Hovineidot*), kirjalliset teokset (Paavo Haavikon näytelmä *Rauta-aika*, Harry Martinsonin avaruusrunoelma *Aniara*, Zdeněk Milerin lastenkirja *Myyrän auto*), erilaiset yhteiskunnalliset ilmiöt (leipäjono, pörssiromahdus, ristiretki, moraalinen paniikki, yhteisöllinen *flash mob* -tapahtuma) ja oikeudelliset instituutiot (sopimus, avioliitto ja avioehto, testamentti, osakeyhtiö, valtio ja valtiollinen suvereniteetti) filosofisen *konventionalism*in tarkoittamalla tavalla.

Oikeustiede – tai oikeammin lainoppi – tarkastelee oikeudellisesti merkityksellisiä yhteiskunnallisia *asiantiloja* eli oikeustosisieikkoja, joihin lainsäätäjät tai tuomioistuimet ovat liittäneet määrättyjä *oikeusvaikutuksia*.³⁴ *Oikeustosisieikka* on oikeudellisesti merkityksellinen faktakonstellaatio eli asiantila, johon on lainsäädännössä ja/tai oikeuskäytännössä liitetty määrättyjä *oikeusvaikutuksia*. Oikeusvaikutukset ovat tietyllä henkilölle tai henkilöille kohdennettuja *oikeuksia ja velvollisuuksia* Wesley Newcomb Hohfeldin relationaalisen käsiteanalytiikan tarkoittamalla tavalla: (a) *käskeytys* tai *kielto* toimia tietyllä tavalla rangaistuksen, hallinnollisen sanktion tai muun epämiellyttävän oikeudellisen seuraamuksen uhalla, mistä säädetään oikeudellisilla *velvoitenormeilla*; (b) *lupa* toimia tavalla, joka muutoin olisi oikeusjärjestyksen kieltämä, mistä säädetään *sallivilla oikeusnormeilla*; (c) oikeudellinen *kelpoisuus* eli valta luoda, muuttaa ja kumota itselle tai toisille henkilöille kohdennettuja oikeuksia ja velvollisuuksia, mistä säädetään *oikeudellisilla kompetenssinormeilla*; ja (d) *dynaaminen suoja* henkilölle kohdennettujen oikeuksien ja velvollisuuksien ulkoista muuttamista vas-

³⁴ Juristit puhuvat yleensä *oikeustosisieikoista* filosofien ja sosiologien kielenkäytössään suosimien yhteiskunnallisten asiantilojen sijaan.

taan, mistä säädetään *oikeudellisen immuniteetin* perustavilla normeilla.³⁵

Nähdäkseni juristin maailmankuva vastaa keskeisin osin itävaltalaisfilosofi Ludwig Wittgensteinin (1889–1951) *Tractatus Logico-Philosophicus*-teoksessa perustelemaa ontologiaa, joka sekin rakentuu *asiantilojen* eli olioiden (esineiden, objektien, entiteettien, artefaktien, tms.) ja niihin liitettyjen ominaisuuksien (laatumääreiden, predikaattien) ja keskinäisten suhteiden tietynhetkisen konstellaation varaan.³⁶ Mahdollisia asiantiloja ovat esimerkiksi: ”sataa”, ”Sauli Niinistö on vuonna 2019 Suomen tasavallan presidentti” tai ”keskinäisen riidan päätteeksi A on lyönyt B:tä puukolla keskivartaloon herkästi vaurioituvien sisäelinten alueelle, minkä seurauksena B on kuollut”. Viimeksi mainittu asiantila on tyypillinen esimerkki oikeudellisesti merkityksellisestä faktakuvauksesta eli *oikeustositseikasta*, johon on liitetty oikeusjärjestyksessä oikeusvaikutuksia. Maailmassa toteutuneita *asiantiloja* (saks. *Sachverhalten*; engl. *states of affairs*) Wittgenstein kutsui *tosiasioiksi* (saks. *Tatsachen*; engl. *facts*). Wittgensteinin elämäkertakirjoittajien filosofien Norman Malcolmin ja Georg Henrik von Wrightin yhtäläisesti kertoman mukaan Wittgenstein sai oivalluksen *kielen kuvateoriasta* eli mielekkäiden, tosi/epätosi-määreellä varustettujen kielen ilmausten ja todellisuuden asiantilojen välillä vallitsevasta isomorfiasta eli rakenneyhtäläisestä kuvasuhteesta luettuun sanomalehdestä oikeudenkäynnistä, jossa juristit olivat havainnollistaneet Pariisissa 1914 tapahtunutta auto-onnettomuutta pienoismallin avulla: juristien laatiman pienoismallin ajoneuvot, henkilöt, liikennemerkit, ja niin edelleen kuvasivat tarkasti määrättyä yhteiskunnallista asiantilaa, sanottua auto-onnettomuutta. Wittgenstein oivalsi, että mielekkäiden kielen lauseiden suhde todellisuuteen on samanlainen kuin juristien pienoismallin suhde sanottuun, väitetyksi toteutuneeseen asiantilaan.³⁷

Juristin käsitys todellisuudesta perustuu oikeusjärjestyksen sisältämien oikeusnormien ja oikeustieteessä kehitettyjen juridisten oppirakennelmien yhteisvaikutukseen. Oikeusnormit (oikeussäännöt) liittyvät yhteiskunnallisiin asiantiloihin oikeusvaikutuksia eli oikeuksia ja velvollisuuksia, jotka itse miellän Wesley Newcomb Hohfeldin oikeudellisen suhdekäsitteistön mukaisesti. Juridiset konstruktiot muotoavat juristin maailmankuvaa faktoihin ja arvoihin liittyvien sitoumusten ja opillisten mallien avulla, ja niissä voi siis olla myös vaikutteita muiden tieteenalojen tai filosofian

³⁵ Hohfeld 1964, *passim*.

³⁶ Vrt. Siltala 2005, *passim*. Makkosen hienon väitöskirjan *Oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmia. Rakenneanalyttinen tutkimus keskeiskäsitteellä isomorfia* on ilmeiset yhtymäkohdat Ludwig Wittgensteinin *Tractatuksen* ontologiaan, vaikka Makkonen ei sanottuun teokseen väitöskirjassaan jostain syystä viittaa.

³⁷ Malcolm 2001, s. 57; von Wright 2001, s. 8; Wittgenstein 1984, s. 7/7e (ad 29.9.1914).

opillisista malleista ja konventioista tahi yleiskielen ja arkikokemuksen hyödyntämistä käsityksistä ja uskomuksista. Erilaisia todellisuuden ilmiöitä tarkasteleva juristi on tässä kuin antiikin tarinan kuningas Midas, jonka kosketus muutti kaiken kullaksi.³⁸ Arvometalli kullan sijaan nyt on kyse määreestä *oikeudellinen*: juristin kosketus voi antaa mille tahansa fyysisen tai mentaalisen todellisuuden asiantilalle erityisen oikeudellisen merkityksen.³⁹

3.2.2/b *Oikeuden arvoteoreettiset sitoumukset: oikeudellisesti merkitykselliset yhteisölliset arvot*

Oikeusjärjestyksen taustalla vaikuttaa aina myös joukko perustavia yhteiskunnallisia arvovalintoja, jotka muodostavat oikeuden *institutionaalisen ja yhteisöllisen arvoperustan*. Nuo yhteiskunnalliset arvositoumukset välittyvät oikeudelliseen ratkaisuharkintaan ensisijaisesti *oikeusperiaatteiden* avulla. Toisin kuin Dworkin, hahmotan institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivat oikeusperiaatteet arvosidonnaisina juridisinä konventioina, en oikeusnormeina, sillä oikeusnormin määritelmälliset ainesosat *oikeustosisaikasto + deonttinen operaattori + oikeusvaikutukset* nyt puuttuvat. Yhtä kaikki, Dworkin luonnehtii periaatteita *Law's Empire* -teoksessa useaan otteeseen tavalla, joka tulee hyvin lähelle omaa käsitteistöäni, vaikka hän siis mieltää oikeusperiaatteet oikeusnormeina, ei oikeusopillisina konventioina:⁴⁰

”According to law as integrity, propositions of law are true if they figure in or follow from *the principles of justice, fairness, and procedural due process* that provide *the best constructive interpretation of the community's legal practice*.” (s. 225); ”... how to make ... *the best story ... from the standpoint of political morality*” (s. 239); ”Judges who accept *the interpretive ideal of integrity* decide hard cases by trying to find, in some coherent set of principles about people's rights and duties, *the best constructive interpretation of the political structure and legal doctrine of their community*.” (s. 255); ”... that the grounds of law lie in integrity, in *the best constructive interpretation of past political decisions ...*” (s.

³⁸ Midas oli vähemmän onnekas kuin hän ensin kuvitteli: kaikki, mihin hän koski, muuttui kullaksi, mukaan lukien elämälle välttämätön ravinto ja vesi, samoin kuin hänen tyttärensä, joka muuttui Midaksen halauksesta kultaiseksi patsaaksi.

³⁹ Esimerkkinä *fyysisestä* tosiasiasta, jolle annetaan oikeusnormien ja juridisten konstruktioiden valossa oikeudellinen merkitys, on asianmukaisesti laadittu ja oikeaksi todistettu testamenttiasiakirja. Esimerkkinä *mentaalisesta* tosiasiasta, jolle annetaan oikeusnormien ja juridisten konstruktioiden valossa oikeudellinen merkitys, on rikoksesta syytetyn henkilön mielentila.

⁴⁰ Sisennyksen viittaukset Dworkin 1984 (kursivoinnit lisätty).

262); ”[Super-Judge Hercules] is guided instead by a sense of *constitutional integrity*; he believes that the American Constitution consists in *the best available interpretation of American constitutional text and practice as a whole*, and his judgment about which interpretation is best is sensitive to the great complexity of political virtues bearing on that issue.” (s. 397–398); ”...*which interpretation, all things considered, makes the community’s legal record the best it can be from the point of view of political morality.*” (s. 411).

Nähdäkseni juridisten konstruktioiden kuten yksityisyyden suojan tai sananvapauden avulla voi tuoda oikeudelliseen päättelyyn ja ratkaisuharkintaan keskeisiä yhteiskunnallisia arvositoumuksia, joita kansallinen perustuslaki ja ylikansalliset valtiosopimukset, kuten Euroopan ihmisoikeussopimus, osaltaan ilmentävät.

Saksalainen valtiosääntöoppinut ja oikeusteoreetikko Robert Alexy mieltää periaatteet oikeudellisina *optimointikäskyinä* (*Optimierungsgebote*): oikeudellinen periaate asettaa tuomioistuimille ja muille lakia soveltaville viranomaisille vaatimuksen, että määrätty yhteiskunnallinen arvo tai tavoite tulee toteuttaa *niin suuressa määrin kuin on mahdollista* soveltamistilanteen oikeudellisten ja tosiasiallisten reunaehtojen vallitessa.⁴¹ Jos samaan oikeustapaukseen soveltuu kaksi tai kahta useampi oikeusperiaate, niitä tulee punnita ja sovittaa yhteen niiden kunkin suhteellisen painoarvon määrittämiseksi. Alexy tiivistää oikeusperiaatteiden soveltamisessa käytettävän *punnintalain* seuraavasti:⁴²

”Mitä enemmän jokin periaate jätetään täyttämättä jonkin toisen periaatteen hyväksi, sitä suurempi täytyy tuon jälkimmäisen periaatteen painoarvon olla.”

Alexyn punnintalaki on tiivistetyssä muodossa ilmaistu *metatason* opillinen konventio, joka ohjaa kahden tai useamman arvoperustaisen juridisen konstruktion keskinäistä vuorovaikutusprosessia ja siten myös tuomioistuimen tai muun viranomaisen oikeudellista päätöksentekoa. Oikeusperiaatteiden eli arvoperustaisten oikeudellisten konstruktioiden vuorovaikutusprosessi toteutuu toisin sanoen niiden arvosidonnaisen punninnan ja yhteensovittamisen avulla.

⁴¹ Alexy 2002, s. 47–48, 397. Vrt. Alexy 1985, s. 75–76.

⁴² ”The greater the degree of non-satisfaction of, or detriment to, one principle, the greater must be the importance of satisfying the other.” Alexy 2002, s. 102 (käännös allekirjoittaneen).

3.2.3 Konventionaalinen ontologia

Oikeusyhteisön tai sen määrätyn osan *kollektiivinen hyväksyntä* on edellytyksenä sille, että jokin oikeudellinen konventio voi saada tuossa yhteisössä oikeudellista merkitystä. Oikeustieteen hahmottama yhteisöllinen todellisuus on *konventionaalinen* ”aina perusteitaan myöten”,⁴³ sillä oikeustieteen ja yleisemmin oikeudellisen ajattelun hahmottama maailma koostuu keskeisin osin *institutionaalisista tosiasioista*. Toisin kuin fyysisen maailman oliot, esineet tai asiantilat, jotka ovat aistein empiirisesti havaittavissa, ja toisin kuin yksilötajunnan sisältämät ajatukset, ideat, mielteet ja muistikuvat, jotka ovat vain subjektin itsereflektion avulla tavoitettavissa, institutionaaliset faktat ovat olemassa vain, kun yhteisön jäsenet niin kollektiivisesti uskovat ja sovittavat omaa käyttäytymistään ja toisten menettelyä koskevat hyväksyvät tai paheksuvat arviot niiden kollektiivisten uskomusten mukaisesti.

Oikeusnormit ja juridiset konstruktiot ovat siis kumpikin institutionaalisia, konventionaalisia tosiasioita. Nykyisten oikeuspositivististen reunaehtojen vallitessa voimassa olevien oikeusnormien konventionaalisuus tarkoittaa, että niiden oikeudellinen velvoittavuus ja ratkaisuarvo tuomioistuinten ja muiden viranomaisten ratkaisuharkintaa ohjaavina argumentteina perustuu parlamentaarisen lainsäätäjän, tuomioistuinten ja muiden viranomaisten tekemiin yksittäisiin päätöksiin, jotka ovat tunnistettavissa yhteisössä yleisesti hyväksytyin konventionaalisen kriteerin, kuten Hartin ideoiman oikeuden tunnistamissäännön (*rule of recognition*) tai Alf Rossin kollektiivisen tuomarinideologian, avulla.⁴⁴ Oikeudellisten konstruktioiden konventionaalisuus puolestaan tarkoittaa, että niitä oikeusyhteisössä hyödynnetään, koska niitä pidetään yhteisöllisesti hyväksyttävänä, oikeudellisesti toimivina ja tarkoituksenmukaisina sekä yhteiskunnallisen tehtävänsä tyydyttävästi täyttävänä ratkaisumalleina (*sense of appropriateness*) oikeudellisiin ongelmiin, vaikka ne eivät ole tunnistettavissa oikeuden tunnistamissäännön kaltaisen formaalin, muodolliseen syntytapaan liittyvän kriteerin avulla.⁴⁵

⁴³ Siis: *conventional all the way down*. Vrt. Thomas Morawetz 2000, s. 218, joka viittaa *Critical Legal Studies* -koulua edustavan Duncan Kennedyn käsitykseen, että oikeus on politiikkaa aina perusteitaan myöten (engl. *politics all the way down*).

⁴⁴ Esimerkiksi: *what the Queen in Parliament enacts is law in England*, Hart 1961, esim. s. 99, 104, 108, 113, 117, 142, 145. Suomen oikeuteen sovellettuna: ”se, mitä valtiopäiville kokoontunut Suomen eduskunta säätää ja tasavallan presidentti allekirjoituksellaan vahvistaa, on Suomessa lakina voimassa”.

⁴⁵ Vrt. Dworkin 1978, s. 40, joka tosin puhuu tekstikatkelmassa oikeusperiaatteista, vaikka oikeampaa olisi puhua juridisista konstruktioista: ”But this test of pedigree will not work for the *Riggs* and *Henningsen* principles. The origin of these as legal principles lies not in a particular decision of some legislature or court, but in a *sense of appropriateness* developed in the profession and the public over time. Their continued power depends upon this *sense of appropriateness* being sustained.”

Juridiikan ontologia on tässä paljolti *sosiaalisena konstruktionismina* tai *sosiaalisena konstruktivismina* tunnetun yhteiskuntafilosofian perusajatuksen kaltainen.⁴⁶

Mutta mitä oikeusnormien, oikeudellisten doktriinien ja oikeudellisen tiedon *konventionaalisuus* täsmällisesti ottaen tarkoittaa? Filosofisessa kirjallisuudessa *konventio* on voitu määritellä kahdella eri tavalla. Yhtäältä konventio on hahmotettu yhteisöllisenä käytäntönä, jonka olemassaolo perustuu siihen osallisten henkilöiden *yhdenmukaisiin käyttäytymisodotuksiin* (David Lewis),⁴⁷ *vastavuoroisiin odotuksiin* (Eerik Lagerspetz)⁴⁸ tai *vastavuoroisiin odotuksiin ja yhteistoimintaa edistäviin taipumuksiin* (Govert den Hartogh).⁴⁹ Olennaista nähdäkseni on noiden odotusten yhtäläinen kohdentuminen *objektitasolla* samaan kohteeseen ja *metatasolla* konvention toisen osapuolen vastaaviin odotuksiin: ”A tietää, että B tietää, ja samalla B tietää, että A tietää ... (ja niin edelleen) ..., että x.”

Riittävän yhtenevät vastavuoroiset käyttäytymisodotukset luovat perustan oikeudelliselle ennakoitavuudelle, mitä ilman oikeusjärjestys ei voisi tyydyttävästi täyttää sille asetettuja tehtäviä yhteiskunnassa. Niinpä tieliikenteessä ajoneuvon kuljettaja A tietää, tai ainakin hänen pitäisi tietää, että väistämisvelvollisuutta osoittavan varoituskolmion takaa tienristeykseen tullessaan hän on väistämisvelvollinen. Toisaalta B tietää paitsi sen, että A on tuossa tilanteessa väistämisvelvollinen, myös sen, että A tämän tietää, jolloin A ja B voivat kumpikin sovittaa oman käyttäytymisensä

⁴⁶ Sosiaalisen konstruktionismin mukaan yhteiskunnallinen todellisuus koostuu keskeisin osin ihmismielen luomista mutta yksittäisen subjektin tajunnasta irtautuneista artefakteista. Alan klassikkoja ovat Alfred Schützin *Sosiaalisen maailman merkityksenkäs rakentuminen. Johdatus ymmärtävään sosiologiaan* sekä Peter L. Bergerin ja Thomas Luckmannin *Todellisuuden sosiaalinen rakentuminen. Tiedonsosiologinen tutkielma*. – Sosiaalisen konstruktionismin ja sosiaalisen konstruktivismin kesken on painotusero: konstruktionismi viittaa sosiaalisten käytäntöjen vahvemmin objektiiviseen luonteeseen, kun taas konstruktivismi painottaa enemmän tarkastelun subjektisidonnaisuutta.

⁴⁷ Lewis 1969, s. 78. – David Lewis (1941–2001) on filosofisen konventionalismin perustaja.

⁴⁸ Lagerspetz 1989, s. 18 *et seq.*

⁴⁹ ”The conventionalist theory of obligatory norms I propose has two main components: patterns of *mutual expectations*, and *cooperative dispositions*. (...) I will argue that they have an internal reference to each other. Cooperative dispositions consist in being prepared to honour each other’s justified expectations, and those expectations are justified by the existence of the dispositions. An important corollary of this fact is that the mutual expectations of the people participating in a social norm cannot have developed independently of any pre-existing expectations. Only if the pattern of expectations already exists in a general way, is it possible to form concrete expectations of behaviour in any particular case. (...) If this corollary is accepted, it follows that the conventionalist theory can only explain the maintenance of either conventions or norms, not their emergence.” den Hartogh 2002, s. 20 (kursivoinnit lisätty).

noiden keskinäisten *vastavuoroisten käyttäytymisodotusten* mukaan. Jos A tulkitsee tieliikenteen väistämisvelvollisuutta koskevia sääntöjä ja periaatteita toisin kuin B, voi seurauksena olla ajoneuvojen yhteentörmäys ja oikeusriita, jossa ovat vastakkain osapuolten toisistaan poikkeavat tulkinnat tieliikennelain normeista sekä niiden tulkintaa ja systematiikkaa eli keskinäisiä etusija- ja yhteensovitus-suhteita määrittävistä juridisista konventioista. Yhteistä molempien osapuolten käsityksille on tietoisuus tieliikennelain väistämisvelvollisuutta koskevista säännöistä, mutta osapuolten tulkinnat noista säännöistä saattavat yksittäistapauksessa poiketa ratkaisevasti toisistaan.

Vastaavasti sopimusneuvotteluissa A tietää, että B tietää – ja samalla B tietää, että A tietää – että varallisuus-oikeudellisista oikeustoimista annetun lain (1929/228) eli oikeustoimilain mukaan *sopimus* määritellään sopijapuolten alkuperäisen sitoutumistahdon yhtymisenä tai, vaihtoehtoisesti, osapuolten perustellun luottamuksen suojana, jolloin kumpikin sopijapuolista voi sovittaa oman käyttäytymisensä tuon juridisen odotusarvon mukaisesti. Konventionalistinen ontologia voi osoittautua ongelmalliseksi, jos osapuolet tulkitsevat juridisia konventioita kovin eri tavoin tai jos yhteisesti hahmotetun konvention tulkinnasta ei vallitse oikeusyhteisössä perustavaa yksimielisyyttä. Esimerkiksi prejudikaatissa KKO 2010:23 (*ParkCom*-tapaus) korkein oikeus linjasi yksityisoikeudellista sopimuskonstituutiota tavalla, joka laajentaa sopimuksen syntyehdoja alkuperäisen varallisuus-oikeudellisista oikeustoimista annetun lain tarkoittamaa tarjous + vastaus -järjestelyä laajemmalle:

Yksityiselle alueelle oli asetettu opastetauluja, joiden mukaan pysäköinti oli sallittu merkityille paikoille pysäköintiluvan saaneille. Tauluissa oli lisäksi ilmoitettu, että ”Ehtojen vastaisesta pysäköinnistä veloitetaan valvontamaksu 40 euroa” ja että ”Pysäköimällä hyväksyt ehdot”. Kysymys siitä, oliko auton pysäköimisellä alueelle syntynyt pysäköinnin valvontaa alueella harjoittaneen yhtiön ja alueelle pysäköineen auton kuljettajan välille opastetaulun ehtojen mukainen pysäköimistä koskeva sopimus, joka on siten sisältänyt veloitteen suorittaa valvontamaksu siinä tapauksessa, että pysäköinti oli tapahtunut ehtojen vastaisesti. (Ään.)

Samoin ajatus sopimuksesta perustellun luottamuksen suojaamisena osin irtautuu alkuperäisestä oikeustoimilain tarkoittamasta sopimuskonstituutiosta myyjän tekemän tarjouksen ja ostajan siihen antaman vastauksen yhtäpitävyytenä. Niinpä jos sopijapuolet A ja B soveltavat kovin erilaisia operationaalisia käsityksiä sopimuskonstituutiosta eli oikeudellisesti pätevän sopimuksen perustavista tosiasioista (tahtoperiaate \Leftrightarrow luottamusperiaate), saatetaan sopimusehtojen tulkintaa joutua hakemaan oikeusteitse.

Yleisemmin ilmaistuna: jos vastavuoroisilta oikeudellisilta odotuksilta puuttuu riittävän täsmällisesti määritelty yhteinen kohde, osapuolten metatason odotukset eivät kohtaa, eikä oikeusopillinen konstruktio voi toteutua tavalla, joka täyttäisi molempien osapuolten odotukset.

Toisaalta, ja vaihtoehtona osapuolten vastavuoroisille odotuksille ja yhteistoimintaa edistäville taipumuksille, filosofit ovat määritelleet konvention kollektiivisena *me-tietoisuutena* (engl. *we consciousness*) tai *me-intentionaalisuutena* (engl. *we intentionality*). Näin arvioituna yhteisölliseen konvention osalliset henkilöt mieltävät olevansa osallisina kollektiivisessa hankkeessa ja pyrkivät niiden yhteisten tavoitteiden toteuttamiseen, oli sitten kyse moniairoisen soutuveneeseen soutajista, jalkapallojoukkueen pelaajista tai sinfoniaorkesterin soittajista. Näin ovat asian perustelleet John R. Searle ja Raimo Tuomela.⁵⁰ Useissa yhteisöllisissä ja oikeudellisissa tilanteissa toisilleen entuudestaan tuntemattomien osapuolten intressit ovat nähdäkseni useammin toisilleen vastakkaiset tai ainakin ei-yhteensopivat kuin aidosti yhtenevät, eihän tuomioistuimia ja muita konfliktinratkaisuun erikoistuneita viranomaisia muutoin tarvittaisi! Sen vuoksi konvention määrittely osapuolten suhteellisen yhdenmukaisina käyttäytymisodotuksina ja vastavuoroisina odotuksina tavoittaa kohteensa oikeudellisessa kontekstissa paremmin kuin konvention määrittely aidosti kollektiivisena me-tietoisuutena tai me-intentionaalisuutena.

Konventioperustaisessa ontologiassa on vielä syytä erottaa oikeudellinen instituutio *in abstracto*, kuten avioliitto voimassa olevaan lainsäädäntöön perustuvana, yhteiskunnassa yleisesti tunnustettuna kahden henkilön varallisuus- ja henkilösuhteita sekä lasten huoltajuutta koskevana oikeudellisenä järjestelynä, ja oikeudellinen instituutio *in concreto*, kuten avioliitto kahden henkilön A:n ja B:n välillä siihen liittyvine oikeusvaikutuksineen. Vastaavasti *raha* viittaa yhtäältä yhteiskunnassa yleisesti tunnustettuun maksuvälineeseen ja arvon mittaan eli rahaan oikeudellisena ja yhteiskunnallisena instituutiona ja toisaalta fyysisesti tai digitaalisesti olemassa oleviin esineisiin (artefakteihin), jotka tuon käsitteen alle kuuluvat, kuten

⁵⁰ ”In my view all these efforts to reduce collective intentionality to individual intentionality fail. Collective intentionality is a *biologically primitive phenomenon* that cannot be reduced to or eliminated in favor of something else. Every attempt at reducing ‘We intentionality’ to ‘I intentionality’ that I have seen is subject to counterexamples. (...) There is a deep reason why collective intentionality cannot be reduced to individual intentionality. The problem with [me] believing that you believe that I believe, etc., and you believing that I believe that you believe, etc., is that it does not add up to a sense of *collectivity*. No set of ‘I Consciousness’, even supplemented with beliefs, adds up to a ‘We Consciousness’. The crucial element in collective intentionality is a sense of doing (wanting, believing, etc.) something together, and the individual intentionality that each person has is derived *from* the collective intentionality that they share.” Searle 1995, s. 24–25 (kursivointi lisätty). – Vrt. Tuomela 2002 ja Tuomela 2010.

keskuspankin liikkeelle laskemat setelit ja kolikot tai niiden elektroninen vastine binäärikoodina keskuspankin ja yhteiseen rahajärjestelmään kuuluvien pankkien tietokoneilla.⁵¹ Englanninkielisessä filosofian, metalogiikan ja kielitieteen kirjoituksissa oikeudellisista instituutioista *in abstracto* on käytetty myös nimitystä *type* ja instituutioista *in concreto* nimitystä *token*.⁵² Oikeusfilosofit ovat käyttäneet myös termiparia *institution* ja *instance* (*of an institution*).⁵³

Vuorovaikutussuhde oikeudellisen instituution *in abstracto* ja oikeudellisen instituution *in concreto* välillä on aina kahdensuuntainen, molemminpuolinen. Kun tuomioistuin täsmentää avioliittoon tai sopimukseen liittyviä oikeusvaikutuksia yksittäisessä ratkaisussaan *in concreto*, tuolla ratkaisulla on samalla takaisinkytkentäväikutus avioliittoon tai sopimukseen oikeudellisena instituutiona *in abstracto*.⁵⁴

Juridisten konstruktioiden ominaislaatua ja yhteiskunnallista funktiota voi myös tarkastella useiden filosofisten teorioiden tarjoaman teoreettisen kehikon avulla. Ne voi ensinnäkin hahmottaa John L. Austinin ja John R. Searlen kehittämän *puhetekojen teorian* (engl. *speech-act theory*) avulla: juridisten konstruktioiden avulla voi, J. L. Austinin termein, ”tehdä asioita” eli saada aikaan oikeudellisesti pätevällä tavalla määrättyjä oikeusvaikutuksia tai, vaihtoehtoisesti, estää niiden toteutumisen. Toiseksi juridiset konstruktiot ovat esimerkki Ludwig Wittgensteinin myöhäisfilosofian *kielipeleistä*, joissa kielelliset ilmaukset ja yhteisölliset käytännöt ovat tiiviisti yhteen kietoutuneina ja jotka kielipelit/konstruktiot ilmentävät juristien kollektiivisesti omaksumaa tapaa hahmottaa yhteiskunnallisia

⁵¹ *Bitcoin*-tyyppiset kryptovaluutat ovat sen sijaan olemassa vain digitaalisina yksikköinä.

⁵² *Type/token*-jaottelusta, Searle 1995, s. 32–34, 53. Myös Searle käyttää yhtenä esimerkkinä rahaa yhtäältä yhteiskunnallisena instituutiona (*type*) ja toisaalta yksittäisinä seteleinä ja kolikkoina tai vastaavina fyysisinä esineinä (*token*). Saman jaottelun teki John Rawls jo vuonna 1955 avainkirjoituksessaan ”Two Concepts of Rules”: ”...one must distinguish between justifying a practice as a system of rules to be applied and enforced, and justifying a particular action which falls under these rules.” Rawls 1995, s. 22. Rawls käytti esimerkkinä rangaistuksen oikeuttamisperusteita. *Utilitaristiset* argumentit soveltuvat rangaistusinstituution oikeuttamiseen eli sen perustelemiseen, miksi ylipäätään ketään tulee rangaista; kun taas *retribuutiiviset* argumentit soveltuvat yksittäisen rangaistustuomion oikeuttamiseen eli sen perustelemiseen, miksi rikokseen syyllistynyt henkilö NN tulee tuomita tuosta teosta lain määräämään rangaistukseen. Vrt. myös Hart 1968, joka päätteli samoin myöhemmässä teoksessaan *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*.

⁵³ MacCormick – Weinberger 1986, s. 9–11, 53–54.

⁵⁴ Usein oikeudellisten instituutioiden olemassaolo edellyttää laajaa oikeusyhteisön hyväksyntää. ”Any man who must say, ’I am the King’, is no true king”, niin kuin Tywin Lannister osuvasti huomauttaa HBO:n *The Game of Thrones* -sarjassa – toiset päättävät, oletko kuningas vai narri, et sinä itse! Sarja perustuu George R. R. Martinin *Tulen ja jäään laulu* -kirjasarjaan, jonka tapahtumat sijoittuvat kuvitteellista keskiaikaa muistuttavaan miljööseen.

asiantiloja oikeudellisesti.⁵⁵ Kolmanneksi juridisia konstruktioita voi vielä hahmottaa Michel Foucault'n ihmistieteiden tiedonarkeologian keskeiskäsitteen *tietomuoto* (ransk. *épistémè*) avulla:⁵⁶ oikeuden sanat (ransk. *les mots*) ja asiat (ransk. *les choses*) liittyvät juridisessa konstruktiossa tietyllä tavalla yhteen.

3.2.4 Oikeudellisten ja ei-oikeudellisten konstruktioiden vuorovaikutus

Juridiset konstruktiot ovat niiden *kohdentuvuutta* eli soveltamisalaa (*ekstensio*) ja *syvyyttä* eli täsmällisyyttä, tarkkuutta, selkeyttä ja seikkaperäisyyttä eli yleisyyttä/yksityiskohtaisuutta (*intensio*) muuntavassa *vuorovaikutussuhteessa* toisiin oikeudellisiin ja ei-oikeudellisiin konventioihin *luonnontieteiden*, ihmistä, kieltä, kulttuuria ja yhteiskuntaa tutkivien tieteiden eli *ihmis- ja yhteiskuntatieteiden* ja *filosofian* opillisten mallien ja konventioiden sekä *yleiskielen* ja *arkielämän käytäntöjen* likiarvoisten käsitysten ja uskomusten merkityksessä. Oikeudellisten konstruktioiden *kinetiikka* kuvaa välitysmekanismeja, joiden avulla nuo toisten tieteenalojen tutkimukselliset mallit ja konventiot tai yleiskielen ja arkielämän käytäntöjen uskomukset ja käsitykset muunnetaan muotoon, joka paremmin toteuttaa erityisen oikeudellisen tiedonintressin vaatimukset.⁵⁷

Kahden tai useamman oikeudellisen tai ei-oikeudellisen oppirakennelman kesken voi toteutua enemmän tai vähemmän hedelmällinen vuorovaikutus, minkä seurauksena yksittäisen oikeudellisen konstruktion kohdentuvuus tai syvyys tai molemmat muuttuvat. Tuon vuorovaikutusprosessin tuloksena on oikeudellinen *yhdistelmäkonstruktio*, jos juridisen konstruktion oikeudelliset määreet sen myötä vahentuvat niin, että tuo konstruktio täyttää aiempaa paremmin tehtävänsä oikeudellisesti merkityksellisten faktojen ja arvojen jäsentämisessä. Tuloksena voi myös olla oikeudellinen *deformaatio* eli keskeisin osin tai kokonaan hajotettu ja hajautettu oikeudellinen oppirakennelma, jos sen oikeudelliset määreet ohentuvat niin, ettei se enää tyydyttävästi täytä sille asetettua oikeudellista tehtävää. Deformaatio on toisin sanoen oikeudellisen yhdistelmäkonstruktion rakentumiselle käänteinen prosessi, jossa aiemmin oikeudellisesti tyydyttävästi toiminut juridinen

⁵⁵ Ajatus kielipeleistä lingvististen ja yhteisöllisten käytäntöjen yhteenliittymänä palautuu Ludwig Wittgensteinin myöhäisfilosofiaan, jota *Filosofisia tutkimuksia* -teos ja useat postuumisti julkaistut muistikirjat kuten *Sininen ja ruskea kirja* ja *Filosofisia huomautuksia* ilmentävät.

⁵⁶ Foucault 1966 ja Foucault 1969.

⁵⁷ Sanna-Maria Klemetti 2014 on kuvannut tätä vuorovaikutteista prosessia uudistermeillä *interferenssi*, *metamorfoosi* ja *polymorfinen* konstruktio, *deformaatio* ja *deformoitu* konstruktio sekä *erityinen oikeudellinen transformeri*.

konventio palautetaan ainakin osaksi takaisin jonkin toisen tieteenalan kuin oikeustieteen tai yleiskielen ja arkikokemuksen yhteeseen.

Oikeudellinen yhdistelmäkonstruktio on *funktionaalinen* eli oikeudellisesti arvioituna toimiva ja tarkoituksenmukainen, yhteisöllisesti hyväksyttävä ja yhteiskunnallisen tehtävänsä moitteettomasti täyttävä oikeudellinen malli. Hajotettu konstruktio on puolestaan *dysfunktionaalinen* eli täyttää vain heikosti, jos lainkaan, sille asetetun oikeudellisen ja yhteiskunnallisen tehtävän. Samoin *erityinen oikeudellinen transformeri* eli semanttisesti avoin oikeudellinen siltafraasi on funktionaalinen tai dysfunktionaalinen siitä riippuen, miten hyvin tai miten heikosti se täyttää tehtävänsä osana oikeudellista argumentaatiota.

Osa oikeudellisista yhdistelmäkonstruktioista voi osoittautua ongelmalliseksi, kun niitä arvioidaan taustalla vaikuttavan erityistieteen näkökulmasta. Esimerkiksi rikosoikeudellinen välikategoria *vähentyneesti syntyneinen* ei saa varauksetonta tukea psykiatrian vallitsevasta tutkimuksellisesta itseymmärryksestä: psykiatrian nykykäsityksen mukaan henkilö on joko syntyneinen tai syntyneeton, eikä kolmatta vaihtoehtoa ole. Psykiatri Hannu Lauerman mukaan:⁵⁸

”Tutkimusmenetelmät ovat edistyneet niin paljon, että monien psykiatrien mukaan koko alentuneen syntyneisuuden käsite voitaisiin poistaa. Olennaisinta on vain se, onko ihminen mielisairas hoitoa vaativalla tavalla vai ei. Psykiatrissa sairaalahoittoa vaativan ihmisen paikka ei tietenkään ole vankilassa...”

Oikeudellinen konstruktio voi vielä sisältää yhden tai useamman suhteellisen autonomisen osakonstruktion, jotka voivat nekin koostua vielä pienemmistä osa- eli alakonstruktioista. Esimerkiksi oikeusvaltio on keskeinen valtiosääntöoikeudellinen oppirakennelma. Sen yhtenä osatekijänä on vaatimus oikeudenmukaisesta oikeudenkäynnistä, joka keskeisin osin saa merkityksensä siitä, miten Suomen perustuslain 21 §, Euroopan ihmisoikeussopimuksen 6 artikla, Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytäntö ja Suomen kansallinen oikeuskäytäntö sen määrittävät. Oikeudenmukainen oikeudenkäynti koostuu puolestaan lukuisista osakonstruktioista, joita ovat esimerkiksi molempien asianosaisten yhtäläisen kuulemisen periaate (*audiatur et altera pars*) ja muutoinkin yhtäläinen

⁵⁸ Psykiatrisen vankisairaalan vastaavan ylilääkärin ja Terveiden ja hyvinvoinnin laitoksen tutkimusprofessorin Hannu Lauerman haastattelu 26.10.2010, ”Mielentilatutkimukset tiukentuneet”. Lähde: http://yle.fi/uutiset/mielentilatutkimukset_tiukentuneet/5657753 (8.2.2014).

prosessuaalinen asema,⁵⁹ rikosoikeudellinen legaliteettiperiaate, kaksoisrangaistavuuden kieltö (*ne bis in idem*) ja oppi tuomion oikeusvoimasta, rikosoikeudellinen itsekriminointisuoja, oikeudenkäynnin enimmäiskestolle asetetut ehdottomat rajat, asianosaisten oikeus saada välttämättömät tulkki- ja käännöspalvelut omalla äidinkielellään, näyttötaakan ja näyttöriskin jakoa koskevat periaatteet (*in dubio pro reo; in dubio mitius; in dubio contra stipulatorem*), ja niin edelleen.

Samoin rikos oikeudellisena käsitteenä eli tunnusmerkistön mukaisena, syyksiluettavana ja oikeudenvastaisena tekona koostuu lukuisista osakonstruktiosta, jotka yhteisesti määrittävät rikosoikeudellisen rangaistavuuden yleiset edellytykset: oppi rikosentekijän syyntakeisuudesta ja teon syyksilukemisesta, teon tunnusmerkistön mukaisuus ja oikeudenvastaisuus, mahdollinen hätävarjelu- tai pakkotilakonstruktio, itsekriminointisuoja, kaksoisrangaistavuuden kieltö, ja niin edelleen. Tietyn oikeudenalan opillisten konventioiden kokonaisuutta kutsutaan usein hieman epätarkasti sen *yleiseksi opeiksi*. Yksittäiset oikeudelliset käsitteet saattavat nekin toimia lyhennettyinä ilmauksina oikeudellisille konventioille. Korkein oikeus jopa käyttää antamansa prejudikaatin KKO 2006:99 perusteluissa vahvasti konstruktiivista alaotsikkoa ”murtautuminen rikoslaissa käytettynä käsitteenä”. Kyse on murtautumisesta juridisena oppirakennelmana, joka korkeimman oikeuden havaitsemalla tavalla irtautuu yleiskielen ja arkikokemuksen vastaavasta käsityksestä:

3. Lähtökohdaksi voidaan asettaa, että lainsäädännössä käytettäville ilmaisuille tulee antaa niiden yleiskielinen merkitys, jollei ilmaisulle ole laissa säädetty erityistä merkitystä tai muutoin ole perusteltua katsoa, että ilmaisu on käytetty erityisessä merkityksessä. Joillakin lainsäädännössä käytettävillä ilmaisuilla on vakiintunut merkitys, joka ei kaikin osin vastaa ilmaisun yleiskielistä merkitystä, vaikka tätä merkitystä ei olekaan lainsäädännössä nimenomaan määritelty.

Maallikolle ”murtautuminen” tarkoittanee samaa kuin tuntematon mies tai nainen, sorkkarauta, auki väännetty ovi tai rikottu ikkuna ja huoneistosta anastettu irtain omaisuus. Juristille se tarkoittaa nyt myös yöaikaan tapahtuvaa lukittuun hotellihuoneeseen tunkeutumista laittomasti haltuun saadun hotellin sähköisen yleisavaimen avulla ilman, että tekoon liittyisi minkäänlaista oveen tai sen lukitukseen kohdistuvaa voimankäyttöä, väkivaltaa tai rakenteiden rikkomista tuon termin yleiskielisessä merkityksessä.

⁵⁹ Tätä on tapana kutsua englanniksi fraasilla *equality of arms*.

Samoin prejudikaatissa KKO 2012:66 korkein oikeus kirjoitti oivaltavasti *olosuhdetahallisuutta* kuvaavan ilmaisun eli juridisen konstruktion ”on pitänyt varsin todennäköisenä” suhteesta rikoslain 4 luvussa käytettyyn yleiskieliseen ilmaukseen ”olla selvillä”:

”Ilmaisu ’on pitänyt varsin todennäköisenä’ on oikeudellinen käsite eikä se useinkaan luontevasti kuvaa sitä, miten ihmiset tarkastelevat vallitsevia olosuhteita. Rikoslain 4 luvun 1 §:ssä käytetty ilmaisu ’olla selvillä’ kuvaa ehkä osuvammin sitä, onko tekijällä ollut oikeanlainen kuva tai käsitys tapahtumassa olevista asioista.”

Hyviä esimerkkejä sekä oikeudellisista yhdistelmäkonstruktioista että hajotetuista oikeudellisista konstruktioista löytyy Klemetin väitöskirjasta. Korkeimman oikeuden ratkaisussa KKO 2013:6 toteutui oikeudellinen deformaatio, jonka tuloksena oli perusteellisesti *deformoitu* eli hajotettu ja hajautettu oikeudellinen konstruktio:

Vapaa-aikaa viettänyt poliisimies oli tavannut öisellä kadulla kotoaan karkumatkalla olleen 16-vuotiaan tytön, jolle hän oli ilmoittanut olevansa poliisi ja esittänyt virkamerkkinsä. Saatuaan tytön tulemaan asuntoonsa poliisimies oli muun muassa raiskannut tämän. Kysymys siitä, oliko poliisimies syyllistynyt menettelyllään myös virka-aseman väärinkäyttämiseen.

Oikeudellinen konstruktio poliisiin *virkamerkki*, joka ennen korkeimman oikeuden ratkaisua 2013:6 oli riidatta osoittanut, että sen esittävä henkilö on tuolloin virkatehtävässä oleva poliisimies, hajotetaan korkeimman oikeuden antaman prejudikaatin myötä muotoon *virka ja merkki*: henkilö, jolle statukseltaan tuolla hetkellä epämääräinen ”ehkä-on-tai-ehkä-ei-ole-poliisi” tuon merkin esittää, ei voi enää tietää, onko merkin esittänyt henkilö *juuri tuolla hetkellä* virkatehtävässä oleva, julkista valtaa käyttävä poliisi, jonka antamia kehotuksia ja toimintaohjeita on syytä noudattaa, jottei syyllistyisi rikoslaisissa rangaistavaksi säädettyyn niskoitteluun, vai onko (virka)merkin esittämiselle jokin muu syy, niin kuin korkein oikeus antamassaan ratkaisussa epämääräisesti kirjoittaa:

13. Pelkästään se, että poliisinviran haltija vapaa-aikanaan esittää virkamerkin, ei kuitenkaan merkitse, että hän sillä hetkellä ilmoittaa toimivansa ja toimii virkatehtävässään. Virkamerkin esittämiselle voi olla myös muita syitä.

Mitä nuo muut hyväksyttävät syyt ovat, sitä korkein oikeus ei valitettavasti kerro. Noilla kahdella lauseella korkein oikeus irrottaa *poliisin*

virkamerkki ja *poliisin virkatehtävät* -konstruktiot toisistaan: virkamerkki hajoo ”viraksi ja merkiksi”, kun merkin esittämisellä nyt voi olla myös muita tehtäviä kuin osoittaa merkin haltija tuolla hetkellä virkatehtäväänsä hoitavaksi poliisiksi.⁶⁰

Kiinnostava oikeudellinen deformaatio löytyy myös (tuolloisen) korkeimman oikeuden presidentin Pauliine Koskelon eriävän mielipiteen lopusta korkeimman oikeuden ratkaisussa 2012:11, joka käsittelee isyyskanteen vanhentumisaikaa. Ratkaisun otsikon mukaan:

Ennen isyyslain voimaantuloa syntynyt A oli saanut tietää isänsä nimen vasta sen jälkeen, kun isyyslain voimaanpanosta annetun lain 7 §:n 2 momentissa säädetty viiden vuoden kanneaika oli päättynyt. Kun isyyttä ei tunnustettu, A nosti kanteen isyyden vahvistamiseksi. Korkein oikeus katsoi, että kanneaikasäännöksen soveltaminen tässä tapauksessa oli ristiriidassa perustuslain 10 §:ssä ja ihmisoikeussopimuksen 8 artiklassa turvatun yksityiselämän suojan kanssa. Kanneaikaa koskeva säännös jätettiin perustuslain 106 §:n nojalla soveltamatta ja isyys vahvistettiin.
(Ään.)

Täysistunto

Isyyteen on oikeusjärjestyksessä liitetty kahdenlaisia oikeusvaikutuksia: yhtäältä henkilön yksityisyyden suojaan ja oman identiteetin selvittämiseen liittyviä oikeusvaikutuksia, toisaalta varallisuusoikeuksiin eli henkilön isän jälkeensä jättämän omaisuuden perimyksen liittyviä oikeusvaikutuksia. Ratkaisussa korkeimman oikeuden enemmistö jätti kanneajan vanhentumista koskevan säännöksen soveltamatta ja vahvisti A:n isyyden. Loppupäätelmä on lyhyt ja ytimekäs:

36. Hovioikeuden mainitsemin perustein Korkein oikeus pitää näytetynä, että B on A:n isä.

Presidentti Koskelon pitkässä eriävässä mielipiteessä isyys oikeudellisenä käsitteenä palautuu lopulta puhtaasti biologiseksi tosiasiaksi, joka on riisuttu kaikista oikeudellisista määreistä ja oikeusvaikutuksista. Loppupäätelmänä on biologinen tosiasia:

VI. Lopputulokset

Tutkin kanteen sikäli kuin se koskee A:n biologisen syntyperän selvittämistä.

Totean, että asiassa voidaan pitää todistettuna, että A on B:n siittäjä.

⁶⁰ Klemetti 2014, s. 15–42.

Oikeudellinen konstruktio ”isyys” on näin hajotettu ja hajautettuna palautettu osaksi biologian luonnontieteellistä käsitteistöä, ilman erityisiä oikeudellisia määreitä tai siihen mahdollisesti liitettyjä oikeusvaikutuksia.

Vaihtoehtona oikeudelliselle yhdistelmäkonstruktiolle tai sellaisen hajottamiselle on jonkin ei-oikeudellisen oppirakennelman omaksuminen sellaisenaan oikeudellisessa päättelyssä, ilman minkäänlaisia oikeudellisia muunnoksia. Näin tapahtui korkeimman oikeuden ratkaisussa KKO 2013:82, jossa henkirikoksen tahallisuutta arvioitiin tilastollis-matemaattisesti:

A oli kaksi eri kertaa pyöräyttänyt sattumanvaraisesti revolverin patruunarullaa ja pyöräytysten jälkeen laukaissut aseensa metrin etäisyydeltä kohti B:n otsaa. Sen jälkeen A oli tietoisesti siirtänyt patruunarullaa niin, että patruuna oli ollut iskurin kohdalla ja osoittanut aseella B:n päähän. Kun A oli tämän jälkeen laskenut aseensa ja ryhtynyt vapauttamaan iskuria, ase oli lauennut. B:lle oli aiheutunut luodin kimmokkeesta lievä vamma. Kysymys siitä, oliko sitä, että B olisi voinut A:n teon seurauksena kuolla, pidettävä sillä tavalla todennäköisenä, että teko oli luettava A:n syyksi tapon yrityksenä.

Perinteinen rikosoikeudellinen tapa hahmottaa henkirikoksen todennäköisyyttä pohjoismaisen todennäköisyystahallisuuden (”A:n oli täytynyt ymmärtää ... että uhrin kuolema tai muu lain kieltämä seuraus olisi varsin todennäköinen seuraus hänen menettelystään”) täydentyi puhtaasti tilastotieteellisellä analyysillä:

14. Tässä tapauksessa on ollut selvästi todennäköisempää, että syytteessä kuvatussa A:n menettelystä ei aiheutunut B:n kuolema kuin että se olisi aiheutunut. Korkein oikeus katsoo, ettei teko-olosuhteissa ole ilmennyt sellaisia aseeseen tai tapahtumainkulkuun muutenkaan liittyviä seikkoja, joiden perusteella seurauksen syntyyn liittyvää todennäköisyyttä olisi syytä arvioida A:n tekohetkisestä näkökulmasta muulla tavoin.

Ratkaisu on arvostelulle altis, sillä korkeimman oikeuden asettaman kriteerin mukaan arvioituna kahden tai edes kolmen panoksen asettaminen aseensa rumpulippaaseen, lippaan sattumanvarainen pyörittäminen ja aseensa laukaiseminen lähietäisyydeltä kohden uhrin päätä ei olisi muuttanut tekoa tahallisen tapon yritykseksi, vaikka panos olisi osunut iskurin kohdalle ja uhri menettänyt henkensä, sillä tuolloinkin ennakkollinen todennäköisyys uhrin kuolemalle olisi ollut ”vain” $2/6$ (= 33,3 %) tai $3/6$ (= 50 %) eli alle korkeimman oikeuden soveltaman ”selvästi todennäköisempää”-tahallisuuskriteerin. Alemmat oikeusasteet olisivat antaneet merkitystä myös

vaarannetun suojelukohteen eli uhrin hengen erityiselle arvolle, uhrin kokemalle pelon ja turvattomuuden kokemukselle sekä sille, että todennäköisyys asean laukeamiselle oli ollut ”tuntuva”. Sanotut määreet toimivat siis alempien tuomioistuinten perusteluissa oikeudellisina muuttujina, joilla puhtaasti tilastollista analyysiä modifioitiin.

Korkeimman oikeuden ratkaisussa KKO 2011:1 toteutui monivaiheinen oikeudellinen vuorovaikutusprosessi (rikos)oikeustieteen ja lääketieteen opillisten mallien kesken, ja lopputuloksena oli ilmeisen toimiva oikeudellinen yhdistelmäkonstruktio.⁶¹ Sanotussa ratkaisussa korkein oikeus arvioi rintasyöpäepäilyyn vuoksi lääkärin vastaanotolle tulleen naispotilaan rintojen epätavanomaista tutkimustapaa:

Kysymys siitä, oliko lääkäri potilaan tutkimisen yhteydessä syyllistynyt seksuaaliseen hyväksikäyttöön.

Korkein oikeus arvioi lääkärin toteuttamaa potilaan rintojen tutkintaa samalla kertaa oikeudellisesti ja lääketieteellisesti: onko kyse lääketieteellisestä *palpaatiosta* eli potilaan rintoja sormin tunnustelemalla ja painelemalla tehdystä kliinisestä tutkimuksesta vai täyttääkö lääkärin menettely rikoslaissa määritellyn seksuaalisen hyväksikäytön tunnusmerkistön? Potilas itse oli kokenut lääkärin tutkimusotteet epäasiallisina ja seksuaalisväritteisinä, jollaiset toimet kuuluivat hänen mielestään ”pikemminkin parisuhteeseen kuin lääketieteelliseen tutkimukseen”. Mukana oli siis vähintäänkin hiljainen viittaus myös yleiskielen ja arkikokemuksen tapaan hahmottaa tapahtunutta tilannetta. Korkein oikeus toteaa kokoavasti:

7. (...) Asiassa esitetyn selvityksen perusteella Korkein oikeus katsoo, että A:n toimenpiteet ovat poikenneet vakiintuneesta ja lääketieteellisesti suositellusta käytännöstä. Palpaatiota ei ohjeisteta tekemään tutkittavan seistessä eikä molemmin käsin rintoja kouraotteella puristelemalla ja pyörittelemällä vuoroin edestä ja takaa, kuten A:n on kuvattu tehneen. Ohjeistuksen mukaan palpaatio tehdään yleensä potilaan ollessa makuuasennossa sormilla säteittäisesti ja järjestelmällisesti painelemalla. Asiassa ei ole myöskään osoitettu lääketieteellistä perustetta rintojen tutkimiselle useaan kertaan eikä nännin imemiselle. Samoin tutkimusgeelin levittäminen paljain käsin ja yhtäaikaaisesti molemmilla käsillä on poikkeuksellista. Potilaan rintojen ulkonäön kehuminen ei kuulu tutkimuksen suorittamiseen.

Sanna-Maria Klemetti kuvaa oivaltavasti, miten oikeudellinen vuoro-

⁶¹ Analyysi perustuu tältä osin Sanna-Maria Klemetin väitöskirjaan.

vaikutusprosessi toteutuu tapauksessa vaiheittaisena pohdintana useiden välivaiheiden kautta, kun korkein oikeus arvioi, onko lääkärin menettely ollut (a) *lääketieteellistä* sormin tapahtuvaa rintojen säteittäistä tunnustelua ja painelua eli *palpointia*; (b) *yleiskieleen* ja *arkielämän* käytäntöihin viittaavaa rintojen koskettelua, puristelemista ja pyörittämistä tai kähmimistä ja kourimista, johon ei välttämättä liity seksuaalista motiivia ja joka ei siten ole kiellettyä seksuaalista hyväksikäyttöä termin rikosoikeudellisessa merkityksessä mutta joka ei myöskään ole lääketieteellistä tutkimusta; (c) tai *yleiskieleen* ja *arkielämän* käytäntöihin viittaavaa parisuhteen hellydenosoituksiin rinnastuvaa menettelyä, niin kuin teon kohteena ollut henkilö itse lääkärin toimintaa luonnehti; vai (d) motiiveiltaan ilmeisen seksuaalisväritteistä, rikosoikeudellisesti rangaistavaa potilaan *seksuaalista hyväksikäyttöä*, mihin potilaan rintojen ulkomuodon kommentointi, tutkimustapahtuman ilmeisen aiheeton toistaminen, tutkimusgeelin levittäminen potilaan rinnoille paljain käsin ja potilaan nännin imeminen otaksuttavasti liittyivät?⁶²

Uhrin oman luonnehdinnan, jonka mukaan lääkärin toiminta toi hänelle mieleen pikemminkin parisuhteeseen liittyvät motiivit kuin lääketieteellisen tutkimuksen, korkein oikeus sivuuttaa ja jättää vaille merkitystä, vaikka se sen ensin mainitsee. Arkielämän parisuhdekäytännöistä ja niihin liittyvistä motiiveista tulee näin ratkaisun *torjuttu premissi*. Myös *loukatun suostumus*-konstruktio, jonka varaan käräjäoikeus oli osin ja ilmeisen virheellisesti oman ratkaisunsa perustanut, korkein oikeus sivuuttaa ratkaisussaan merkityksettömänä, jolloin siitäkin tulee *torjuttu premissi*.

Vaikka lääkärin toimintaa ohjanneista motiiveista – lääketieteellinen, seksuaalinen vai jokin muu – ei asiassa saatu lopullista varmuutta tai täyttä näyttöä, korkein oikeus lopuksi toteaa, että lääkärin menettely, jossa tämä oli muun ohella kaksin käsin kouraotteella puristellut ja pyöritellyt potilaan rintoja edestä ja takaa, *kokonaisuutena arvioiden* täytti rikoslain 20 luvun 5 §:n tarkoittaman seksuaalisen hyväksikäytön tunnusmerkistön:

8. Se, että A on poikennut suositelluista lääketieteellisistä tutkimustavoista, ei vielä riitä osoittamaan menettelyn seksuaalista luonnetta. Kokonaisuutena arvioiden A:n menettely on kuitenkin ollut sen laatuista, että se vahvasti viittaa seksuaalisen kiihotuksen tai tyydytyksen tavoitteluun. (...) Mainituilla perusteilla Korkein oikeus pitää selvitettyinä, että A on lääketieteellisen tutkimuksen yhteydessä tehnyt B:n seksuaalista itsemääräämisoikeutta loukkaavan teon, jota on olosuhteet huomioon ottaen pidettävä seksuaalisesti olennaisena.

⁶² Klemetti 2014, s. 43–55.

Oikeudellisen kinetiikan näkökulmasta arvioituna on siis ollut kyse tilanteesta, jossa rikosoikeudellinen konstruktio ”seksuaalinen hyväksikäyttö”, lääketieteellinen konstruktio ”palpaatio” sekä yleiskieleen ja arkikokemukseen kuuluvat tavat hahmottaa todellisuuden ilmiötä, kuten rintojen koskettelu, puristeleminen ja pyörittäminen ilman seksuaalista motiivia tai osana parisuhteen käytäntöjä, saatetaan keskinäiseen vuorovaikutukseen. Prosessin lopputuloksena on yhdistelmäkonstruktio, jossa rikosoikeudellinen konstruktio ”seksuaalinen hyväksikäyttö” (mukaan lukien sen edellyttämät opilliset sitoumukset, jotka koskevat esimerkiksi tekijän seksuaalista motivaatiota) on määritelty tietyllä tavalla suhteessa sekä lääketieteellisesti hyväksyttävään tutkimustapaan (palpaatio) että naisen rintojen ei-seksuaaliseen mutta ei-lääketieteellisesti hyväksyttävään menettelyyn (rintojen kosketteluun, sormeiluun tai puristelemiseen).⁶³

Klemetin omintakeinen teoria oikeudellisten konstruktioiden kinetiikasta syventää oikeudellisen ajattelun suhdetta muihin tieteenaloihin, mitä kysymystä Otto Brusiin hahmotteli jo vuonna 1938 väitöskirjassaan *Tuomarin harkinta normin puuttuessa*, joskin varsin erilaisten ajatuksellisten työvälineiden avulla. Brusiin huomautti, miten oikeudellisessa aukkotilanteessa, jossa oikeusjärjestys ei lainkaan sisällä käsillä olevaan tapaukseen soveltuvaa oikeusnormia, tuomarin tulee ajatella tai asennoitua esimerkiksi sosiologin, valtio-oppineen tai taloustieteilijän tavoin ja ratkaista juttu sen mukaisesti.⁶⁴ Sama pätee nähdäkseni yleistäen luonnontieteiden tuottamaan empiriseen havaintotietoon erilaisista luonnonilmiöistä, ihmis- ja yhteiskuntatieteiden tuottamaan tulkinnalliseen tietoon ihmistä, kieltä, kulttuuria, oikeutta ja yhteiskuntaa jäsentävistä, joko subjektisidonnaisista tai yhteisöllisistä merkityksistä, samoin kuin yleiskielen ja arkikokemuksen enemmän tai vähemmän likiarvoisiin käsityksiin, uskomuksiin, yleistyksiin ja kokemussääntöihin maailmassa vallitsevista lainalaisuuksista. Kuva tuomioistuimen tai muun viranomaisen oikeudellisesta ratkaisuharkinnasta muodostuu varsin erilaiseksi kuin Aulis Aarnion meillä vakiintunut oikeussäännösten *tulkintaa ja systematisointia* -luonnehdinta, kun oikeudelliset konstruktiot eli oppirakennelmat otetaan arvioissa myös huomioon.

⁶³ Toki prejudikaatissa on vaikuttamassa monilukuinen joukko muitakin juridisia konstruktioita, jotka liittyvät yleisesti teon rikos- ja prosessioikeudelliseen hahmottamiseen, kuten itsekriminointisuoja ratkaisun piilevänä premissinä. Esimerkiksi lievemmän lain periaate (*in dubio pro reo; in dubio mitius*) nyt sivuutetaan, mikä kuitenkin on ratkaisun lopputulos huomioon ottaen varsin ymmärrettävää ja hyväksyttävää.

⁶⁴ Brusiin 1938, s. 204–229 ja etenkin s. 222–223 ja 226. ”Itse asiassa oikeus, talous ja politiikka merkitsevät vain eri *näkökulmia*, joista yhtenäistä yhteiskunnallista todellisuutta voidaan tarkastaa. – Tuomarin aukkoharkinnalle tahtoisimme johtosäännöksi asettaa, ettei hän milloinkaan saa tarkastella ratkaistavaa tapausta vain juriidisesta näkökulmasta, vaan aina samalla taloudellisesta ja poliittisesta.” Brusiin 1938, s. 219.

3.2.5 (Välilliset) oikeusvaikutukset

Toisin kuin oikeusnormeihin, juridisiin doktriineihin ei ole liitetty omaehtoisia oikeusvaikutuksia. Toisaalta ilman juridisten konstruktioiden antamaa kosketuskohtaa oikeudellisesti merkitykselliseen todellisuuteen oikeusnormit eivät kykenisi tuottamaan mielekkäitä, oikeudellisesti perusteltavissa olevia oikeusvaikutuksia. Erilaiden opillisten konstruktioiden avulla voi lisäksi tuottaa hyvin erilaisia oikeusvaikutuksia silloinkin, kun ne liitetään yksien ja samojen oikeusnormien yhteyteen. Esimerkiksi rikosoikeudellisen itsekriminointisuojaan hahmottaminen joko suppeammin varsinaiseen tekijään tai laajemmin kriminalisoituun tekoon liittyvänä juridisena konstruktiona johti hyvin erilaiseen lopputulokseen korkeimman oikeuden prejudikaateissa KKO 2009:80 (Uoti) ja KKO 2010:41 (Huhtamäki): Uotin rikostuomio purettiin itsekriminointisuojaan perusteella, mutta Huhtamäen tuomiota ei. Perusteena oli tapa, jolla opillinen konstruktio *itsekriminointisuoja* noissa kahdessa ratkaisussa hahmotettiin. Huhtamäki-ratkaisun vähemmistöön jääneet tuomarit lisäksi hahmottivat itsekriminointisuojaan olennaisesti toisin kuin tuomioistuimen enemmistö.

4 TUOMIOISTUINRATKAISUN PERUSTELUJEN RAKENNE

Tuomioistuinratkaisun perustelut koostuvat oikeusnormeista ja oikeudellisista konstruktiosta, joilla lopputulos oikeutetaan (*justifioidaan*) eli osoitetaan lainmukaiseksi ja hyväksyttäväksi. Perustelujen osana normeja ja konstruktioita voi kutsua yhteisnimellä ratkaisupremissit ja niiden muodostama premissirakenne. *Avainpremissi* on funktionaalinen eli toimiva ja tarkoituksenmukainen argumentti, koska se on semanttisesti *oikein kohdennettu* jutun varsinaiseen oikeuskysymykseen (*ekstensio*) ja *syvyydeltään riittävä* eli selkeästi ilmaistu, täsmällinen, tarkka ja oikealla tavalla yksityiskohtainen tai yleinen (*intensio*). *Hukkapremissi* on dysfunktionaalinen eli epätydyttävästi toimiva ja epätarkoituksenmukainen argumentti, koska se on joko väärin kohdennettu eli ei tavoita jutun varsinaista oikeuskysymystä (*ekstensio*) tai on semanttiselta syvyydeltään riittämätön eli sisällöllisesti täsmentymätön, epätarkka, epäselvä, epämääräinen tai liian yleinen tai yksityiskohtainen antaakseen oikeanlaista tietoa ratkaisun perusteista (*intensio*). Hukkapremissi on toisin sanoen tarpeeton, ylimääräinen argumentti, joka ei tuo lisäarvoa siihen, mitä ratkaisun perusteluissa on jo toisaalla lausuttu, tai se voi olla aidosti harhaanjohtava argumentti,

joka heikentää ratkaisun perusteluja ja aiheuttaa sen lukijassa tai kuulijassa epätietoisuutta tai hämmennystä siitä, mistä ratkaisussa oikein on kyse ja miksi sen lopputulos on sellainen kuin se on.⁶⁵

Hukkapremissin viettelevyys on osuvasti kuvattu Joensuun torilla, jossa istuu puistonpenkillä – ja on istunut siellä aina toukokuulta 2007 – Eija Hännisen ja Henna Onnisen *Susi kosiomatalla* -veistos: hyvin pukeutunut ja ystävälliseltä vaikuttava pronssiin valettu hukka kutsuu ohikulkijoita luokseen, istahtamaan ojennettuun kainaloonsa. Myös tuomioistuinratkaisun perustelujen osana hukkapremissi voi vaikuttaa ystävälliseltä ja viattomalta, mutta se voi saada aikaan suurta vahinkoa tuomioistuinratkaisun premissinä, hukkakonstruktiona.

Piilevä premissi on tuomioistuimen oikeudellista päätöksentekoa tosiasiallisesti ohjannut tai siihen vaikuttanut argumentti eli joko avain- tai hukkapremissi, jota tuomioistuin ei ole kirjannut perusteluissa näkyviin. Koska oikeusvaltiossa yhteiskunnallisen vallankäytön tulee olla avointa ja läpinäkyvää, ei tuomioistuimen perusteluissa saisi esiintyä piileviä, julkisen kontrollin ulkopuolelle jääviä avain- tai hukkapremissejä.⁶⁶ Jos tutkija ei pidä varaansa, piilevien ratkaisupremissien jahtaaminen johtaa helposti erilaisten salaliittoteorioiden vahvistumiseen.

Salaliittoteoriat voivat viekoittaa ansioitunutta ja kokenutta kirjoittajaakin. Lapin yliopiston lainkäytön (emeritus)professori Jyrki Virolainen otsikoi blogikirjoituksensa 15.9.2012: ”KHO 2012:75: psykiatrinen pakkohoito. Paljastako oikeuden tiedottaja vahingossa päätöksen todelliset syyt?” Virolainen kirjoittaa: ”KHO:n tiedottajana toimiva viestintäpäällikkö Teuvo Arolainen taisi paljastaa päätöksen todellisen syyn Ylen Uutisille 13.9. antamassaan lausunnossa. Yle Uutisten mukaan Arolainen nimittäin sanoi, että ko. asiaa pidettiin erittäin tärkeänä – siksi se siis ratkaistiin 21 tuomarin toimesta KHO:n täysistunnossa – koska erilainen päätös olisi voinut mullistaa nykyiset hoitokäytännöt. ’Jos ratkaisu olisi ollut toinen, pakkohoitoon määräämisen tavat olisi jouduttu miettimään kokonaan uusiksi’, sanoi viestintäpäällikkö Teuvo Arolainen sanatarkasti.” Virolainen viittaa senkaltaisen päätöksen edellyttämään lisäresurssien tarpeeseen ja kustannusten kasvuun ja toteaa: ”Jos tämä on päätöksen todellinen syy, niin silloin KHO ei ole kertonut päätöksensä kaikkia ja kenties kaikkein

⁶⁵ Osuvat termit *avainpremissi* ja *hukkapremissi* ovat Klemetin väitöskirjassaan 2014 ehdottamia. Itse olin edellä luennoillani käyttänyt termejä *toimiva ja tarkoituksenmukainen* ja *ei-toimiva ja epätarkoituksenmukainen* ratkaisupremissi.

⁶⁶ Ylimpien tuomioistuinten tapa viitata epämääräisesti oikeuskirjallisuudessa yleisesti esiintyvään tai vakiintuneeseen käsitykseen on samasta syystä arvostelulle altis, kun tuon argumentin ulkoinen kontrolli on käytännössä mahdotonta.

ratkaisevimpiä ja todellisia syitä ja perusteita”.⁶⁷ Mielestäni Virolainen ylitulkitsi Arolaisen lausumaa, jossa tämä vain lausui julki sen, mitä nyt tehdylle ratkaisulle vastakkainen päätös olisi *de facto* merkinnyt julkisten resurssien lisätarpeena ja uudelleen kohdentamisena, ja antaa sille merkityksen, joka ei saa muista lähteistä tukea. Entä mistä tiedämme, että Virolaisen tulkinta viestintäpäällikkö Arolaisen pohdinnoista eli ratkaisun piilevistä premisseistä vastaa tuomioistuinnratkaisun ”oikeita” motiiveja? Tuskin tuomioistuimen tiedottajalla on ollut sanotunlaista tietoa hallussaan, eihän hän ollut paikalla ratkaisua tehtäessä. Yhtenä keskeisenä motiivina jutun viemiselle täysistuntokäsittelyyn oli varmasti myös se, että korkein hallinto-oikeus oli jutussa avoimesti eri mieltä kuin Euroopan ihmisoikeustuomioistuin, joka asiaa oli myös käsitelty ja tullut jutussa eri lopputulokseen kuin korkein hallinto-oikeus.

Puuttuva premissi on argumentti, jonka tulisi olla ratkaisun avainpremissinä, jotta se olisi tyydyttävällä tavalla perusteltu, mutta joka tuomioistuimen auki kirjoittamasta perustelunarratiivista kuitenkin puuttuu. Esimerkiksi ministeri Tannerin tuomionpurkujutussa KKO 2008:94, jota korkein oikeus ei ottanut tutkittavakseen, oikeusvaltioideologia oli ratkaisun puuttuva premissi, joka sai väistyä (ääri)legalistisen sanarajaperiaatteen noudattamisen tieltä.⁶⁸ Prejudikaatissa KKO 2006:99 (”murtautuminen rikoslaissa käytettynä käsitteenä”) sivuutettiin kokonaan hotellin johdon vastuu avainten huolellisesta säilyttämisestä, kun murtautumisen mahdollistanutta sähköistä yleisavainta oli säilytetty hotellin lukitsemattomassa siivouskaapissa. Modernin sähköisen lukitsemisteknologian yhteiskunnallista merkitystä ei ratkaisussa myöskään pohdittu. Lisäksi sivuutettiin kokonaan rikos- ja prosessioikeuden ylevät periaatteet, joilla alan oppikirjat on tapana aloittaa: rikosoikeudellinen legaliteetti- eli sanarajaperiaate sekä prosessioikeuden lievemman lain periaate (*in dubio pro reo* ja *favor defensionis* -periaatteet).

Torjuttu premissi on argumentti, jota tuomioistuin on ratkaisuperusteena ensin harkinnut mutta jonka se on lopulta sivuuttanut ja jättänyt ratkaisuperusteena hyödyntämättä.⁶⁹ Torjuttu premissi voi olla unohtunut ja perustelunarratiivista pois jäänyt argumentti tai se voi olla tietoisesti pois suljettu ratkaisuperuste. Toisinaan tuomioistuin saattaa pitkään ja perusteellisesti pohtia ja kehittää jotain argumenttia, jota se selvästi näyttää sovittavan ratkaisun avainpremissiksi, mutta lopulta se kuitenkin hylätään ja ratkaisu tehdään aivan toisten, mahdollisesti torjutuksi tulevalle pre-

⁶⁷ Lähde: <https://jyrkivirolainen.blogspot.fi/2012/09/635.html> (luotu 15.9.2012; käyty 30.9.2016).

⁶⁸ Klemetti 2014, s. 75–95.

⁶⁹ *Piilevä, puuttuva ja torjuttu premissi* ovat omia termejäni.

missille vastakkaisten näkökohtien varaan. Näin tapahtui ihmiskauppaa ja prostituutiota koskevassa korkeimman oikeuden ratkaisussa KKO 2012:66, jossa tuomioistuin ensin esitteli laajalti epäillyn syyllisyyttä puoltavia argumentteja lain esitöissä esitettyjen näkökohtien valossa. Lopulta korkein oikeus kuitenkin päätyi vapauttavaan tuomioon:

31. X on omankin kertomansa mukaan tiennyt, että A on kotoisin jostain Baltian maasta. Yleisessä tiedossa on, että osa seksuaalipalvelujen tarjoajista on parituksen kohteena ja että tämä ilmiö on yleisempi ulkomaalaisten kuin suomalaisten prostituoitujen keskuudessa. Koska X on seurannut asiaa käsittelevää kirjoittelua lehdissä, hän on ilmeisesti tiennyt näistä yleisessä keskustelussa esitetystä arvioista. (...)

32. Korkein oikeus toteaa, että havaittavissa oleva psyykkisen toimintakyvyn puute ja täydellinen kielitaidottomuus voivat vahvastikin viitata siihen, ettei henkilö kykene toimimaan itsenäisesti, vaan että hän toimii parituksen tai ihmiskaupan uhrina. Pelkästään verraten nuoresta iästä tai ulkomaalaistaustasta tällaista epäilyä ei voida katsoa syntyvän. Edellä esitetty selvitys A:n henkilöstä ja olemuksesta tai kielitaidosta ja taustasta eivät muiden asiassa ilmenneiden olosuhteiden perusteella erikseen tai niitä kokonaisuutena arvioiden osoita, että X on pitänyt varsin todennäköisenä, että A on ollut ollut parituksen kohteena.

33. Edellä mainituilla perusteilla X:n ei ole näytetty syyllistyneen rikoslain 20 luvun 8 §:n 1 momentissa tarkoitettuun seksikaupan kohteena olevan henkilön hyväksikäyttöön.

Perusteluissa on semanttista huojuntaa, kun syyllisyyttä puoltavat *pro*-argumentit ja vastaan puhuvat *contra*-argumentit on esitetty sikin-sokin, vailla kokoavaa jäsenystä. Ennen tuomioistuimen perustelunarratiivin viimeistä lausetta lukija ei voi tietää, onko tuomio jutussa oleva langettava vai vapauttava, vaan kumpikin lopputulos vaikuttaa yhtä lailla mahdolliselta. Lisäksi langettavaa tuomiota edellä pohjustettu useiden syytetyn tahallisuutta tukevien argumenttien avulla, mutta lopulta tuo premissi kuitenkin yllättäen torjutaan. Yllätyksellisyys on hyvän rikosdekkarin ominaisuus: lopussa dekkarin lukija palkitaan odottamattomalla juonenkäänteellä, kun syyllinen viimein paljastuu. Korkeimman oikeuden antamalta prejudikaatilta on lupa odottaa aivan toisenlaisia ominaisuuksia: loogisuutta, systemaattisuutta, koherenssia ja *pro/contra*-argumenttien erottelemista toisistaan tavalla, joka oikein enteilee jutun lopputulosta.

Torjuttuna premissinä voi myös olla oikeusnormi tai juridinen konstruktio, joka on syystä tai toisesta jäänyt pois tuomioistuinratkaisun perustelunarratiivista. Esimerkiksi korkeimman oikeuden prejudikaatissa KKO 2013:6 tuolloin voimassa olleen poliisilain 9 c §:n vaatimus tuntuu matkan

varrella unohtuvan eikä sille ole annettu ratkaisuperusteena merkitystä, vaikka säännös on ratkaisun otsikossa mainittu:

Poliisilain 9 c §:n mukaan poliisimiehen on virassa ja yksityiselämässään käyttäydyttävä siten, ettei hänen käyttäytymisensä ole omiaan vaarantamaan luottamusta poliisille kuuluvien tehtävien asianmukaiseen hoitoon.

Erityinen oikeudellinen transformeri on Klemetin mukaan oikeudellinen konstruktio, jonka avulla tuomioistuin ylittää tuomioistuinratkaisun perustelunarratiivin murtuman, halkeaman, sortuman tai muunlaisen epäjatkuvuuskohdan semanttisesti avoimella siltafraasilla, joka peittää tuon päättelyn katkoksen näkyvistä.⁷⁰

Termi *erityinen oikeudellinen transformeri* on Klemetin kunnianosoitus edesmenneelle etevälle puolalais-ruotsalaiselle oikeusfilosofille Aleksander Peczenikille (1937–2005), joka kuvasi tuomioistuimen päättelyä ei-oikeudesta oikeuteen, oikeuslähteistä oikeusnormiin sekä oikeudellisen normi- ja faktapremissin yhdistelmästä oikeudelliseen tulkintalauseeseen oikeudellisena *transformaationa* eli argumentaation ”loikkana” tai ”hyppynä” (ruots. *språng*; engl. *jump*), jonka avulla päättelyn looginen epäjatkuvuuskohta ylitetään.⁷¹ Peczenikin oikeudelliset transformaatiot eivät täytä loogisesti pätevän päättelyn ehtoja, mutta ne voivat hyvin täyttää aristotelisen *retoriikan* tai *topiikan* lievemmat soveltamisedot.

Semanttisesti tyhjiä siltafraaseja ovat esimerkiksi ”selvää sinänsä on”, ”objektiivisesti arvioiden”, ”korkein oikeus lausuu t. katsoo”, ”kokonaisharkinnan perusteella”, ”kokonaisuutena arvioiden”, ”jo edellä lausutun perusteella on selvää” ja ”on katsottava”. Niiden avulla tuomioistuin esittää tuomioistuinratkaisun tueksi esitetyt argumentit sisäisesti koherenttina, johdonmukaisena perusteluketjuna, mutta tuo koherenssi on vain näennäistä, sillä perusteluketjua rasittaa yhä yksi tai useampi päättelyn murtuma, halkeama, siirtymä tai muu loogis-semanttinen epäjatkuvuus, jota oikeudellinen siltafraasi ei kykene poistamaan.⁷²

Erityinen oikeudellinen transformeri eli oikeudellinen siltafraasi voi olla joko *funktionaalinen* tai *dysfunktionaalinen* siitä riippuen, miten toimiva ja tarkoituksenmukainen sen avulla saavutettu oikeudellinen lopputulos

⁷⁰ *Transformare* (lat.) = muuttaa muotoa(an). – Itse käytän termiä ”oikeudellinen siltafraasi”.

⁷¹ Peczenikin transformaatioloikka ei-oikeudesta oikeuteen on mahdollista toteuttaa esimerkiksi Kelsenin transsendentaalis-loogisen perusnormin (*Grundnorm*) tai Hartin oikeuden tunnistamissäännön (*rule of recognition*) avulla.

⁷² Klemetti 2014, s. 201–202.

on. Fraasi ”kokonaisharkinnan perusteella” voi lisäksi toimia eri ratkaisussa eri tavoin sanotusta arviosta riippuen: ”kysymys vaitiolo-oikeuden olemassaolosta on ratkaistava tapauskohtaisesti kokonaisharkinnan perusteella” (KKO 2012:16 & KKO 2010:49) ja ”valinta ehdollisen ja ehdottoman vankeuden välillä tapahtuu kokonaisharkinnan perusteella” (KKO 2011:93). Prejudikaatissa KKO 2011:1 ”kokonaisuutena arvioiden” toimi tarkoituksenmukaisella tavalla, kun kliinisessä tutkimustilanteessa ilmeisen epäasianmukaisesti toiminut lääkäri voitiin sen avulla tuomita potilaan seksuaalisesta hyväksikäytöstä toisin kuin alioikeus ja hovioikeus olivat jutussa katsoneet, kun oikeudellisesti riittävää näyttöä lääkärin toimintaa ohjanneesta seksuaalisesta motiivista ei niiden arvion mukaan ollut jutussa esitetty. Sitä vastoin prejudikaatissa KKO 2013:6 oikeudelliset siltafraasit ”selvää sinänsä on” ja ”korkein oikeus katsoo” johtivat – ratkaisussa esitettyjen muiden perusteiden ohella – ilmeisen epätydyttävään lopputulokseen eli oikeudellisen epävarmuuden lisääntymiseen, kun poliisin virkamerkin esittäminen ei tuon ratkaisun jälkeen enää yksiselitteisesti osoita, että merkin esittävä henkilö toimii tilanteessa poliisiin tehtävissä ja virkavastuulla.

Oikeudellisesti merkityksellisiin yhteiskunnallisiin *arvoihin* perustuvien juridisten konstruktioiden eli oikeusperiaatteiden vuorovaikutus toteutuu arvosidonnaisena *punnintana* ja *yhteensovittamisena*, mistä on englanniksi käytetty termiparia *weighing and balancing*. Se on samalla vahvemmin tilannesidonnainen ajatuksellinen operaatio kuin faktaperustaisten oikeudellisten ja ei-oikeudellisten konstruktioiden vuorovaikutus. Ero fakta- ja arvoperustaisten konstruktioiden vakioitavuudessa tai tilannesidonnaisuudessa johtuu nähdäkseni siitä, että etenkin luonnontieteiden mutta myös ihmistä, kieltä, kulttuuria ja yhteiskuntaa tutkivien tieteiden ja filosofian tuottama tieto maailmasta sekä siinä muodossa kuin se noissa erityistieteissä ilmenee (esimerkiksi: kausaliteetti, syyntakeisuus, intentionaalisuus/tahallisuus) että siltä osin kuin se vaikuttaa oikeudellisessa asiayhteydessä juridisina yhdistelmäkonstruktiona (esimerkiksi: adekvaatti kausaliteetti, vähentynyt syyntakeisuus, rikosoikeudellinen tahallisuus, murtautuminen rikosoikeudellisena käsitteenä, perheen tai puolison käsite turvapaikka- ja pakolaisoikeudessa) on huomattavasti vakioidumpaa kuin moniarvoisessa yhteiskunnassa vallitseva monimuotoinen ja hajautunut kanta oikeudellisesti merkityksellisiin arvokysymyksiin (esimerkiksi: sananvapaus/yksityisyys, viranomaisten voimankäyttö/fyysinen koskemattomuus, sananvapaus/uskonrauha), mitä seikkaa oikeusperiaatteiden ja niiden ilmentämien arvojen punninnan tilannesidonnaisuus osaltaan ilmentää.

Oikeudellisesti merkitykselliset yhteiskunnalliset arvot ovat toisin sanoen enemmän ”liikkeessä”, heikommin vakioituja ja avoimempia vaihtoehtoi-

sille tulkinnoille kuin oikeusyhteisössä vallitseva käsitys oikeudellisesti merkityksellisistä asiantiloista, joiden varaan oikeudellinen maailmankuva keskeisesti perustuu. Esimerkiksi luonnontieteiden ja filosofian perusteleva käsitys kausaliteetista eli erilaisten luonnonilmiöiden välillä vallitsevasta syy-yhteydestä, psykiatrinen tieto moitittavaan tekoon syyllistyneen henkilön syyntakeisuudesta (eli toisintoimimismahdollisuudesta ja tiedosta, että menettely on lainvastainen) tai tieto psykologian, kognitiotieteen ja filosofian tarkastelemasta tahallisuudesta t. intentionaalisuudesta muuntuvat oikeudellisessa asiayhteydessä juridiseksi yhdistelmäkonstruktioksi, joka on osin irtautunut oppillisesta taustastaan sanotussa erityistieteessä.

Kun oikeudellisen yhdistelmäkonstruktion taustalla vaikuttaa jonkin toisen tieteenalan perusteleva tai yleiskielen ja arkikokemuksen ylläpitämä käsitys todellisuudesta, tämä asettaa väistämättä *jonkinlaiset* rajat sille, miten paljon oikeustiede voi irtautua erityistieteiden otaksuttavasti eksaktista todellisuuskäsityksestä tai yleiskielen ja arkikokemuksen intuitiivisesta, enemmän tai vähemmän likiarvoisesta maailmankuvasta. Maapallo ei voi olla litteä kuin pannukakku edes osana juristin oikeudellista maailmankuvaa;⁷³ leikkiautot ja rullaluistimet eivät osaa kommunikoida edes juristeille⁷⁴ eivätkä puut ja kivet kykene rationaaliseen tahdonmuodostukseen, vaikka lainsäätäjät toisin päättäisi. Matematiikan, fysiikan ja logiikan kaavat ” $2 + 2 = 4$ ” ja ” $E = mc^2$ ” ja ” $A \equiv A$ ” pätevät myös oikeustieteessä, eikä juridinen kausaliteetti voi vaikuttaa ajassa taaksepäin, vaikka juristit voivat muutoin varsin radikaalistikin muuntaa toisten tieteenalojen tutkimuksellisia malleja ja konventioita samoin kuin arkielämän kokemussääntöjä, jotta ne paremmin täyttäsivät erityisen oikeudellisen tiedonintressin.

⁷³ Toisaalta juristien oppilliset innovaatiot voivat olla varsin mielikuvituksellisia, kun juridisten konventioiden perustana ei siis ole kaikille yhteinen luonnollinen järki vaan ”keinotekoinen juridinen järki ja oikeudellinen arvostelma” (*the artificial reason and judgment of law*), niin kuin Sir Edward Coke oivalsi jo 1600-luvulla. – Entä voiko mies synnyttää lapsen, olla äiti syntyvälle lapselle? Henkilön sukupuoli ja mahdollinen isyys tai äitiys on yhtäältä *biologinen* tosiasia, toisaalta *juridinen* konstruktio. Lokakuussa 2017 Aamulehti otsikoi: ”*Isä on ensi kertaa raskaana Suomessa – terveydenhuollon tietojärjestelmät eivät tunnista tilannetta.*” – Kyse oli *transmiehestä* eli biologisesti naiseksi alun perin määritellystä henkilöstä, joka oli myöhemmin korjannut sukupuolensa mieheksi mutta oli tullut raskaaksi keskeytettyään hormonihoidot. (Lähde: <https://www.aamulehti.fi/viihde/isa-on-ensi-kertaa-raskaana-suomessa-terveydenhuollon-tietojarjestelmat-eivat-tunnista-tilannetta-200444320/>; 7.10.2017; käyty 25.5.2019).

⁷⁴ ”The toy automobile cannot speak up and say, ‘I am a vehicle for the purpose of this legal rule’, nor can the roller skates chorus, ‘We are not a vehicle.’ Fact situations do not await us neatly labelled, creased, and folded; nor is their legal classification written on them to be simply read off by the judge. Instead, in applying legal rules, someone must take the responsibility of deciding that words do or do not cover some case in hand, with all the practical consequences involved in this decision.” Hart 1983, s. 63–64.

Oikeudellisesti merkityksellisten faktojen ja arvojen toisistaan poikkeavasta luonteesta ja tehtävästä oikeudellisessa päätöksenteossa on seurauksena, että oikeudellisten yhdistelmäkonstruktioiden välittämänä tieteellisiin faktoihin ja selitysmalleihin perustuvat opilliset mallit ja konventiot tai yleiskielen ja arkikokemuksen likiarvoisiin uskomuksiin ja käsityksiin perustuvat ideat esimerkiksi adekvaatista kausaliteetista, rikosentekijän mahdollisesti vähentyneestä syntyakeisuudesta, rikosoikeudellisesta tahallisuudesta tai tuottamuksesta, murtautumisesta rikosoikeudellisena käsitteenä tai perheestä/puolisosta turvapaikka- ja pakolaisoikeuden, perhe- ja perintöoikeuden, vero-oikeuden tai sosiaalioikeuden käsitteenä eivät voi olla samalla tavoin tilannekohtaisesti arvioitavia ja tapauskohtaisesti muuttuvia kuin vahvemmin yhteiskunnallisiin arvoihin ja arvostuksiin palautuvat arviot esimerkiksi sananvapauden ja yksityisyyden suojan, sananvapauden ja uskonrauhan tai virkamiehen (poliisin, rajavartijan, tullivirkailijan) lainmukaisten pakkokeinovaltuuksien ja niiden kohteena olevan henkilön fyysisen koskemattomuuden suhteesta yksittäisessä oikeudellisessa soveltamistilanteessa.

Maailmaa koskevat tosiasiat ja niiden välillä vallitsevat lainalaisuudet (kausaliteetti, syntyakeisuus, tahallisuus, ym.) ovat toisin sanoen aina arvoja ja niiden keskinäisiä painotuksia (sananvapaus, yksityisyys, ym.) vakaampia. Puhe *vaihtoehtoisista faktoista* tarkoittaa puhujan tietien epätosien väitteiden esittämistä eli valehtelemistä, kun taas puhe *vaihtoehtoisista arvoista* on sinänsä uskottavaa puhetta erilaisista tavoista hahmottaa yhteisöllisten arvojen maailmaa. Ainoa poikkeus tähän ovat asianajajan tuomioistuimelle kertomat tai osoittamat vaihtoehtoiset faktat, jotka viittaavat jutun vastapuolen edustamasta kannasta poikkeavaan käsitykseen tapahtumainkulusta.

Arvosidonnaisten juridisten konstruktioiden (oikeusperiaatteiden) tilansidonnaisuus ja niihin perustuvan oikeudellisen päätöksenteon vahvasti konstruktiivinen luonne on hyvin nähtävissä korkeimman oikeuden ja korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisuissa, joissa on ollut kyse perusoikeuksien punninnasta ja yhteensovittamisesta. Esimerkiksi korkeimman oikeuden prejudikaatissa KKO 2010:88 oli kyse sananvapauden (tiedotusvälineiden lähdesuojan) ja kunnianloukkauksen keskinäisestä suhteesta:

Television ajankohtaisohjelmassa oli vihjattu, että kolme ohjelmassa nimeltä mainittua henkilöä kuului ryhmään, joka rahoitti ulkomailla toimivaa terroristijärjestöä. Kyseiset henkilöt olivat olleet Suomesta toimitettujen tietojen perusteella pidätettyinä Irakissa terrorismiyhteyksistä epäiltyinä, mutta sittemmin vapautettu. Ohjelmassa esitetyt väitteet ja vihjaukset olivat perustuneet keskeisesti haastattelulausumiin,

jotka olivat peräisin kahdeksalta eri henkilöltä, joiden henkilöllisyyttä ohjelman toimittaja ei paljastanut. Kysymys siitä, olivatko ohjelman toimittaja ja vastaava toimittaja sekä ohjelmassa haastattelulausumia antanut henkilö syyllystyneet kunnianloukkausrikokseen.

Ratkaisun perusteluosiossa korkein oikeus kirjoitti täsmentäen:

22. Näitä perusoikeuksia joudutaan siten punnitsemaan vastakkain arvioitaessa rikoslain 24 luvun 9 §:n 1 momentin 1 kohdan tunnusmerkistön täyttymistä julkaistaessa tietoja yksityisestä henkilöstä, kuten tässä tapauksessa X:stä, Y:stä ja Z:sta. Tässä punninnassa on otettava huomioon muun muassa se, kuinka keskeisesti julkaistut perättömät tiedot kulloinkin koskettavat asianomaisen henkilön perusoikeuden ydinaluetta ja kuinka välttämättömänä sananvapauteen puuttumista on tästä syystä pidettävä. Silloin, kun kunnianloukkausasian asianomistajaan kohdistuvan rikollista tai muuten yleisesti paheksuttavaa menettelyä koskevan väitteen paikansapitävyyttä ei ole kiistattomasti osoitettu, tulee lisäksi arvioitavaksi, mitä tällaisen tiedon tai vihjauksen tueksi esitettäviltä perusteilta voidaan edellyttää. Tällöin on huomioon otettava X:n, Y:n ja Z:n kannalta myös se, että ihmisoikeussopimuksen 6 artiklan 2 kohdan ja KP-sopimuksen 14 artiklan 2 kohdan mukaan jokaista rikoksesta syytettyä on pidettävä syyttömänä, kunnes hänen syyllisyytensä on laillisesti näytetty toteen. Säännöksistä ilmenevään syyttömyysolettamaan on kiinnitetty huomiota esimerkiksi Korkeimman oikeuden ratkaisussa KKO 2004:136 (kohta 24) ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisussa *Hacquemand v. Ranska* 30.6.2009.

Perusoikeuksien soveltamisen konstruktiivisuus näkyy siinä, miten tuomioistuin pyrkii ratkaisussa sovittamaan yhteen kaksi vahvasti arvo- ja tilannesidonnaista argumenttia, tiedotusvälineiden sananvapauden ja henkilön kunnian suojan. Sovellettaviksi tulevat rikosoikeudellinen syyttömyysolettama, tulkintaopillinen konventio perusoikeuksien tehokkaimmin suojatusta ydinalueesta⁷⁵ ja arvio siitä, miten välttämättömänä sananvapauteen puuttumista tässä tapauksessa pidetään. Sama vahvasti konstruktiivinen perustelurakenne toistuu esimerkiksi korkeimman oikeuden ratkaisussa KKO 2010:39, jossa oli kyse sananvapauden ja yksityisyyden suojan suhteesta:

⁷⁵ Oppi perusoikeuksien ydinalueesta edellyttää tietenkin myös ei-ydinalueen eli reuna-alueen tai reunavyöhykkeen olemassaoloa. Ajatus tulee hyvin lähelle H. L. A. Hartin oikeudellista tulkintateoriaa, vaikka Hartiin valtiosääntöoikeusoppineet eivät tässä yhteydessä juurikaan viittaa. Hart käytti tässä yhteydessä termejä *the core of settled meaning* (= merkityksen vakiintunut ydinalue) ja *the penumbra of doubt* (= tulkinnanvarainen reunavyöheke). Hart 1961, s. 124–132.

Kysymys pääministerin entisen seurustelukumppanin ja kirjan kustannusyhtiön edustajan syyllistymisestä yksityiselämää loukkaavaan tiedon levittämiseen sillä perusteella, että seurustelusuhdetta käsittelevässä kirjassa oli esitetty pääministerin yksityiselämää koskevia tietoja ja vihjauksia.

Perusteluosiossa korkein oikeus muun ohella totesi:

10. Mainittu rangaistussäännös osaltaan suojaa henkilön yksityiselämää perusoikeutena, jota turvataan perustuslain 10 §:ssä sekä Euroopan ihmisoikeussopimuksen 8 artiklassa. Rangaistussäännöksen tulkinnassa on kuitenkin otettava huomioon myös toisen perusoikeuden, sananvapauden, suoja, jota turvaa perustuslain 12 § ja Euroopan ihmisoikeussopimuksen 10 artikla. Rangaistussäännöstä sovellettaessa mainitut perusoikeudet ovat siten vastakkain, mikä on myös otettu huomioon jo säännöksen sisällössä. Korkein oikeus on ratkaisuisaan KKO 2005:82 ja 2006:20 todennut, että sananvapaus ei oikeuta kunnian tai yksityiselämän loukkausta eikä muutakaan oikeuden väärinkäyttöä ja että näillä perusoikeuksilla ei ole yleisellä tasolla keskinäistä etusijajärjestystä. Yksityiselämän suoja ja sananvapaus on siten pyrittävä sovittamaan yhteen ja toteuttamaan rinnakkain. Tämä oikeuksien punninta on tapauskohtaista, ja siinä on otettava huomioon se, kuinka keskeisesti julkaistut tiedot koskettavat asianomaisen yksityiselämän ydinaluetta ja kuinka välttämättömänä sananvapauteen puuttumista on tästä syystä pidettävä.

Jälleen korkein oikeus pyrkii vakauttamaan arvoperustaisten, aidosti tilannesidonnaisiksi miellettyjen juridisten konstruktoiden punnintaa ja yhteensovittamista tukeutumalla *metatason* opillisiin konventioihin, jotka otaksuttavasti lisäävät oikeudellisen harkinnan yleistettävyyttä ja vakioitavuutta: syyttömyysolettama, ajatus perusoikeuksien ydinalueesta sekä arvio siitä, miten välttämättömänä sananvapauteen puuttumista tapauksessa pidetään. Tämä konstruktiivinen tulkintaopin kaanon tuntuu vakiintuneen eräänlaiseksi perusoikeuksien määritelmällisen tilannesidonnaisuuden vastapainoksi.

5 IT TAKES TWO TO TANGO!

Juristille merkityksellinen tieto oikeusjärjestyksestä on *normatiivis-konstruktivistista*: tietoa opillisista konventioista, jotka lukitsevat tulkinnalle ja systematisoinnille välttämättömän ajatuksellisen koordinaatiston. *Oikeusnormit* ovat oikeudellisen päättelyn avulla johdettavissa institutionaalisista

ja yhteisöllisistä oikeuslähteistä. Ne perustuvat ensisijaisesti lainsäätäjän, tuomioistuinten ja muiden viranomaisten institutionaalsiin päätöksiin yleisten säädösten ja yksittäistapauksellisten soveltamisratkaisujen merkityksessä. *Juridiset konstruktio* ovat oikeustieteessä eli oikeuskirjallisuudessa kehitettyjä oikeudellisia konventioita (oppirakennelmia, doktriineja), jotka saattavat merkittävästikin irtautua muiden tieteenalojen, filosofian tai yleiskielen ja arkikokemuksen tavoista hahmottaa maailmaa.

Määrittelin edellä juridisen konstruktion seuraavasti:

Juridinen konstruktio eli oikeudellinen doktriini on (a) käsitteellistetty eli kielen termien (käsitteiden) ja lauseiden avulla ilmaistu (b) opillinen konventio, joka (c) määrittelee ja muotoaa oikeudellista ontologiaa ja aksiologiaa eli maailmassa vallitsevia tai ainakin mahdollisia yhteiskunnallisia asiantiloja ja arvoja paremmin oikeudellista tiedonintressiä vastaaviksi eli yhteisöllisesti hyväksyttäviksi, oikeudellisesti toimiviksi ja tarkoituksenmukaisiksi sekä yhteiskunnallisen tehtävänsä moitteettomasti täyttäväksi, (d) voi olla molemminpuolisessa vuorovaikutussuhteessa muiden tieteenalojen eli luonnontieteiden, ihmis- ja yhteiskuntatieteiden ja filosofian opillisten mallien ja konventioiden sekä yleiskielen ja arkikokemuksen käsitysten ja uskomusten kanssa, ja (e) jonka avulla voidaan toteuttaa yhdessä oikeusjärjestyksen käsittämien oikeusnormien kanssa oikeusvaikutuksia.

Oikeuden soveltaminen edellyttää oivallusta sekä oikeudellisten konventioiden rakenteellisista ominaisuuksista että niiden vuorovaikutuksesta erilaisten ei-oikeudellisten konstruktioiden kanssa. Oikeudellisten konstruktioiden vuorovaikutus voi johtaa joko oikeudellisen yhdistelmäkonstruktion syntyyn tai sellaisen hajottamiseen/hajauttamiseen.

Oikeudellinen konstruktio on *yhdistelmäkonstruktio*, jos se vuorovaikutussuhteessa toisten tieteenalojen tai filosofian opillisten mallien ja konventioiden tahi yleiskielen ja arkikokemuksen omaksumien käsitysten ja uskomusten kanssa on sulauttanut niistä itseensä aineksia ja jos sanottu oppirakennelma tuon prosessin jälkeen arvioidaan aiempaa paremmin toimivaksi oikeudellisen sääntelyn instrumenttina. Ennalta-arvattava eli adekvaatti kausaliteetti, vähentynyt syyntakeisuus, prosessioikeudellinen totuuskäsitys ja rikosoikeudellinen tahallisuus, samoin kuin ”murtautuminen” rikosoikeudellisena käsitteenä ja ”perhe” tai ”puoliso” turvapaikkaoikeuden käsitteenä, ovat esimerkkejä oikeudellisista yhdistelmäkonstruktioista.

Toiseksi konstruktio on hajotettu tai hajautettu eli *dekonstruoitu*, jos se vuorovaikutuksessa ei-oikeudellisten mallien tai konventioiden kanssa on rikottu, purettu, deformatoitu ja palautettu takaisin jonkin toisen tieteenalan yhteyteen, eikä se sen vuoksi enää kykene tyydyttävällä tavalla täyttämään

sille osoitettua oikeudellista tehtävää. Antamassaan prejudikaatissa KKO 2013:6 korkein oikeus hajotti opillisen konstruktion ”poliisin virkamerkki”, eikä poliisin virkamerkki tuon ratkaisun jälkeen enää toimi vain poliisin virka- ja käskyvallan osoittajana, vaan sillä voi olla myös ” muita tehtäviä”, niin kuin korkein oikeus antamassaan ratkaisussa epämääräisesti linjasi.

Kolmanneksi tuomioistuin voi omaksua jonkin toisen tieteenalan opillisen konvention tai mallin sellaisenaan, ilman mitään erityisiä oikeudellisia muunnoksia, osana oikeudellista argumentaatiota. Näin tapahtui venäläinen ruletti -tapauksessa (KKO 2013:82), jossa korkein oikeus sovelsi tilastomatemattista todennäköisyysoppia sellaisenaan osana rikosoikeudellista todennäköisyyttä. Tavallaan ratkaisussa on samalla kyse myös rikosoikeudellisen tahallisuuskonstruktion osittaisesta hajottamisesta eli dekonstruktiosta, kun sanottu opillinen konstruktio on tuon ratkaisun tarkoittamien muutosten jälkeen arvostelulle altis eikä enää toimi kaikin osin tyydyttävästi.⁷⁶

Neljäs vaihtoehto on ratkaisun perustuminen puhtaasti oikeudelliseen konstruktiioon esimerkiksi sopimuskonstituution (KKO 2010:23 & KKO 2011:43), oikeusvaltion, oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin tai rikosoikeudellisen itsekriminointisuojan (KKO 2009:80/Uoti; KKO 2010:41/Huhtamäki) täsmentämisen merkityksessä.

Tavallaan viides vaihtoehto oikeudelliselle yhdistelmäkonstruktiolle, dekonstruktiolle, toisen tieteenalan opillisen konvention omaksumiselle sellaisenaan sekä puhtaasti oikeudellisen konstruktion hyödyntämiselle on tuomioistuinprosessin ja samalla oikeudellisen interferenssin keskeytyminen ilman, että se johtaisi mihinkään edellä mainituista vaihtoehdoista. Näin tapahtui korkeimman oikeuden ratkaisussa KKO 2008:94 (Tanner), jossa korkein oikeus päätteli, ettei se nimenomaisen valtuuttavan oikeussäännöksen puuttuessa ollut toimivaltainen käsittelemään ministeri Tannerin sotasyllisyystuomion purkamiseksi tehtyä hakemusta. Ylivertainen (ääri-) legalistinen sanarajaperiaate esti purkuhakemuksen tutkittavaksi ottamisen, eikä minkäänlaista oikeudellista vuorovaikutusprosessia voinut tapahtua.⁷⁷

Semantiikan näkökulmasta tuomioistuinratkaisun perusteluissa on keskeistä yhtäältä normeja ja konstruktioita hyödyntävien oikeudellisten perustelulauseiden oikea *kohdentuvuus* jutun varsinaiseen oikeuskysy-

⁷⁶ Viittaan täältä osin edellä tekstissä pohdittuun hypoteettiseen tilanteeseen, jossa tekijä olisikin sijoittanut kuuden luodin panosrullaan kaksi tai kolme luotia yhden luodin sijaan. Tällöinkään ei kyse olisi ollut tahallisen henkirikoksen yrityksestä korkeimman oikeuden prejudikaatissa asettamien ehtojen alaisuudessa. Tilannetta on arvioitu kriittisesti myös Ruotsin oikeuskirjallisuudessa.

⁷⁷ Klemetti 2014, s. 75–95. Sanarajaperiaate on oikeammin tulkintaopillinen sanarajakonstruktio.

mykseen (*ekstensio*), toisaalta riittävä syvyys eli se täsmällisyys, tarkkuus, selkeys ja yleisyys/yksityiskohtaisuus tavassa, jolla ne tuota kohdettaan kuvaavat (*intensio*). Oikein kohdentuneet ja riittävän syvät eli toimivat ja tarkoituksenmukaiset perustelulauseet ovat ratkaisun *avainpremisestä*. Virheellisesti kohdennetut tai syvyydeltään riittämättömät perustelulauseet, jotka eivät tavoita jutun varsinaista oikeuskysymystä vaan joko menevät sen ”ohi” (= ekstension puutteet) tai ovat jutun oikeudellisen lopputuloksen kannalta tarpeettomia tai jopa harhaanjohtavia (= intension puutteet), ovat ratkaisun *hukkapremissejä*. Perustelujen osana voi olla myös puuttuvia, piileviä tai torjuttuja normeja tai konstruktioita. *Puuttuva* premissi on normi tai konstruktio, jonka tulisi olla ratkaisun avainpremissinä mutta joka siitä puuttuu. *Piilevä* premissi on normi tai konstruktio, jota tuomioistuimien tosiasiallisesti hyödyntänyt ratkaisupremissinä mutta jota se ei ole jostain syystä kirjoittanut perusteluissa näkyviin.⁷⁸ *Torjuttu* premissi on normi tai konstruktio, jota tuomioistuimien ensin ratkaisupremissinä harkinnut mutta on sitten sysännyt sen sivuun ja jättänyt tapauksessa soveltamatta, sen joko tietoisesti torjuen tai vain unohtaen sen merkityksen jutussa.

It Takes Two to Tango! – oikeudellinen tieto on aina normatiivis-konstruktivistista, ja oikeudellinen ratkaisu on perusteltavissa vain oikeusnormien ja oikeudellisten konstruktioiden avulla.

⁷⁸ Juha Pöyhönen (sittemmin Karhu) tosin kerran huomautti, että (juridista) tekstiä pitää osata lukea myös ”rivien välistä”.

LÄHTEET

- Alchourrón, Carlos E. – Bulygin, Eugenio, *Normative Systems*. Springer-Verlag 1971.
- Alexy, Robert, *A Theory of Constitutional Rights*. Translated by Julian Rivers. Second edition. Oxford University Press 2002.
- Alexy, *Theorie der Grundrechte*. Nomos 1985.
- Berger, Peter L. – Luckmann, Thomas [1966], *Todellisuuden sosiaalinen rakentuminen. Tiedonsosiologinen tutkielma*. Suomentanut ja toimittanut Vesa Raiskila. Jälkisanat Tapio Aittola ja Vesa Raiskila. Gaudeamus 1994. (Alkuteos: *The Social Construction of Reality: A Treatise in the Sociology of Knowledge*.)
- Bickenbach, Jerome E., *The "Artificial Reason" of the Law*. *Informal Logic* 12(1):1990, s. 23–32.
- Brusiin, Otto, *Tuomarin harkinta normin puuttuessa*. Suomalainen Lakimiesyhdistys 1938.
- Carnap, Rudolf, *Meaning and Necessity. A Study in Semantics and Modal Logic*. Second edition. University of Chicago Press 1988.
- Del Mar, Maksymilian – Twining, William (eds), *Legal Fictions in Theory and Practice*. Springer Verlag 2015.
- Dworkin, Ronald, *Law's Empire*. Fontana Masterguides 1986.
- Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*. With a New Appendix: A Response to Critics. Harvard University Press 1978.
- Foucault, Michel, *Les Mots et les choses. Une Archéologie des Sciences Humaines*. Gallimard 1966.
- Foucault, Michel, *L'Archéologie du savoir*. Gallimard 1969.
- Fuller, Lon L., *Legal Fictions [1930–1931]*. Stanford University Press 1967.
- Hart, H. L. A., *Positivism and the Separation of Law from Morals*, s. 49–87 teoksessa H. L. A., Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Clarendon Press 1983.
- Hart, H. L. A., *The Concept of Law*. Clarendon Press 1961.
- Hart, H. L. A., *Punishment and Responsibility*. *Essays in the Philosophy of Law*. Oxford University Press 1968.
- den Hartogh, Govert, *Mutual Expectations. A Conventionalist Theory of Law*. Kluwer Law International 2002.
- Hohfeld, Wesley Newcomb, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*. Yale University Press 1964.
- Kelsen, Hans, *Allgemeine Theorie der Normen*. Im Auftrag des Hans Kelsen Instituts aus dem Nachlass. Manz Verlag 1979.
- Kelsen, Hans, *General Theory of Norms*. Translated by Michael Hartney. Oxford University Press 1991.
- Klemetti, Sanna-Maria, *Oikeudellisten konstruktioiden kinetiikka*. Rakennanalyttinen tutkimus. Itä-Suomen yliopisto 2014.
- Lagerspetz, Eerik, *A Conventionalist Theory of Institutions*. *Acta Philosophica Fennica* 1989.
- Lewis, David [1969], *Convention. A Philosophical Study*. Blackwell, 2002.
- Llewellyn, Karl, *The Bramble Bush. On Our Law and Its Study*. Oceana Publications 1991.
- MacCormick, Neil – Weinberger, Ota, *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*. D. Reidel Publishing Company 1986.

- Malcolm, Norman, Ludwig Wittgenstein. A Memoir. With a Biographical Sketch by Georg Henrik von Wright. Second Edition, with Wittgenstein's Letters to Malcolm. Oxford University Press 2001.
- Morawetz, Thomas, Law as Experience: The Internal Aspect of Law, s. 195–234 teoksessa Thomas Morawetz, Law's Premises, Law's Promise. Jurisprudence after Wittgenstein. Ashgate 2000.
- Moscovitz, Leib, Rabbinic Legal Fictions, s. 325–346 teoksessa Maksymilian Del Mar – William Twining (eds), Legal Fictions in Theory and Practice. Springer Verlag 2015.
- Pöyhönen, Juha, Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu. Suomalainen Lakimiesyhdistys 1988.
- Rawls, John, Two Concepts of Rules. The Philosophical Review 64(1):1955, s. 3–32.
- Schütz, Alfred [1932], Sosiaalisen maailman merkityksenkäs rakentuminen. Johdatus ymmärtävään sosiologiaan. Johdatus ja suomennos Veikko Pietilä. Jälkisanat Tapio Anttila. Vastapaino, 2007.
- Searle, John R., The Construction of Social Reality. The Penguin Press 1995.
- Siltala, Raimo, Kaarle Makkonen ja Ludwig Wittgenstein: oikeudellinen isomorfia Wittgensteinin *Tractatus Logico-Philosophicus* -teoksen valossa arvioituna, s. 389–421 teoksessa Tapani Lohi – Erkki Havansi – Risto Koulu – Heidi Lindfors (toim.), Kaavoitus, rakentaminen, varallisuus. Juhlajulkaisu Vesa Majamaa 1945–28/12–2005. Edita 2005.
- Tuomela, Raimo, The Philosophy of Social Practices. A Collective Acceptance View. Cambridge University Press 2002.
- Tuomela, Raimo, The Philosophy of Sociality. The Shared Point of View. Oxford University Press 2010.
- von Wright, Georg Henrik, A Biographical Sketch, s. 3–20 teoksessa Norman Malcolm, Ludwig Wittgenstein. Oxford University Press, 2001.
- Wittgenstein, Ludwig, Notebooks 1914–1916. Second edition. Edited by G. H. von Wright and G. E. M. Anscombe, with an English translation by G. E. M. Anscombe. Index prepared by E. D. Klemke. Basil Blackwell 1961, 1979; University of Chicago Press 1984.
- Wittgenstein, Ludwig [1922], *Tractatus Logico-Philosophicus*. Translated by C. K. Ogden, with an Introduction by Bertrand Russell. Routledge & Kegan Paul 1986.

OIKEUSTAPAUKSET

Korkein oikeus

KKO 2003:124
KKO 2006:99
KKO 2008:94
KKO 2009:80
KKO 2010:23
KKO 2010:39
KKO 2010:41
KKO 2010:49
KKO 2011:1
KKO 2011:93
KKO 2012:16
KKO 2012:66
KKO 2012:11
KKO 2013:6
KKO 2013:82
KKO 2017:74

Korkein hallinto-oikeus

KHO 2012:75

”... NOT BY NATURAL REASON BUT BY THE ARTIFICIAL REASON AND JUDGMENT OF LAW”

In the modern Finnish legal literature, Aulis Aarnio’s definition of legal reasoning as the art of legal interpretation and systematization, with focus on legal norms of the prevalent legal order, is widely acknowledged and approved. Still, as I see it, Aarnio’s scholarly stance is but a half of the whole story, since the impact of legal doctrines (constructions, conventions) on legal argumentation is now missing. *It Takes Two to Tango!* – and the same goes for legal reasoning, too. The art of legal reasoning requires a synchronized play of two distinct elements: legal norms, as enacted by the legislator and subsequently enforced by the courts of justice or other officials, and a set of legal doctrines, as created and elaborated by the legal scholars. Nevertheless, in modern legal literature, legal doctrines are most often seen as mere fictions, as notably exemplified by Lon L. Fuller’s *Legal Fictions*, Hans Vaihinger’s *Die Philosophie der Als-Ob*, Juha Pöyhönen’s dissertation on Finnish contract law *Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu*, and the authors of the collective work *Legal Fictions in Theory and Practice*, edited by Maksymilian Del Mar and William Twining (2015). Yet, the voluminous set of legal doctrines, constructions or institutions available for the judges and other lawyers, such as marriage, contract, fair trial, the rule of law, criminal intent or negligence, the protection against self-incrimination, and state sovereignty, are definitely not fictions, comparable to the fairy tales and fables that are commonly read as bedtime stories for children. Rather, they are legal conventions or doctrines among the legal community, as insightfully apprehended by Sir Edward Coke at the beginning of the 17th century:

”In 1607, Chief Justice Sir Edward Coke related that he greatly offended James I when he insisted that the King should not be allowed to adjudge a legal case. Though it is true, Coke wrote, that ’God had endowed His Majesty with excellent science, and great endowments of nature...’ still ’his Majesty was not learned in the laws of his realm of England, and causes which concern the life, or inheritance, or goods, or fortunes of his subjects, are not to be decided by natural reason but by the artificial reason and judgment of law, which law is an art which requires long study and experience, before that a man can attain to the cognisance of it.’”

As a consequence, any contested legal issue is to be decided not by natural reason, owned by all men, but by the artificial reason and judgment of law, as achieved through lengthy legal studies and gained experience

in the legal matters, as Coke put it in his dispute with King James I. Yet, ever since Coke's insight into the heart of legal reasoning, the true nature of such conventions seems to have been forgotten by the lawyers and philosophers alike, as the case with Fuller, Vaihinger, Pöyhönen, and Del Mar and Twining amply illustrates.

In light of several precedents drawn from the case file of the Finnish Supreme Court of Justice, I argue for the decisive impact of legal constructions in legal reasoning. I define a legal doctrine (construction, convention) as follows:

"A legal doctrine is (a) community-based convention, (b) expressed in linguistic terms (concepts) and sentences, (c) to the effect of defining and shaping the legally pertinent facts and values, i.e. the ontology and axiology of law, so that they will better satisfy the legal needs and interests involved, in the sense of providing the facts and values with a sense of enhanced societal approval, legal functionality, and collective acceptance, (d) which may act in mutual interaction with the models and conventions of the other branches of science and human knowledge (i.e. the natural sciences, the human and the social sciences, philosophy) and the common knowledge and know-how entailed in the everyday practices of social life, and (e) which may effectively produce legal effects, when combined with the valid legal norms of a legal order.

Legal norms and legal doctrines both play a significant part in legal reasoning, but how can we distinguish legal doctrines from legal norms? A legal norm consists of a legal fact-description and a set of legal consequences (effects) that are deontically attached to them. According to Wesley Newcomb Hohfeld's analysis, the deontic modality of a legal norm may take one of the four alternatives available, each with differentiated legal effects: claim rights/duties, privileges/'no-rights', power/liability, or immunity/disability. The first two conceptual pairs are based on norms of conduct and the latter two on power-conferring norms. Legal norms are enacted by the legislator and enforced by the courts of justice and other officials, and they may be identified with reference to H. L. A. Hart's rule of recognition or some similar source-based criterion of rule-identification. Legal doctrines, in turn, do not comprise any specific legal fact-description, nor do they normatively attach any legal effects to some individual state of affairs in the world. In addition, they are not enacted by the legislator, nor enforced by the courts and officials but are created and further elaborated by the legal community. Also, their existence is based on a sense of approval at the legal community concerned, plus their overall functionality in addressing the legal issues concerned.

The linguistic ingredient of a legal doctrine comprises the extension and intension of its individual concepts and sentences, as outlined by Rudolf Carnap and Gottlob Frege in their model of analytical semantics. The extension of a legal doctrine is determined by how well it covers its intended reference in the world of legally significant facts and values. If the legal doctrine presented in a court decision duly addresses and covers the right legal issue of the case at hand, that signifies a success in the extension of a legal concept, sentence, or doctrine, and a failure signifies a ”misfire” or miscarriage in that respect. The intension of a legal doctrine, in turn, is determined by how satisfactorily it fulfils that task, judged from the point of view of its semantic clarity/ambiguity, exactness/vagueness, and the abstract/detailed characteristics.

The conventional character of a legal doctrine binds it to the mind-set of mutual expectations and co-operative dispositions of the individuals involved, as laid down by Govert den Hartogh and Eerik Lagerspetz: ”A knows that B knows that A knows, etc. (...) that when A and B are both approaching the same crossroads, B is coming from behind a traffic sign post that places him under an obligation to stop, while A is entitled to drive through the crossroads first”. Alternatively but with a somewhat less convincing outcome, such conventionality may be seen as an instance of collective ”we-intentionality”, as defined by John R. Searle and Raimo Tuomela. Due to the frequent presence of conflicting or colliding interests in the legal matters, the former alternative would seem far more realistic here.

In mutual interaction with the scientific models and conventions of the other branches of scientific inquiry, it is a commonplace that the facts and values provided and/or produced by the other fields scientific inquiry, philosophy, or the common practices of everyday life first need to be somehow altered or modified, i.e. by either adding something to them or leaving something out of concern, so as to better satisfy the specific legal needs and interests involved. The outcome of such an interaction may be called a combined legal construction, if it comprises elements from both non-legal and legal conventions. For instance, there is adequate, foreseeable causality in the legal context, rather than the more exact *conditio sine qua non* or *conditio per quam* criterion that is utilized in philosophy and the natural sciences; there is criminal intent (*dolus*) and negligence (*culpa*) in criminal law, rather than the notion of a subject’s intention or will-formation as in psychology, philosophy, and the cognitive studies; there still is the possibility of diminished legal responsibility in criminal law, if the mental capabilities of an offender are significantly weakened but not totally absent, while in modern psychiatry, such a legal notion is not unanimously acknowledged; there are consequential, or collateral, damages

acknowledged and differentiated from direct damages in tort law, rather than an unbroken chain of causes and effects as in physics and the other natural sciences; there is the procedural conception of truth in law, rather than the conception of truth as the correspondence of facts and belief as in philosophy, and so on, to the effect of distinguishing the legal world-view from the one provided by the non-legal branches of human knowledge.

Most often the effected interaction between a non-legal and a legal construction leads to a combined legal construction, in which some key elements of a non-legal construction are incorporated into a legal one in a somehow modified form so as to better match with the legal interests involved. Yet, there are other possible outcomes for such an interaction, as well. Sometimes such an interactive play between two constructions may lead to the deformation, or disintegration, of a previously well-functioning legal convention. Thus, in its ruling KKO 2013:6, the Supreme Court effectively demolished the effects attached to (the act of displaying) the police officer's badge. Before, the badge served as a clear indication that the person displaying it was a police officer in duty, to the effect that not obeying the orders issued by him or her would equal a case of criminally sanctioned insubordination by the citizen involved. After the Court ruling, there is no such link anymore. Thirdly, a non-legal scientific model or convention may sometimes be adopted as such, to the effect of serving as the basis of legal reasoning quite unmodified. Such was the case in KKO 2013:82 in which the Court made use of a purely statistical notion of probability without any legal modifications when it defined the requirement of criminal intent in a situation where the offender had subdued the non-consensual victim into the game of Russian roulette (while, according to the Court, such an exploit was not seen as attempted homicide because of lack of criminal intent on behalf of the offender, due to the low degree of statistical probability involved). Finally, there are several operative legal constructions that are of purely legal origin, i.e. invented within the legal community. For instance, the notion of fair trial and the protection against self-incrimination as part of it, state sovereignty, the rule of law, and the notion of a valid contract are such legal constructions.

The justificatory premises of a court decision are composed of two constitutive elements: (a) legal norms, as enacted by the legislator and then enforced by the courts of justice and other officials, and (b) legal doctrines (i.e. conventions, constructions), as created and elaborated by the scholars of the legal community concerned. The semantic characteristics of a legal doctrine adopted in a court decision have a decisive impact on how well it may succeed in reaching its goals in terms of basic legality, societal approval, legal functionality, and collective acceptance of the decision.

As far as legal constructions are concerned, one with an extension that properly captures the contested legal issue at hand and with an intension that outlines it in such linguistic terms as endowed with a proper level of clarity/ambiguity, exactness/vagueness, and the abstract/detailed characteristics is to be aspired for. Thus, a legal premise, or a set of premises, of a court decision that fully satisfies the criteria of societal approval, legal functionality, and collective acceptance may be called a key premise for that court decision. In turn, an individual premise, or a set of premises, for a court decision that somehow falls short of reaching such goals in terms of semantic extension and/or intension may be called a case of ”misfire” or ”abuse” of such legal reasoning. For instance, the Supreme Court ruling KKO 2013:6, in which the Court effectively deconstructed the legal effects attached to (the act of displaying) a police officer’s badge, is an example of such a misfire of legal reasoning. Moreover, a legal norm or legal construction may serve as a concealed premise for a legal decision if the court for some reason refuses to openly write it down in its reasoning for a particular outcome, even though the said argument evidently has assisted as a key premise for the outcome reached. A missing premise for a court decision is one that is missing from the court’s line of reasoning even though it ought to be there, serving as a key premise for the outcome reached. A rejected premise is one that the court has first considered as a valid argument but for some reason has then rejected it.

It Takes Two to Tango! – and the same goes for legal reasoning which requires a synchronized play of two distinct elements: legal norms, as enacted by the legislator and as enforced by the courts of justice or other officials, and legal doctrines, as created and collectively elaborated by the of legal scholars.

Tuukka Vähätalo

**EUROOPAN
IHMISOIKEUSSOPIMUKSEN
LOUKKAUS JA KANSALLISEN
TUOMION LOPULLISUUS**

Sisällys

1	JOHDANTO	313
1.1	Tutkimustehtävästä, sen rajauksista ja artikkelin rakenteesta... 313	
1.2	Metodeista ja käytetyistä käsitteistä.....	315
2	EIT:N LANGETTAVAN TUOMION VAIKUTUKSET, TUOMIOIDEN TÄYTÄNTÖÖNPANO JA TUOMIONPURKU OSANA TÄYTÄNTÖÖNPANOAA	316
2.1	Kansainvälisen oikeuden lähtökohdat.....	316
2.2	Euroopan ihmisoikeussopimus	320
3	EIT:N JA MINISTERIKOMITEAN ROOLEISTA	326
3.1	Aluksi.....	326
3.2	EIT:n rooli.....	327
3.3	Ministerikomitean rooli	334
4	TUOMIONPURUN ROOLISTA ERÄIDEN IHMISOIKEUSLOUKKAUSTEN KORJAAMISESSA JA LOPETTAMISESSA	343
4.1	Yleisesti ihmisoikeusloukkauksen korjaamisesta ja lopettamisesta.....	343
4.2	Oikeudenmukainen oikeudenkäynti (6 artikla).....	345
4.2.1	Restitutio in integrum.....	345
4.2.2	Lopettamisvelvollisuus	348
4.3	Rikosoikeudellinen laillisuusperiaate (7 artikla)	348
4.3.1	Restitutio in integrum.....	348
4.3.2	Lopettamisvelvollisuus	349
4.4	<i>Ne bis in idem</i> -kielto (7. lisäpöytäkirjan 4 artikla)	350
4.4.1	Restitutio in integrum.....	350
4.4.2	Lopettamisvelvollisuus	353
4.5	Yksityis- ja perhe-elämän suoja (8 artikla).....	354
4.5.1	Restitutio in integrum.....	354
4.5.2	Lopettamisvelvollisuus	356
4.6	EIS 9–11 artiklan vapausoikeudet.....	356
4.6.1	Restitutio in integrum.....	356
4.6.2	Lopettamisvelvollisuus	358
4.7	Omaisuudensuoja (1. lisäpöytäkirjan 1 artikla)	358

5	TUOMIONPURUN ONGELMIA	359
6	TUOMIONPURKU SOPIMUSVALTIOTASOLLA	362
6.1	Kansainvälisen ihmisoikeussopimuksen ja kansallisen oikeusjärjestyksen niveltymisestä	362
6.2	Tuomion purkamisen tai poistamisen muodolliset edellytykset	371
6.3	Tuomion purkamisen tai poistamisen aineelliset edellytykset	377
6.3.1	Aluksi	377
6.3.2	Ilmeisesti väärää lainsoveltamista koskeva purkuperuste	378
6.3.3	Uutta seikkaa koskeva purkuperuste	380
6.3.4	Kanteluperusteet	382
6.3.5	Mahdollinen <i>lex specialiks</i> en tarve	383
6.4	Purkuproblematiikkaan liittyviä erityiskysymyksiä	384
6.4.1	Aineelliset vanhentumisajat	384
6.4.2	Kansallisen vastapuolen hallussa jo olevat varat	385
6.4.3	Oikeus vahingonkorvaukseen todetun ihmisoikeusloukkauksen perusteella?	387
7	EIT:N TUOMION TÄYTÄNTÖÖNPANON RIITTÄMÄTTÖMYYS	389
7.1	EIS 46(4) artiklassa tarkoitettu rikkomusmenettely	389
7.2	Samaan asiakokonaisuuteen liittyvän uuden valituksen tutkiminen	390
7.2.1	Aluksi	390
7.2.2	Oikeuskäytäntöä	391
7.2.3	Arviointia	399
8	RINNAKKAISTAPAUKSET SEKÄ YHDENVERTAISUUTTA JA OIKEUSKÄYTÄNNÖN DYNAAMISUUTTA KOSKEVAT ARGUMENTIT TUOMIONPURUSSA	402
8.1	Mahdolisesta purkuvelvollisuudesta rinnakkaistapauksissa	402
8.2	Yhdenvertaisuus- ja taannehtivuusargumentit	404
9	YHTEENVETO	407
	LÄHTEET	411
	OIKEUSTAPAUKSET JA VALVONTAKÄYTÄNTÖ	417
	LYHENTEET	423
	A VIOLATION OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS AND THE FINALITY OF NATIONAL JUDGMENTS	424

Euroopan ihmisoikeussopimuksen loukkaus ja kansallisen tuomion lopullisuus

1 JOHDANTO¹

1.1 Tutkimustehtävästä, sen rajauksista ja artikkelin rakenteesta

Tässä artikkelissa tutkitaan, miten Euroopan ihmisoikeussopimus (EIS) vaikuttaa sellaisten kansallisten tuomioiden lopullisuuteen, jotka ovat ristiriidassa EIS:n aineellisten sopimusmääräysten kanssa tai ovat syntyneet EIS:n turvaamien prosessuaalisten oikeuksien vastaisessa menettelyssä. Lopullisuudella tarkoitetaan tuomioiden oikeusvoimaa, joka voidaan ylimääräisessä muutoksenhaussa murtaa.² Kansainvälisen oikeuden tasolla huomio kiinnittyy todetun sopimusloukkauksen seurauksia koskeviin oppeihin ja niitä EIS:n järjestelmässä ilmentäviin sopimuksen 41 ja 46 artiklaan. Toisin kuin ehkä saattaisi kuvitella, sopimuksen 6 ja 13 artiklalla ei ole tutkimusteeman kannalta sanottavaa merkitystä. Oikeudenmukaista oikeudenkäyntiä koskeva 6 artikla ei takaa oikeutta ylimääräiseen muutoksenhakuun,³ eikä tällaista oikeutta edellytä myöskään tehokkaita oikeussuojakeinoja koskeva 13 artikla⁴. EIS:n järjestelmässä kansainvälisen oikeuden tasolta

1 Kiitän artikkelini aiempia versioita koskevista hyödyllisistä kommentteista Matti Peltonpäästä, Satu Heikkilää ja Pekka Haapaniemeä. Samat kiitokset kuuluvat työnohjaajilleni Tuula Linnalle ja Mikko Vuorenpäälle sekä kahdelle käsikirjoitukseni arvioineelle referelle. Jäljelle jäävistä puutteista vastaan luonnollisesti itse.

² Ks. esim. Leppänen – Välimaa 1998, s. 125; Koponen 2017, s. 3; Rautio 2017, s. 1206.

³ Ks. esim. *Bochan v. Ukraine* (no. 2) [GC] 5.2.2015, k. 44; *Moreira Ferreira v. Portugal* (no. 2) [GC] 11.7.2017, k. 60. Eri asia on, että EIS 6 artiklan takeet saattavat poikkeuksellisissa tilanteissa soveltua ylimääräisessä muutoksenhaussa, kuten viitatuista tapauksistakin ilmenee. Tämäkään ei tarkoita, että artikla sisältäisi mitään ”access”-tyyppistä oikeutta hakea muutosta lainvoimaisiin tuomioihin.

⁴ EIS 13 artiklan mukaan jokaisella, jonka EIS:ssa tunnustettuja oikeuksia on loukattu, on oltava käytettävissään tehokas oikeussuojakeino. Tarkempien toteuttamiskeinojen valinta jää kansalliselle tasolle (ks. esim. Hirvelä – Heikkilä 2017, s. 1143), mutta kyseeseen voivat tulla esimerkiksi tuomioistuinvalvonta ja siihen liitännäiset tavanomaiset

johtuva paine niiden tuomioiden lopullisuutta kohtaan, joiden johdosta on valitettu menestyksekkäästi Strasbourgiiin, on huomattavasti suurempi kuin muissa enemmän tai vähemmän samanlaisissa yksittäistapauksissa, joissa valitusta ei ole tehty (ns. rinnakkaistapaukset). Tämän vuoksi tuomionpurkua rinnakkaistapauksissa tutkitaan suppeammin kuin Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen (EIT) käsiteltäväksi saatetuissa asioissa. EIT:een viedyissä asioissa tuomionpurkukysymys on hyvin relevantti, sillä EIS 35(1) artiklasta johtuu, että EIT:ssa tutkittavaksi otettavissa asioissa on jo tullut turvautua kaikkiin tehokkaisiin kansallisiin oikeussuojakeinoihin. Tämä tarkoittaa, että EIT:n tarkastelun pohjalla on yleensä nimenomaan lainvoimainen kansallinen tuomioistuinratkaisu.

Artikkeli jakautuu viiteen pääkokonaisuuteen. Ensin käsitellään kansainvälisen oikeuden tasoa eli erityisesti Euroopan neuvoston (EN) ja EIS:n kantaa siihen, mihin todettujen sopimusloukkausten on tarkoitettu sopimusvaltioissa johtavan (luvut 2–3). Tämän jälkeen tutkitaan tuomionpurun merkitystä – mihinkään tiettyyn kansalliseen oikeusjärjestykseen erityisesti ankkuroitumatta – eräiden ihmisoikeusloukkausten korjaamisessa ja lopettamisessa samoin kuin tuomionpurun mahdollisia ongelmia (luvut 4–5). Näiden aineiden pohjalta on mahdollista tarkastella sopimusvaltionäkökulmaa, mukaan lukien yhtäältä kansainvälisen ja kansallisen oikeuden niveltymisen ja toisaalta kansallinen prosessinormistomme (luku 6). Lopuksi tarkastellaan sitä, mitä keinoja on käytettävissä, jos sopimusloukkauksen lopettaminen tai korjaaminen jää riittämättömäksi (luku 7) – esimerkiksi jos tuomionpurkua, jota olisi tarvittu loukkauksen lopettamiseksi tai korjaamiseksi, ei ole myönnetty – ja sitä, miten niin sanottuihin rinnakkaistapauksiin pitäisi suhtautua (luku 8).

Siltä osin kuin tutkimus etenee sellaiselle konkreettisuusasteelle, jolla prosessilajien erot saavat relevanssia, olen joutunut käytännön syistä rajaamaan tutkimukseni rikos- ja siviiliprosessiin. Tätä sinänsä harmillista rajausta perustelee jossain määrin se, että tuomion oikeusvoimavaikutuksen vahvuuden suhteen rikos- ja siviilituomiot lienevät ”lopullisuuden kovaa ydintä” (jos kohta juuri Suomessa myös hallintopäätöksillä ja niiden oi-

muutoksenhakekeinot. Kun tällaiset muutoksenhakekeinot tai muut tehokkaiksi katsottavat oikeussuojakeinot on käytetty, niiden tuloksiin tyytymätön henkilö voi EIS 35(1) artiklan mukaisesti valittaa EIT:een. Henkilön ei lähtökohtaisesti tarvitse turvautua ylimääräiseen muutoksenhakuun, vaikka sellaisesta olisi kansallisesti säädetty (poikkeuksena ks. esim. Nikula v. Finland (dec.) 30.11.2000). Toisin sanoen ylimääräistä muutoksenhakekeinoa ei yleensä pidetä tehokkaana oikeussuojakeinona silloinkaan, kun sellainen on tarjolla. Mikäli 13 artikla edellyttäisi ylimääräisen muutoksenhakekeinon tarjoamista – mikä siis ei ole tilanne – tällöin sanottu keino tulisi samalla korotetuksi sellaisen tehokkaan oikeussuojakeinon asemaan, jonka käytön laiminlyönti estäisi myös valituksen saamisen EIT:n tutkittavaksi.

keellisuutta tutkivilla lainkäyttöratkaisuilla on lähtökohtaisesti kyky sääntää oikeusvoimaan rinnastuva sitovuus- ja pysyvyysvaikutus⁵). Rajaus ei tarkoita, etteikö tutkimukseni yleisemmistä osuuksista voisi olla hyötyä myös hallintolainkäytössä.

Toinen rajaus koskee EIT:n niin sanottuja pilottituomioita⁶, joiden erilliseen käsittelyyn en näe tarvetta. Käsitykseni mukaan EIT:n tuomion pilottiluonne ei sinänsä lisää eikä vähennä tarvetta arvioida, mitä yksilöä koskevia toimia EIT:n tuomion täytäntöönpanemiseksi tarvitaan ja kuuluuko tuomionpurku mahdollisesti niihin. Tuomion pilottiluonne saisi tuomionpurun kannalta erityismerkitystä lähinnä silloin, kun juuri ylimääräisen muutoksenhakukeinon luominen osoittautuisi soveliaaksi osaksi käsillä olevan, suurta henkilömäärää koskevan ihmisoikeusongelman korjaamista.

Kolmas asia, jota haluan painottaa – vaikkei kyseessä ole varsinainen rajaus – on se, ettei pääasiallinen tiedonintressini kohdistu siihen, millaisia purkuratkaisuja juuri Suomessa on tehty. Artikkelissa ei esimerkiksi pyritä arvioimaan suomalaisten purkuratkaisujen ”oikeellisuutta”, vaikkakin kansallista oikeuskäytäntöä hyödynnetään yleisempien kysymysten konkretisoinnissa.

1.2 Metodeista ja käytetyistä käsitteistä

Kantavana tavoitteenani on tunnistaa ja systematisoida tutkimusaiheen kannalta relevantteja oikeusnormeja kansainvälisen oikeuden tasolla, tarkastella näiden normien niveltymistä kansalliseen oikeuteen sekä tutkia tuomionpurun merkitystä ja ongelmia ihmisoikeusloukkausten yhteydessä yleisellä tasolla. Sanottuun nähden vasta toissijaisena tavoitteena on esittää konkreettisia tulkintasuosituksia käytännössä ilmeneviä tapauksia varten. Tavoitteenasettelun mukaisesti artikkeli edustaa pikemminkin teoreettista

⁵ Ks. esim. Mäenpää 2007, s. 579–582.

⁶ Pilottituomioita pyritään antamaan tapauksissa, joissa valituksen taustalla on systemaattinen ongelma, joka tuottaa suuria määriä valituksia samasta asiasta (ks. esim. Rules of Court, 1.8.2018, Rule 61). Pilottitapaukseksi valitaan juttukannasta tapaus, joka edustaa mahdollisimman hyvin kyseistä ongelmaa. Tapaus tutkitaan perusteellisesti, ja ongelman ratkaisemiseksi kehitetään tietty toimintamalli, jota voidaan kansallisesti soveltaa. Lisäksi edellytetään, että valtio ryhtyy ehdotettuihin toimenpiteisiin asiantilan korjaamiseksi. Kun kansallinen ratkaisukeino on pantu täytäntöön ja todettu EIT:ssa riittäväksi, muut samaa asiaa koskevat tapaukset voidaan poistaa asialistalta ja palauttaa ne pilottijutun seurauksena kehitettyyn kansalliseen käsittelyyn. (Hirvelä – Heikkilä 2017, s. 47–48.) – *Epävarsinaiset pilottituomiot* (”semi-pilot judgments” tai ”quasi pilot judgments”) ovat pilottituomioiden kaltaisia tuomioita, joihin ei kuitenkaan liity esimerkiksi muiden vastaavien valitusasioiden käsittelyn lykkäämistä (ks. esim. Sicilianos 2014, s. 288–290, jonka mukaan rajanveto on koko lailla epäselvä).

kuin käytännöllistä lainoppia. Tutkimuskohdetta lähestytään ongelmakeskeisesti ja oikeudenalojen rajoihin sitoutumatta. Keskeisinä oikeudenaloina voidaan kuitenkin mainita kansainvälinen oikeus, valtiosääntöoikeus ja prosessioikeus. Lainopillisen metodin rinnalla hyödynnetään vähemmässä määrin oikeusvertailua – ei niinkään eri sopimusvaltioiden vaan eri järjestelmien (esimerkiksi EIS:n järjestelmä vs. muut ihmisoikeusjärjestelmät tai EU-oikeus) välisessä relaatiossa.

Yksinkertaisuuden vuoksi käytän *tuomionpurkua* yleisenä käsitteenä, oli pa kyse menettelyvirheiden tai aineellisten virheiden rasittamista tuomioista. Ainoastaan Suomen prosessioikeutta erityisesti tarkasteltaessa erottelen tuomion *purkamisen* (aineellisesti väärät tuomiot) ja *poistamisen* (menettelyvirheiden rasittamat tuomiot). Sama koskee purkuhakemuksen ja kantelun käsitteitä.

2 EIT:N LANGETTAVAN TUOMION VAIKUTUKSET, TUOMIOIDEN TÄYTÄNTÖÖNPANO JA TUOMIONPURKU OSANA TÄYTÄNTÖÖNPANOAA

2.1 Kansainvälisen oikeuden lähtökohdat

Euroopan ihmisoikeussopimus on valtiosopimus. Aluksi onkin hyödyllistä taustoittaa *kansainvälisen oikeuden loukkauksen seurauksia* kansainvälisessä oikeudessa (public international law) ja kansainvälisessä ihmisoikeusjuridiikassa (international human rights law).⁷ Loukkaukseen syyllistyneen valtion pääasialliset velvollisuudet voidaan tyypitellä seuraavasti: 1) loukkaavan menettelyn *lopettaminen*, jos se jatkuu edelleen; 2) loukkauksen seurausten *korjaaminen* (reparaatio); sekä 3) sen varmistaminen, *ettei vastaava loukkaus enää toistu*.⁸

Korjaamisen (reparaation) osalta käytettävissä on eri muotoja. Vuonna 2001 annetuissa YK:n kansainvälisen oikeuden toimikunnan (International Law Commission, ILC) valtion vastuuta koskeissa artikloissa (jäljempänä *ILC-artiklat*) on toistettu se jo vuonna 1928 annetussa pysyvän kansainvälisen tuomioistuimen (PCIJ) Chorzów Factory -tuomiossa omaksuttu

⁷ Ks. myös Ruedin 2009, s. 4; Mamatkulov and Askarov v. Turkey [GC] 4.2.2005, k. 111: ”The Court must determine the responsibility of the States in accordance with the principles of international law governing this sphere, while taking into account the special nature of the Convention as an instrument of human rights protection ...”

⁸ Cassese 2005, s. 259; Shaw 2017, s. 606–611; ILC Articles on State Responsibility (2001), 30–31 artikla.

lähtökohta, että tilanteen tosiasiallisesti ennalleen palauttava, ”aito” *restitutio*⁹ on rahakorvaukseen eli *kompensatioon* nähden ensisijainen keino.¹⁰ Restituution perusajatuksena on palauttaa ennen loukkausta vallinnut tila – tai laajemman määritelmän mukaan palauttaa tila, joka vallitsisi tällä hetkellä, jos loukkausta ei olisi tapahtunut. Rahakorvaus tulisi kysymykseen siltä osin kuin restituution toteuttaminen on mahdotonta (esim. kuoleman peruuttaminen) tai suhteettoman hankalaa (tuhotun rakennuksen jälleenrakentaminen). ILC-artiklojen kommentaariin sisältyvien selitysten mukaan restitutiota ei tulisi poissulkea vain sillä perusteella, että se aiheuttaisi oikeudellisia tai käytännöllisiä ongelmia, joiden voittamiseksi valtion on nähtävä erityistä vaivaa. Tässä yhteydessä selityksissä viitataan myös ILC-artiklojen 32 artiklaan, jonka mukaan valtio ei voi vastuusta vapautuakseen vedota sisäiseen lainsäädäntöönsä. Toisaalta vilpittömässä mielessä toimineiden kolmansien tahojen oikeudet voivat olosuhteista riippuen tehdä restitutiosta mahdottoman.¹¹ Toisinaan restitutiosta käytetään ilmaisua *restitutio in integrum*, täydellinen restitutio. Ilmaisua tosin voidaan ymmärtää myös synonyyminä *täysimääräisesti toteutetulle reparaatiolle*, siis kuvauksena loukkauksen seurausten täydellisestä korjaamisesta, muodostuipa tämä rahallisesta kompensatiosta, aidosta restitutiosta (*restitutio in kind*) tai niiden tarkoituksenmukaisesta yhdistelmästä.¹² Kolmantena ja viimesijaisena keinona ovat loukkauksen myöntämisen ja anteeksipyyntöön kaltaiset pehmeät keinot (*satisfaction*).¹³

⁹ Olen jäljempänä kääntänyt termin ”restitution in kind” ilmaisulla ”aito restitutio”. ”Luontoissuoritus” voisi olla oikeapoisempi käännös, mutta tälle ilmaisulle vakiintunut merkitys on mielestäni liian suppea siihen nähden, mitä ilmaisulla ”restitution in kind” voidaan ihmisoikeusjuridiikassa tarkoittaa (vangin vapauttaminen, tuomionpurku jne.).

¹⁰ ILC Articles on State Responsibility (2001), 35–36 artiklat; PCIJ: *Chorzow Factory (Germany v. Poland)* 13.9.1928, erit., s. 47: ”...reparation must, as far as possible, wipe out all the consequences of the illegal act and reestablish the situation which would, in all probability, have existed if that act had not been committed. Restitution in kind, or, if this is not possible, payment of a sum corresponding to the value which a restitution in kind would bear; the award, if need be, of damages for loss sustained which would not be covered by restitution in kind or payment in place of it ...”

¹¹ Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries (2001), jäljempänä *ILC-artiklojen kommentaari*, s. 98.

¹² Ks. *restitutio in integrum* -periaatteesta ”laskentaperusteena” esim. *Piersack v. Belgium* (Article 50) 26.10.1984, k. 12, jonka mukaan EIT rahahyvitystä määrätessään ”will proceed from the principle that the applicant should as far as possible be put in the position he would have been in had the requirements of Article 6 (art. 6) not been disregarded”; *Karandja v. Bulgaria* 7.10.2010, k. 76: ”... a precise calculation of the sums necessary to make complete reparation (*restitutio in integrum*) in respect of the pecuniary losses suffered by the applicant may be prevented by...”

¹³ Ks. ILC-artiklojen 37 artikla. EIS:n järjestelmässä käsitettä ”just satisfaction” käytetään kylläkin myös (ja erityisesti) rahallisen kompensaation merkityksessä. Tämän laajemman käyttötavan panee merkille myös esim. *Buyse* 2008, s. 13.

Restituution periaatteellista ensisijaisuutta kompensatioon nähden on kannatettu myös oikeuskirjallisuudessa,¹⁴ joskin toisaalta on huomautettu, ettei käytäntö tue tätä teoreettista käsitystä.¹⁵ Esimerkkeinä restituution toteuttamismuodoista on ILC-artiklojen kommentaarissa mainittu muun muassa vapaudenriiston kohteeksi joutuneiden henkilöiden vapauttaminen, omaisuuden kunnostaminen ja palauttaminen sekä oikeudellisten tai hallinnollisten päätösten taikka lainsäädäntöaktien kumoaminen.¹⁶ Lainvoimaisten rikostuomioiden uudelleen käsittelyyn on velvoitettu esimerkiksi YK:n kansainvälisen tuomioistuimen (ICJ) Avena-tuomiossa vuonna 2004.¹⁷

Ihmisoikeusjuridiikassa asetelma poikkeaa klassisesta kansainvälisoikeudellisesta asetelmasta siinä, että vastakkain ovat kahden tai useamman valtion sijasta yleensä valtio ja yksilö (usein vieläpä loukkaukseen syyllistyneen valtion oma kansalainen) ja etteivät ihmisoikeusvelvoitteet ole niiden välisessä relaatiossa luonteeltaan vastavuoroisia.¹⁸ Esimerkiksi ILC-artiklat eivät sellaisenaan koske valtion vastuuta yksilöä kohtaan (33 artiklan 1 kohta). Toisaalta Kammingan toteamin tavoin kansainvälisten ihmisoikeuselinten käytännössä on soveltuvin osin hyödynnetty valtioiden välistä vastuuta koskevia periaatteita.¹⁹ EIT on lukuisissa tapauksissa hyödyntänyt ILC-artikloja.²⁰ Voitaneen todeta, että kun myös valtioiden välisessä relaatiossa edellytetään loukkausten suhteen tietynlaisia toimia, olisi nurinkurista, jollei yksilön hyväksi vaadittaisi vähintään saman tasoisia toimia ihmisoikeusjuridiikassa. Mitä tulee erityisesti reparaatiovelvollisuuteen, Shelton katsoo myös ajatuksen restituution periaatteellisesta ensisijaisuudesta kompensatioon nähden sopivan ihmisoikeusjuridiikkaankin.²¹ Hän toteaa, että muun muassa seuraavat seikat voivat vaikuttaa siihen, määräävätkö kansainväliset ihmisoikeustuomioistuimet muitakin kuin rahallisia korjauskeinoja: 1) Ovatko loukatut oikeushyvät liian perustavanlaatuisia, jotta niitä voitaisiin (restituution ja loukkauksen lopettamisen sijasta) korjata vain rahalla? 2) Onko tietyissä ihmisoikeusre-

¹⁴ Nguyen – Daillier – Pellet 1999, s. 780–781; Cassese 2005, s. 259; Buyse 2008, s. 3.

¹⁵ Gray 1987, s. 13. Ks. myös Shaw'n oikeustapausanalyysiä (Shaw 2017, s. 606–609).

¹⁶ ILC-artiklojen kommentaari, s. 97.

¹⁷ ICJ: Case concerning Avena and other Mexican nationals (Mexico v. United States of America) 31.3.2004, tuomiolauselman k. 9 ja 11, perusteluissa erit. k. 119–121 ja 138–143. – Ks. myös ICJ: LaGrand Case (Germany v. United States of America) 27.6.2001, tuomiolauselman k. 7.

¹⁸ Ks. esim. Scheinin 1991, s. 5; Kamminga 1999, s. 68; Shelton 2015, s. 59.

¹⁹ Kamminga 1999, s. 68–69 ja 74.

²⁰ Esim. Ilaşcu and Others v. Moldova and Russia [GC] 8.7.2004, k. 319–320; Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) v. Switzerland (no. 2) [GC] 30.6.2009, k. 86; Ilgar Mammadov v. Azerbaijan [GC] 29.5.2019, k. 150–151.

²¹ Shelton 2015, s. 314, 377–378 ja 400–401.

giimissä keinoja valvoa ei-rahallisten korjauskeinojen täytäntöönpanoa?
 3) Onko uhrilta riistetty jotakin, mikä on korjattavissa vain restitutiolla?
 4) Loukkauksen toistumisen todennäköisyyteen liittyvät näkökohdat. 5) Onko vahinko rahallisesti mitattavissa?²²

YK:n ihmisoikeuskomitea on ajan myötä enenevästi lausunut toimenpiteistä, joihin valtion on loukkauksen toteamisen johdosta ryhdyttävä, vaikka sille ei ole kansalaisyhteiskunta- ja poliittisia oikeuksia koskevassa kansainvälisessä yleissopimuksessa (KP-sopimus, SopS 8/1976) nimenomaisesti annettu tällaista toimivaltaa.²³ Komitean käytännössä ei ole havaittu keskinäistä hierarkiasuhdetta aidon restitution ja kompensaaation välillä, vaikka molemmat sinänsä tunnustetaan reparaatiokeinoina.²⁴ Komitea on jo verrattain varhain ollut valmis lausumaan esimerkiksi uuden oikeudenkäynnin (tuomionpurun) tarpeesta, kuten vuonna 1981 annetusta Violeta Setelich -ratkaisusta ilmenee.²⁵ Toisaalta komitean ratkaisut eivät ole juridis-muodollisesti sitovia.²⁶

Amerikan ihmisoikeussopimuksen 63(1) artiklassa annetaan sopimuksen noudattamista valvovalle tuomioistuimelle nimenomainen toimivalta paitsi loukkauksen toteamiseen, myös kompensaaatiosta ja muista tarvittavista reparaatiokeinoista määräämiseen. Amerikan ihmisoikeustuomioistuin on muun muassa Velásquez Rodríguez -tuomiossa vahvistanut sen yleisen periaatteen, että loukkaukseen syyllistyneellä valtiolla on velvollisuus toteuttaa täysimääräinen reparaatio, ja antanut tälle käsitteelle varsin laajan sisällön.²⁷ Esimerkkinä restitutiosta – reparaation toteuttamismuotona – voidaan mainita tapaukset, joissa tuomioistuin on vaatinut tuomionpurkua ja uutta oikeudenkäyntiä.²⁸

²² Shelton 2015, s. 400.

²³ Shelton 2015, s. 193.

²⁴ Buyse 2008, s. 7. Esimerkkinä voidaan mainita ihmisoikeuskomitean ratkaisu Des Fours Walderode v. the Czech Republic 30.10.2001, Communication No. 747/1997, k. 9.2.

²⁵ Violeta Setelich v. Uruguay 28.10.1981, Communication No. 63/1979, k. 21.

²⁶ Eri asia on, että niissä annetaan kuitenkin arvovaltaisia kannanottoja valtioita sitovan KP-sopimuksen tulkinnasta. Ihmisoikeuskomitean ratkaisuille saatetaan myös kansallisesti antaa samanlaisia oikeudellisia vaikutuksia kuin esim. EIT:n tuomioille – suomalaisena esimerkkinä voidaan mainita oikeudenkäymiskaaren (OK, 4/1734) 31:2.3, jossa säädetään kantelun määräajasta ”kansainvälisten ihmisoikeusvelvoitteiden valvomisessa toimivaltaisen lainkäyttö- tai valvontaelimen” todettua oikeudenkäyntivirheen.

²⁷ IACtHR: Velásquez Rodríguez v. Honduras (Compensatory damages) 21.7.1989, k. 25–26, jossa viitataan ennen loukkausta vallinneen tilanteen palauttamiseen, loukkauksen seurausten hyvittämiseen sekä aineellisten ja aineettomien vahinkojen rahalliseen hyvittämiseen.

²⁸ IACtHR: Castillo Petruzzi et al. v. Peru (Merits, Reparations and Costs) 30.5.1999, tuomiolauselman k. 13; Cantoral-Benavides v. Peru (Reparations and Costs) 3.12.2001, tuomiolauselman k. 4 ja 5; Herrera-Ulloa v. Costa Rica (Preliminary Objections, Merits,

Taustoituksena voidaan mainita myös siitä *EU-oikeuden* piirissä kehittyneestä periaatteesta, että kun yksilölle aiheutuu vahinkoa jäsenvaltion lukuun laskettavasta EU-oikeuden loukkauksesta, yksilöllä on tietyn edellytyksin oikeus saada tästä vahingonkorvausta. Periaatteen kehittämisessä on epäilyksettä hyödynnetty myös yleisen kansainvälisen oikeuden oppeja valtion vastuusta.²⁹ Kehittelyssä keskeisten Brasserie du pêcheur- ja Köbler-asioiden ratkaisuehdotuksissa on myös viitattu *restitutio in integrum*-periaatteen tärkeyteen: ”Huolimatta huomattavista eduista, joita valtion vahingonkorvausvastuun syntyminen voi tarjota yksityisille, oikeuden taloudellisen sisällön saattaminen uudelleen voimaan on ainoastaan vähimmäisratkaisu; *paras mahdollinen suojakeino on se, että aineellinen asiantila palautetaan täydellisesti.*”³⁰ EU-oikeuden kanssa ristiriitaisen kansallisen tuomion purkaminen on EU:n oikeusjärjestelmässäkin yksi keino *restitutio in integrum* -päämäärän saavuttamiseksi. Olen tutkinut EU-oikeuden ja kansallisen tuomion lopullisuuden välistä suhdetta jo kahdessa aiemmassa artikkelissa, joten sivuutan aiheen tässä enemmän.³¹

2.2 Euroopan ihmisoikeussopimus

Euroopan ihmisoikeussopimuksessa ei ole kovinkaan yksityiskohtaisia määräyksiä loukkauksen toteamisen seurauksista. *Restitutio in integrum*-periaate ilmenee ensinnäkin EIS 41 artiklasta, jonka mukaan, jos EIT katsoo sopimusta tai sen pöytäkirjoja loukatun ja jos sopimusvaltion lainsäädäntö sallii *loukkauksen seurausten korjaamisen*³² *vain osittain* (eli restituitio ei ole mahdollinen ainakaan täydellisenä, ”in integrum”), EIT:n on tarvittaessa myönnettävä loukatulle osapuolelle kohtuullinen (raha)hyvitys (just satisfaction). Sanamuoto ilmentää aidon restituitio periaatteellista

Reparations and Costs) 2.7.2004, tuomiolauselman k. 4.

²⁹ Näin muun muassa sen opin osalta, että valtio on vastuussa rikkomuksestaan riippumatta siitä, mikä valtio-organismi rikkomukseen on syyllistynyt, ks. EUT: C-46/93 ja C-48/93 Brasserie du pêcheur 5.3.1996, tuomion k. 34.

³⁰ Julkisasiamies Légerin ratkaisuehdotus 8.4.2003 asiassa EUT: C-224/01 Köbler, k. 39. Asiallisesti samoin julkisasiamies Tesaaron ratkaisuehdotus 28.11.1995 em. asiassa Brasserie du pêcheur, k. 34. – Käytän artikkelissa esiintyvissä sitaateissa runsaasti kursivointia. Mainitsen erikseen, jos sama kursivointi on esiintynyt alkuperäistekstissä. Muutoin lukija voi olettaa, että kyseessä on itse lisäämäni kursivointi.

³¹ Vähätalo 2016 ja 2017.

³² Sopimuksen suomenoksessa käytetään vähemmän osuvaa termiä ”korvaus”. Englanninkielisessä sopimustekstissä puhutaan korjaamisesta (reparation). Havainnollisimmillaan 41 artiklan sanamuoto on ranskankielisenä: sopimusvaltion kansallinen oikeus ei mahdollista *loukkauksen seurausten täydellistä poistamista* (”le droit interne de la Haute Partie contractante ne permet d’effacer qu’imparfaitement les conséquences de cette violation”).

ensisijaisuutta rahahyvitykseen nähden.³³ Sopimusvaltion on hyvitetävää loukkauksen seuraukset rahallisesti siltä osin kuin *restitutio in integrum*-päämäärän tavoittaminen ei ole muutoin mahdollista.³⁴

Lisäksi EIS 46 artiklan 1 kohdan mukaan sopimusvaltiot sitoutuvat *noudattamaan* EIT:n lopullista tuomiota jutuissa, joiden osapuolena ne ovat. Saman artiklan 2 kohdan mukaan EIT:n lopullinen tuomio toimitetaan ministerikomitealle, joka valvoo sen täytäntöönpanoa. Vaikka tuomion ”noudattamisen” merkitysisältöä ei ole sopimustekstissä tarkemmin eritelty, tämä ei tarkoita sitä, että loukkaustuomion seuraukset rajoittuisivat vain velvollisuuteen maksaa mahdollinen rahahyvitys. Jo EIS:n valmistelutöistä ilmenee tarkoitus ammentaa niistä kansainvälisen oikeuden periaatteista, jotka koskevat kansainvälisoikeudellisen loukkauksen seurauksia, sen sijaan, että todettu loukkaus jäisi vain leijumaan ilmaan eikä johtaisi sopimusvaltiotasolla mihinkään.³⁵ Loukkaustuomion katsotaankin vakiintuneesti – niin oikeuskirjallisuudessa³⁶, EIT:n oikeuskäytännössä³⁷ kuin EN:n ministerikomitean valvontakäytännössä³⁸ – aiheuttavan (mahdollisesti määrätyn rahahyvityksen maksamisen lisäksi) seuraavia velvollisuuksia tuomion kohteena olevalle valtiolle:

- velvollisuus *lopettaa loukkauksen aiheuttanut toiminta* (lopettamisvelvollisuus)
- velvollisuus *poistaa (korjata) loukkauksesta aiheutuneet seuraukset* eli asettaa valittaja niin pitkälle kuin mahdollista sellaiseen asemaan, jossa hän olisi (ollut) ilman loukkauksen tapahtumista (korjaamisvelvollisuus, *restitutio in integrum*)
- velvollisuus *estää samanlaisten loukkausten tapahtuminen vastaisuudessa* (esimerkiksi lainsäädäntömuutoksien)

Velvollisuuksien voidaan havaita vastaavan edellä yleisestä kansainvälistä oikeudesta esitettyä. EIS:n järjestelmässä kahteen ensiksi mainittuun

³³ Ks. myös esim. Lambert 1999, s. 108; Loucaides 2008, s. 188; Sundberg 2011, s. 27.

³⁴ Ks. myös esim. Heikkilä 2016, s. 124.

³⁵ Report of the Committee of Experts of 16.3.1950, Collected Edition of the ’Travaux Préparatoires’, vol. IV, s. 45: ”Cette disposition est conforme au droit international en vigueur en matière de violation d’une obligation internationale par un Etat.” Ks. myös Kamminga 1999, s. 71; Polakiewicz 2001, s. 56; Hunt 2005, s. 26.

³⁶ Lambert 1999, s. 105 ss.; Ruedin 2009, s. 122 ss.; Heikkilä 2016, s. 108–174; Harris et al. 2018, s. 187–194.

³⁷ Esim. Scozzari and Giunta v. Italy [GC] 13.7.2000, k. 249; Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) v. Switzerland (no. 2) [GC] 30.6.2009, k. 85.

³⁸ Rules of the Committee of Ministers for the supervision of the execution of judgments and of the terms of friendly settlements 10.5.2006, as amended on 18.1.2017, 6 kohta.

velvollisuuteen viitataan usein *valittajaa suoraan koskevina toimenpiteinä* (individual measures), kun taas viimeksi mainittu velvollisuus toteutetaan *yleisillä toimenpiteillä* (general measures). Artikkelini teeman kannalta on merkityksellisintä tutkia korjaamisvelvollisuutta sekä ns. jatkuvien loukkausten osalta lisäksi lopettamisvelvollisuutta.

EIT on jo verrattain varhaisessa vaiheessa – ennen kuin se alkoi itse sisällyttää eräisiin tuomioihinsa määräyksiä tai lausumia sopiviksi katsomistaan täytäntöönpanotoimista (ks. tästä jakso 3.2) – identifioinut useita restitutiotoimia, jotka voivat toteuttaa *restitutio in integrum* -päämäärää kokonaan tai osittain. Näitä ovat esimerkiksi:

- oikeudenmukaista oikeudenkäyntiä loukaten syntyneen lainvoimaisen tuomion purkaminen;³⁹
- omaisuudensuojaa loukaten riistetyn omaisuuden palauttaminen;⁴⁰
- laittoman vapaudenriiston keston tai oikeudenkäynnin liiallisen keston huomioon ottaminen rangaistusseuraamuksessa;⁴¹
- armahdus⁴².

Restituution ja rahahyvityksen välistä suhdetta arvioitaessa on välttämätöntä ottaa kantaa 41 ja 46 artiklan keskinäisyyteeseen. Jos EIT on myöntänyt 41 artiklan mukaisen hyvityksen – arvioidessaan, ettei valtion lainsäädäntö (tai loukkauksen luonne⁴³) mahdollista *restitutio in integrumia* – eikä tämä poista tarpeen arvioida enempien korjauskeinojen tarvetta? Toisin sanoen tarkoittaako rahahyvitys automaattisesti sitä, ettei tarvetta esimerkiksi tuomionpurulle EIS:n näkökulmasta enää ole? Näin ei näytä olevan. Asian ymmärtäminen vaatii lyhyttä historiallista katsausta.

Alkujaan EIT lykkäsi nykyistä huomattavasti useammin rahahyvityksen myöntämistä koskevan ratkaisun antamista myöhempään yhteyteen (ns. *Article 50* -tuomiot, sittemmin *Article 41* -tuomiot tai *Just Satisfaction* -tuomiot) siten, että sopimusvaltiolle jäi loukkauksen toteamisen jälkeen aikaa ryhtyä tarvittaviin toimiin loukkauksen seurausten korjaamiseksi. Esimerkiksi valittajalle vastaisen kansallisen tuomion purkaminen saatettiin katsoa korjauskeinoksi, jonka jälkeen rahahyvityksen määräämiselle ei ollut

³⁹ Esim. Piersack v. Belgium (Article 50) 26.10.1984, k. 11.

⁴⁰ Esim. Hentrich v. France 22.9.1994, k. 71.

⁴¹ Esim. Neumeister v. Austria (Article 50) 7.5.1974, k. 40; Eckle v. Germany (Article 50) 21.6.1983, k. 24.

⁴² Neumeister v. Austria (Article 50) 7.5.1974, k. 41.

⁴³ EIT irrottautui jo varhain ”kansallista lainsäädäntöä” koskevan viittauksen sananmuokaisesta tulkinnasta. Se katsoi tuomiossa De Wilde, Ooms and Versyp v. Belgium (Article 50) [Plenary] 10.3.1972, k. 20, että myös silloin, kun *loukkauksen luonne* (eikä kansallinen lainsäädäntö) tekee restituuion mahdottomaksi, rahahyvitys tulee kysymykseen.

enää perustetta.⁴⁴ Sittemmin erityisesti 1990-luvulla tapahtuneen Euroopan neuvoston laajentumisen myötä ja pitkälti prosessiekonomisista syistä EIT on alkanut pääsääntöisesti määrätä mahdollisen rahahyvityksen samalla kun loukkaus todetaan ja ainoastaan vähemmistössä tapauksista lykätä korvausvaatimuksen käsittelyä.⁴⁵ Tätä on perustellusti pidetty epäloogisempana kuin sitä, että korvausasia jätettäisiin erikseen ratkaistavaksi tai annettaisiin seuraavan tyyppisiä vaihtoehtoja sisältäviä tuomiolauselmia:⁴⁶

Claes et autres -tuomio (oikeudenmukainen oikeudenkäynti): ehdollinen määräys maksaa 15 500 euron hyvitys valittajille, mikäli heidän purkuhakemustaan ei hyväksyttäisi tai he eivät haluaisikaan hakea purkua;⁴⁷

Papamichalopoulos-, Brumarescu- ja Dacia S.R.L. -tuomiot (omaisuudensuoja): määräys kiinteistön palauttamisesta sekä toissijainen määräys korvausten maksamisesta, jos mainittu palauttaminen (restituutio) ei toteutuisi.⁴⁸

Ruedin esittää väitöskirjassaan kannanoton, jonka mukaan rahahyvityksen määrääminen lakkauttaa oikeuden muuhun reparaatioon, jos EIT on nimenomaisesti tutkinut ja todennut (joko yhdessä yhtenäisessä tuomiossa tai Article 41 -tuomion yhteydessä), että *restitutio in integrum* on kansallisessa oikeudessa mahdoton. Hän kuitenkin toteaa, ettei EIT yleensä tee tällaista tarkastelua, jolloin rahahyvityksen maksaminen ei välttämättä vapauta velvollisuudesta muihin korjauskeinoihin.⁴⁹ Sundberg näkee asian pitkälti samoin.⁵⁰ Muutoinkin näyttää vallitsevan varsin laaja konsensus siitä, ettei EIT:n määräämä rahahyvitys sinänsä vapauta sopimusvaltiota arvioimasta – ministerikomitean valvonnassa – tarvitaanko valittajan tapauksessa vielä muita keinoja, jotta *restitutio in integrum* toteutuu täysimääräisesti.⁵¹ EIT itsekin toteaa vakiintuneesti seuraavaa:

⁴⁴ Piersack v. Belgium (Article 50) 26.10.1984, k. 6 ja 11; Windisch v. Austria (Article 50) 28.6.1993, k. 11 ja 14; Schuler-Zraggen v. Switzerland (Article 50) 31.1.1995, k. 14.

⁴⁵ Tästä kehityskulusta ks. Sundberg 2011, s. 30–31, 35 ja 39–40. Ks. myös Sundberg 2009, s. 474.

⁴⁶ Lambert-Abdelgawad 2006, s. 227 ja 241; Lambert-Abdelgawad 2014, s. 121–125.

⁴⁷ Claes et autres c. Belgique 2.6.2005, tuomiolauselman k. 5(a).

⁴⁸ Papamichalopoulos and Others v. Greece (Article 50) 31.10.1995, tuomiolauselman k. 2–3; Brumarescu v. Romania (Article 41) [GC] 23.1.2001, tuomiolauselman k. 1–2; Dacia S.R.L. v. Moldova (Just Satisfaction) 24.2.2009, tuomiolauselman k. 1(a)–1(b).

⁴⁹ Ruedin 2009, s. 180–181. Samassa yhteydessä hän muistuttaa, että velvollisuus lopettaa loukkauksen aiheuttanut toiminta on joka tapauksessa vielä oma erillinen velvollisuutensa.

⁵⁰ Sundberg 2004, s. 1518 ja 1524–1525; Sundberg 2011, s. 39.

⁵¹ Vandenhoele 2005, s. 107; Birsan 2007, s. 21; Heikkilä 2016, s. 136–137. – Vrt. Verhoeven 1984, s. 290, jossa vielä puolletaan pikemminkin käsitystä, jonka mukaan EIT:n määräämä hyvitys lakkauttaa oikeuden lisäreparaatioon.

”The State Party in question will be under an obligation *not just to pay* those concerned the sums awarded by way of just satisfaction, *but also to take individual and/or, if appropriate, general measures in its domestic legal order to put an end to the violation found by the Court and to redress the effects, the aim being to put the applicant, as far as possible, in the position he would have been in had the requirements of the Convention not been disregarded.*”⁵²

Tähän lopputulokseen johtaa osaltaan myös se tosiseikka, että EIT ei pysty toimimaan vahingonkorvauskanteita käsittelevien kansallisten tuomioistuinten tavoin. EIT:n korvausharkinta on yleensä väistämättä melko summaarista ja kohtuusperusteista.⁵³ Tähänkin nähden olisi mielestäni vaarallista kategorisesti tuodittautua EIT:n määräämän korvauksen riittävyteen.

EIS 41 artiklan mukaisen rahahyvityksen ja ylimääräisen muutoksenhaun suhteeseen on otettu kantaa kansallisten tuomioiden purkamista koskevassa EN:n ministerikomitean suosituksessa Rec(2000)2.⁵⁴ Suosituksen mukaan sopimusvaltioiden tulisi varmistaa kansallisessa lainsäädännössään purkumahdollisuus EIT:n loukkaustuomion johdosta silloin, kun loukkauksen uhri ”continues to suffer very serious negative consequences because of the outcome of the domestic decision at issue, *which are not adequately remedied by the just satisfaction* and cannot be rectified except by re-examination or reopening”. Lisäksi edellytetään, että kansallinen tuomio on materiaalisesti ristiriidassa EIT:n tuomion kanssa tai että kansallista tuomiota rasittaa niin vakava menettelyvirhe, että oikeudenkäynnin lopputuloksen oikeellisuudesta jää vakava epäily. Siteeratun kohdan valossa näyttää siltä, että mahdollista velvollisuutta purkuun on arvioitava tapauskohtaisesti ottaen huomioon erityisesti kansallisen tuomion voimassa pysymisestä johtuvien kielteisten seurausten laatu ja se, missä määrin EIT:n mahdol-

⁵² Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) v. Switzerland (no. 2) [GC] 30.6.2009, k. 85. Asiallisesti samoin myös esim. Scozzari and Giunta v. Italy [GC] 13.7.2000, k. 249. Ensiksi mainitun tuomion kohdassa 86 EIT myös viittaa siihen ILC-artikloista ilmenevään periaatteeseen, että restitutio on kompensatioon nähden ensisijainen keino, josta voidaan kuitenkin poiketa sen ollessa mahdoton tai suhteettoman hankala toteuttaa.

⁵³ Kuten Laffranque (2014, s. 110) tiivistää: ”Just satisfaction is not a right, it is the Court’s discretion.” Hän myös erittelee eri hyvitysmuotoja koskevaa harkintaa siten, että *non-pecuniary damage* -korvaukset ovat usein ”uniform lump sums... on an equitable basis, generally without any explanation of its quantification or more than brief reasoning” (s. 84) ja *pecuniary damage* -korvaukset edellä mainittua tarkemmin määrittäviä (s. 83). – Ks. EIT:n varsin laajasta harkintavallasta korvausten määrän sekä niiden myöntämisen / myöntämättä jättämisen suhteen myös Pellonpää 1999, s. 112–113.

⁵⁴ Recommendation No. R (2000) 2 of the Committee of Ministers to member states on the re-examination or reopening of certain cases at domestic level following judgments of the European Court of Human Rights, 19.1.2000, jäljempänä Rec(2000)2.

lisesti määräämä rahahyvitys kykenee korjaamaan seurauksia (ja onko EIT:n määräämän korvauksen kohde edes sama kuin loukkauksen niiden seurausten, joiden korjaamiseksi valittaja hakee purkua).⁵⁵

Menettelyvirheiden tapauksessa on tyypillistä, että EIT jättää (ainakin) *aineellista vahinkoa* koskevan korvauksen (pecuniary damage) määräämättä vedoten siihen, ettei EIT voi spekuloida, millaiseksi kansallisen oikeudenkäynnin lopputulos olisi muodostunut 6 artiklaa noudattavassa oikeudenkäynnissä.⁵⁶ Tällaisessa tapauksessa onkin ilmiselvää, ettei mahdollinen *aineettomasta vahingosta* määrätty korvaus (non-pecuniary damage) vapauta sopimusvaltiota arvioimasta purun tarvetta. Lisäksi näkisin, että vaikka molempien lajisia korvauksia olisi määrätty, tämäkään ei automaattisesti vapauta arvioimasta tuomionpurun tarvetta, jos valittaja esimerkiksi kärsii edelleen vakavista seurauksista vankeusrangaistuksen jatkumisen tai rikosrekisterimerkinnästä aiheutuvien haittojen muodossa. Oikeuskäytännöstä on tehty seuraava havainto liittyen rahahyvityksen ja sellaisten perustelulausumien suhteeseen, joissa EIT toteaa tuomionpurun olevan lähtökohtaisesti sopiva tapa korjata 6 artiklan loukkaus: ”[T]he Court imposes *cumulatively* just satisfaction and the retrial clause in the vast majority of [such] cases.”⁵⁷ Tietenkään myöskään vakiintunut korvausvaatimuksen hylkäyslausumaa ”finding of a violation constitutes in itself sufficient just satisfaction” ei tule lukea niin, että se vapauttaisi reparaatiovelvollisuudesta (kompensaatiosta ja/tai restitutiosta) tuomion täytäntöönpanossa.⁵⁸

Joka tapauksessa *velvollisuus lopettaa sopimusta loukkaava toiminta* on olemassa itsenäisesti, riippumatta mahdollisesti määrätystä rahahyvi-

⁵⁵ Samaa ajattelua ilmentää – joskin kansallisten tuomioistuinten harkintavaltaa huomattavasti enemmän korostaen – puheena olevan suosituksen selitysmuistion k. 16: ”In cases of re-examination or reopening, in which the Court has awarded some just satisfaction, the question of whether, and if so, how it should be taken into account will be within the discretion to the competent domestic courts or authorities taking into account the specific circumstances of each case.”

⁵⁶ Esim. Ibrahim Gürkan v. Turkey 3.7.2012, k. 25–26; Gyuleva v. Bulgaria 9.6.2016, k. 54–55. Ks. myös Pellonpää 1999, s. 114–115.

⁵⁷ Moreira Ferreira v. Portugal (no. 2) [GC] 11.7.2017, tuomari Pinto de Albuquerque ym. eriävän mielipiteen k. 14.

⁵⁸ Ks. myös esim. Somogyi v. Italy 18.5.2004, k. 85–86, jossa puheena olevan vakiolausuman jälkeen ”samaa hengenvetoon” viitataan tuomionpurun tarpeellisuuteen: ”...The finding of a violation constitutes in itself sufficient just satisfaction ... the most appropriate form of redress would, in principle, be trial de novo or the reopening of the proceedings ...”. Ks. myös Cabral v. the Netherlands 28.8.2018, k. 43: ”The Court concludes that reopening of the proceedings is the most appropriate form of redress for the established violation of the applicant’s rights, should he request it, given that it is capable of providing *restitutio in integrum* as required under Article 41 of the Convention. *Therefore*, the finding of a violation constitutes sufficient just satisfaction in the present case.”

tyksestä ja kansallisessa oikeudessa olevista mahdollisuuksista. Toisaalta lopettamisvelvollisuus soveltuu vain tilanteissa, joissa loukkaus jatkuu edelleen. Korjaamis- ja lopettamisvelvollisuuksien keskinäissuhteisiin sekä jatkuvan loukkauksen määritelmään palataan jaksossa 4.

3 EIT:N JA MINISTERIKOMITEAN ROOLEISTA

3.1 Aluksi

Yleisten kansainvälisoikeudellisten lähtökohtien mukaisesti valtioilla on niin kansainvälisen sopimuksen noudattamisessa kuin loukkaustilanteen oikaisussa periaatteessa vapaus niiden konkreettisten keinojen valintaan, joilla sopimuksen edellyttämä tila saavutetaan – lopputulos ratkaisee. Toisaalta kansainvälisten tuomioistuinten tuomioissa yksilöityjä velvollisuuksia on noudatettava.⁵⁹ Noudattamisen on tapahduttava valtiosopimus-oikeutta koskevassa Wienin yleissopimuksessa (Wienin yleissopimus, SopS 33/1980) tarkoitetulla tavalla vilpittömässä mielessä (in good faith).⁶⁰ EIS:n järjestelmässä nämä lähtökohdat tiivistetään EIT:n vakiintuneessa lausumassa seuraavasti:

“Furthermore, *subject to monitoring by the Committee of Ministers, the respondent State remains free to choose the means by which it will discharge its legal obligation under Article 46 of the Convention, provided that such means are compatible with the conclusions set out in the Court’s judgment.*”⁶¹

Lausuma ilmentää eräänlaista pyhää kolminaisuutta. *Valtion* on täytettävä tuomion noudattamista koskevat velvollisuutensa. Sillä on lähtökohtaisesti vapaus keinojen valintaan, mutta keinojen on noudatettava *EIT:n tuomiosta ilmeneviä päätelmiä*. Lisäksi EIS:n järjestelmässä *ministerikomitealla* on toimivalta valvoa tuomion täytäntöönpanoa.

Tässä pääluvussa tutkitaan EIT:n ja ministerikomitean rooleja EIT:n tuomion täytäntöönpanossa erityisesti tuomionpurkua silmällä pitäen. Kan-

⁵⁹ Lambert 1999, s. 101 ss.; Ruedin 2009, s. 87.

⁶⁰ Lambert 1999, s. 103–105; Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) v. Switzerland (no. 2) [GC] 30.6.2009, k. 87 ja siinä viitatus Wienin yleissopimuksen kohdat; Ilgar Mammadov v. Azerbaijan [GC] 29.5.2019, k. 149 ja 214.

⁶¹ Esim. Scozzari and Giunta v. Italy [GC] 13.7.2000, k. 249; Bochan v. Ukraine (no. 2) [GC] 5.2.2015, k. 34. – Eräissä tuomioissa ”...provided that such means are compatible with the *conclusions and spirit* set out in the Court’s judgment” (Emre v. Switzerland (No. 2) 11.10.2011; Ilgar Mammadov v. Azerbaijan [GC] 29.5.2019, k. 149 ja 195).

sallista tasoa on perusteltua tarkastella vasta sitten (jakso 6), kun EIT:n ja ministerikomitean roolien tarkastelua on täydennetty tuomionpurun roolia ja ongelmia koskevilla havainnoilla (jaksot 4–5).

3.2 EIT:n rooli

Euroopan ihmisoikeussopimusta valmisteltaessa käytiin runsaasti keskustelua siitä, millaisiin toimenpiteisiin EIT:n tulisi voida velvoittaa valtio loukkauksen toteamisen yhteydessä. Eräissä luonnoksissa suunniteltiin melko pitkällekin meneviä valtuuksia.⁶² Kun maltillisempi kanta voitti, syntyi pitkäksi aikaa sellainen käsitys, ettei EIT:lla ole toimivaltaa lausua mistään muista korjauskeinoista kuin rahallisesta hyvityksestä. EIT itsekin omaksui jo varhain luonnehdinnan, jonka mukaan sen tuomiot ovat lähinnä toteavia, ”essentially declaratory”⁶³, eli niissä vahvistetaan, onko loukkaus käsillä, ja määrätään mahdollisesta rahahyvityksestä ja kulukorvauksesta. Tämä ei kuitenkaan tarkoita sitä, ettei *EIS:n muodostama normijärjestelmä* olisi koko historiansa ajan kyennyt edellyttämään valtioilta muutakin kuin vain mahdollisen rahahyvityksen maksamista.⁶⁴ Tässä jaksossa käsitellen vain sitä, miten *EIT:n itsensä rooli* on vuosien varrella kehittynyt aktiivisemmaksi ja miten sopimusvaltioiden harkintamarginaali tuomioiden täytäntöönpanossa on samalla mahdollisesti kaventunut.

EIT kieltäytyi aina 1990-luvun puoliväliin asti asettamasta tuomiois- saan muita kuin rahallisia velvoitteita.⁶⁵ Esimerkiksi vielä 1990-luvun alkupuolella EIT totesi johdonmukaisesti, ettei sillä ole toimivaltaa vaatia valtiolta lainvoimaisten tuomioiden purkamista.⁶⁶ 1990-luvun jälkipuolisko ja 2000-luvun alku olivat voimakasta muutoksen aikaa.⁶⁷ Lähtölaukauksena

⁶² Ks. Shelton 2015, s. 206–208. Ks. myös Schabas 2015, s. 830–833.

⁶³ Esim. Marckx v. Belgium [Plenary] 13.6.1979, k. 58.

⁶⁴ Ks. myös Frowein 2007, s. 262: ”However, it was also clear from the very beginning that the binding force of a judgment is not limited to the payment of satisfaction.”

⁶⁵ Shelton 2015, s. 211–212 ja 385–387. Oikeuskäytännöstä ks. esim. Le Compte, Van Leuven and De Meyere v. Belgium (Article 50) 18.10.1982, k. 13; Airey v. Ireland 9.10.1979, k. 26.

⁶⁶ Saïdi v. France 20.9.1993, k. 47; Pelladoah v. the Netherlands 22.9.1994, k. 44.

⁶⁷ Muutosten taustasyistä kuten EN:n laajentumisesta ja systemaattisten loukkausten yleistymisestä ks. esim. Shelton 2015, s. 211–213. Individual measures -täytäntöönpanolausumien (yksilöä suoraan koskevat toimet) osalta merkitystä on Sheltonin mukaan (s. 385) ollut myös 11. lisäpöytäkirjalla, joka toi yksilölle oikeuden saattaa asian suoraan ihmisoikeustuomioistuimen käsittelyyn ja joka siten vahvisti yksilön asianosaisasemaa valituksen käsittelyssä. Tämän johdosta tuli Sheltonin mukaan luontevaksi, että EIT laajensi valittajan hyväksi myönnettävien reparaatiokeinojen palettia. Vrt. tältä osin aiempaan oikeustilaan esim. tuomari Moslerin täydentävä äänestyslausunto asiassa De Wilde, Ooms and Versyp v. Belgium (Article 50) [Plenary] 10.3.1972, k. 3.

siinä oikeuskäytännössä, jossa EIT:n rooli sopivista täytäntöönpanokeinoista lausumisessa (jäljempänä *täytäntöönpanolausumat*) on muuttunut, voidaan pitää vuonna 1995 annettua Papamichalopoulos-tuomiota⁶⁸.⁶⁹ EIT määräsi tuomiolauselmassa valtion joko palauttamaan omaisuuden tai, jos tämä ei onnistuisi, suorittamaan sen arvoa vastaavan rahahyvityksen. Jo vuotta aiemmassa tuomiossa vastaavanlainen lausuma oli sisällytetty tuomion perusteluihin.⁷⁰ Omaisuudensuojaa koskevista ratkaisuista käytäntö laajeni muihinkin asiaryhmiin, kuten vapaudenriistoa koskeviin asioihin. Vuonna 2004 annetussa suuren jaoston Assanidze-tuomiossa EIT määräsi valtion huolehtimaan valittajan vapauttamisesta niin pian kuin mahdollista – sen lisäksi, että valittajalle määrättiin rahahyvytys jo kärsitystä vapaudenmenetyksajasta.⁷¹

EIT antaa täytäntöönpanolausumia useimmiten perusteluissa – joko 41 tai 46 artiklaa koskevien perusteluosuuksien yhteydessä – ja harvemmissa tapauksissa tuomiolauselmassa. EIT on perustellut lausumien käyttöä muun muassa seuraavasti:

”However, with a view to *helping the respondent State to fulfil its obligations under Article 46*, the Court may seek to indicate the type of individual and/or general measures that might be taken in order to put an end to the situation it has found to exist.”⁷²

”In other exceptional cases, *the nature of the violation found may be such as to leave no real choice as to the measures required to remedy it* and the Court may decide to indicate only one such measure.”⁷³

EIT katsoo siten olevansa toimivaltainen antamaan täytäntöönpanolausumia ilman EIS:n nimenomaista valtuutusta tähän.⁷⁴

⁶⁸ Papamichalopoulos and Others v. Greece (Article 50) 31.10.1995. Myöhempanä niin ikään omaisuudensuojaa koskevana esimerkkinä ks. Brumarescu v. Romania (Article 41) [GC] 23.1.2001.

⁶⁹ Buyse 2008, s. 14; Shelton 2015, s. 212 ja 307.

⁷⁰ Hentrich v. France 22.9.1994, k. 71: ”[T]he best form of redress would in principle be for the State to return the land.”

⁷¹ Assanidze v. Georgia [GC] 8.4.2004, k. 199, 202–203 ja tuomiolauselman k. 14. Ks. muita esimerkkejä Cremer 2014, s. 41.

⁷² Stanev v. Bulgaria [GC] 17.1.2012, k. 255.

⁷³ Öcalan v. Turkey [GC] 12.5.2005, k. 116.

⁷⁴ Cremer (2014, s. 55–57) on esittänyt tällaisen toimivallan tueksi sen seikan, että dynaamis-evolutiivista tulkintaa voidaan – kansainvälisessä oikeudessa hyväksytyjen tulkintaperiaatteiden rajoissa – harjoittaa myös menettelyllis-institutionaalisten seikkojen, ei vain aineellisten ihmisoikeusmääräysten suhteen. Hän (ibid.) ja Sicilianos (2014, s. 306–313) viittaavat Wienin yleissopimuksen 31(3)(b) artiklaan, jonka mukaan valtiosopimuksen tulkinnassa otetaan huomioon sopimusta sovellettaessa noudatettu myöhempi käytäntö,

Tässä yhteydessä ei ole tarkoituksenmukaista laajasti esitellä erilaisia täytäntöönpanolausumien lajeja.⁷⁵ Keskityn seuraavassa tuomionpurkua koskeviin lausumiin, minkä jälkeen arvioin vielä eräitä yleisiä näkökohtia lausumien eduista ja haitoista. Tuomionpurkua koskevat lausumat saivat alkunsa turkkilaisista tuomioistuimen puolueettomuutta koskevista loukkauksista. Ensimmäinen tällainen ns. ”reopening-lausuma” sisältyi Gençel-tuomioon vuonna 2003. Kyseisessä asiassa valittaja oli tuomittu pitkään vankeusrangaistukseen tuomioistuimessa, joka ei ollut 6 artiklan edellyttämällä tavalla riippumaton ja puolueeton. EIT totesi tuomion perusteluissa, että sopivin keino loukkauksen hyvittämiseen olisi tarjota valittajalle uusi oikeudenkäynti riippumattomassa ja puolueettomassa tuomioistuimessa.⁷⁶ Lausuman käyttö sai pian jatkoa paitsi samanlaista loukkausta koskevissa,⁷⁷ myös eräissä muunlaisissa 6 artiklan loukkauksissa, kuten: tuomioistuimen perustuminen lakiin⁷⁸, tuomioistuimeen pääsy⁷⁹, syytetyn oikeus osallistua oikeudenkäyntiin⁸⁰ tai tulla kuulluksi henkilökohtaisesti⁸¹, syytetyn oikeus kuulustella syyttäjän todistajia⁸², oikeus saada yksityiskohtainen tieto syytteiden sisällöstä ja riittävästi aikaa puolustuksen valmisteluun⁸³, oikeudenkäynnin kontradiktorisuus ja equality of arms -periaate⁸⁴ sekä oikeus käyttää avustajaa⁸⁵.

HUDOC-tietokannasta voi havaita, että reopening-lausumia sisältyy jo muutamaan sataan tuomioon. Vaikka moni niistä koskee Turkia, myös

joka osoittaa osapuolten välisen yhteisymmärryksen sopimuksen tulkinnasta. Heidän mukaansa EIS:n sopijapuolet näyttävät erityisesti ministerikomitean puitteissa toimiessaan hyväksyneen EIT:n uuden käytännön. – Itse painottaisin myös sitä artikkelin alussa ilmi tuotua näkökohtaa, että *international law of state responsibility* ei kansainvälisen oikeuden lohkona ja normikokonaisuutena tyhjene yksittäisen yleissopimuksen sanamuotoihin. Siinä hahmotellaan vakiintuneesti tiettyjä velvollisuuksia, joihin valtion on loukkauksen johdosta ryhdyttävä. Olisi erikoista, jos kansainvälinen ihmisoikeustribunaali ei saisi tässä suhteessa ohjata loukkaukseen syyllistyneitä valtioita.

⁷⁵ Ks. näistä esim. Leach 2013; Cremer 2014, s. 40 ss.; Laffranque 2014, s. 98 ss.; Sicilianos 2014, s. 287–301; Reid 2015, s. 1096–1100; Heikkilä 2016, s. 80–84; Mowbray 2017.

⁷⁶ Gençel c. Turquie 23.10.2003, k. 27.

⁷⁷ Esim. Tahir Duran c. Turquie 29.1.2004, k. 23; Öcalan v. Turkey [GC] 12.5.2005, k. 210.

⁷⁸ Ilatovskiy v. Russia 9.7.2009, k. 49

⁷⁹ Kostadin Mihaylov v. Bulgaria 27.3.2008, k. 60.

⁸⁰ Somogyi v. Italy 18.5.2004, k. 86; R.R. c. Italie 9.6.2005, k. 76; Sejdic v. Italy [GC] 1.3.2006, k. 126.

⁸¹ Spinu c. Roumanie 29.4.2008, k. 82; Moreira Ferreira c. Portugal 5.7.2011, k. 41.

⁸² Bracci c. Italie 13.10.2005, k. 75; Vaturi c. France 13.4.2006, k. 63.

⁸³ Drassich c. Italie 11.12.2007, k. 46; Mattei c. France 19.12.2006, k. 51.

⁸⁴ Ünel c. Turquie 27.5.2008, k. 55.

⁸⁵ Salduz v. Turkey [GC] 27.11.2008, k. 72.

esimerkiksi useita Länsi-Euroopan maita on joukossa. Suomea koskeviin tuomioihin lausumia ei ole sisältynyt silloinkaan, kun valittaja on nimenomaisesti pyytänyt tällaisia mainintoja.⁸⁶ Reopening-lausumat liittyvät ennen kaikkea 6 artiklan loukkauksiin. Useimmiten kyseessä on ollut rikosprosessi⁸⁷, mutta lausumaa on käytetty myös hallintoprosessissa⁸⁸ ja siviiliprosessissa⁸⁹. EIT on lausunut vastaavan lähestymistavan sopivan myös rikosoikeudellista laillisuusperiaatetta koskevan 7 artiklan vastaisiin rikostuomioihin,⁹⁰ ja se on saattanut käyttää lausumaa myös omaisuuden suojan loukkauksissa⁹¹. Lausumat on yleensä muotoiltu jommallakummalla seuraavista tavoista:

sopivin keino loukkauksen korjaamiseen olisi (lähtökohtaisesti) purku;⁹²
purku olisi (lähtökohtaisesti) *sopiva* keino loukkauksen korjaamiseen.⁹³

EIT on ollut korostetun varovainen sisällyttämään purkamista koskevaa määräystä *tuomiolauselmaan*, ja tällaisia tapauksia onkin löydettävissä vain kourallinen.⁹⁴ Tälle kouralliselle on vaikea löytää mitään sellaista yhteistä nimittäjää, joka erottaisi ne muista 6 artiklan loukkausta koskevista tuomioista. Pikemminkin tuomiolauselmaan sisällytetyt reopening-määräykset voitaneen nähdä eräänlaisina tuomioistuimen 1. ja 3. jaostoon – ja

⁸⁶ Ks. Natunen v. Finland 31.3.2009, k. 56–58; Kari-Pekka Pietiläinen v. Finland 22.9.2009, k. 37–39.

⁸⁷ Rikosprosessissa lausumaa on voitu käyttää riippumatta siitä, liittyykö 6 artiklan loukkaus ensi sijassa tuomioistuinmenettelyyn vai esimerkiksi esitutkintaan (ks. esim. Salduz v. Turkey [GC] 27.11.2008, k. 72).

⁸⁸ Esim. Yanakiev v. Bulgaria 10.8.2006, k. 90; Mehmet and Suna Yiğit v. Turkey 17.7.2007, k. 47.

⁸⁹ Esim. Cudak v. Lithuania [GC] 23.3.2010, k. 79; Vojtěchová v. Slovakia 25.9.2012, k. 27 ja 48; Tence v. Slovenia 31.5.2016, k. 43.

⁹⁰ Dragotoni u. Militaru-Pidhorni c. Roumanie 24.5.2007, k. 55.

⁹¹ Trgo v. Croatia 11.6.2009, k. 75; Brezovec v. Croatia 29.3.2011, k. 79.

⁹² Esim. Somogyi v. Italy 18.5.2004, k. 86; Baltiņš v. Latvia 8.1.2013, k. 73.

⁹³ Öcalan v. Turkey [GC] 12.5.2005, k. 210; Sejdic v. Italy [GC] 1.3.2006, k. 126; Cudak v. Lithuania [GC] 23.3.2010, k. 79.

⁹⁴ Tuomiolauselmaan rajattu sanahaku HUDOC-tietokannassa hakusanoilla reopen, reopening, rouvrir ja réouverture tuottaa 7 hakutulosta (tarkastelupäivä 23.4.2019). Varsinaiset reopening-määräykset sisältyvät tapauksiin Lungoci c. Roumanie 26.1.2006, Iosif et autres c. Roumanie 20.12.2007, Maksimov v. Azerbaidjan 8.10.2009, T.Ç. et H.Ç. c. Turquie 26.7.2011 ja Ajdaric v. Croatia 13.12.2011. Kaikkien tuomioiden perusteluista ilmenee, että kansallisessa oikeudessa oli säädetty tuomionpurusta EIT:n toteaman loukkauksen perusteella. – Ks. lisäksi Ateş Mimarlık Mühendislik A.Ş. v. Turkey 25.9.2012, tuomiolauselman k. 6(a), jossa reopening-lauseke on muotoiltu pikemminkin suosituksiksi, sekä Claes et autres c. Belgique 2.6.2005, tuomiolauselman k. 5(a), jossa purkaminen ja rahahyvitys on mainittu keskenään vaihtoehtoisina velvollisuuksina.

tiettyyn ajanjaksoon – liittyvinä erityistapauksina.⁹⁵ EIT:n suuri jaosto ei ole sisällyttänyt reopening-lausumia tuomiolauselmaan, ja suuri jaosto totesi vuosina 2009 ja 2017, ettei EIT:lla ole toimivaltaa antaa sitovaa purkamismääräystä.⁹⁶ Lisäksi on tapauksia, joissa tuomiolauselmassa ei ole lausuttu tuomionpurusta tai uudesta oikeudenkäynnistä sinänsä, vaan toimista, jotka voivat *de facto* edellyttää tuomion lainvoiman syrjäyttämistä. Esimerkiksi suuren jaoston vuonna 2009 antamassa Scoppola (no. 2) -tuomiossa Italia velvoitettiin korvaamaan 7 artiklaa loukaten tuomittu elinkautinen vankeusrangaistus lievemmällä seuraamuksella, minkä voidaan lähtökohtaisesti olettaa edellyttävän myös ratkaisun lopullisuuteen puuttumista.⁹⁷ Samasta näkökulmasta voidaan tarkastella myös Oleksandr Volkov -tuomiota, jossa määrättiin, että lainvoimaisesti erotettu korkeimman oikeuden tuomari oli mahdollisimman pian palautettava virkaansa.⁹⁸

Ulkopuolisen on vaikea ennustaa, milloin EIT sisällyttää tuomionpurkua koskevan – siihen ohjaavan tai velvoittavan – lausuman tuomioonsa. Täytäntöönpanolausumia koskevaa käytäntöä on ylipäänsä kritisoitu epäjohtonmukaisuudesta.⁹⁹ Ruedin katsoo, että EIT näyttäisi edellyttävän purkua silloin, kun sopimusvaltion oikeus mahdollistaa tämän ja kun lisäksi juuri tuomionpurku vaikuttaa keinolta, jolla valittaja voidaan saattaa niin pitkälle kuin mahdollista tilanteeseen, jossa hän olisi ilman loukkausta. Toisin kuin ministerikomitea, EIT välttää Ruedinin mukaan lausumasta purkamisesta silloin, kun mahdollisuus tähän puuttuu kansallisesta oikeudesta.¹⁰⁰ Toisaalta EIT:n käytännöstä löytyy tapauksia, joissa puuttuvan purkumahdollisuuden luontiin on voimakkaasti kannustettu.¹⁰¹

Täyttä selvyyttä ei ole myöskään täytäntöönpanolausumien mahdollisesta oikeudellisesta velvoittavuudesta silloin, kun lausumat sijoitetaan – tyypil-

⁹⁵ Tätä päätelmää tukee myös silloisten 1. jaoston tuomareiden Malinverni ja Spielmann sinnikäs pyrkimys saada reopening-lausumia tuomiolauselmaan useissa 6 artiklan loukkausta koskevissa asioissa. Useimmiten tuomarit jäivät tässä suhteessa vähemmistöön. Ks. tätä koskevista eräivistä mielipiteistä kootusti esim. sanottujen tuomareiden erivä mielipide asiassa Vusic v. Croatia 1.7.2010, alaviite 1.

⁹⁶ Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) v. Switzerland (no. 2) [GC] 30.6.2009, k. 89; Moreira Ferreira v. Portugal (no. 2) [GC] 11.7.2017, k. 48. Jälkimmäiseen tuomioon liittyvässä tuomari Pinto de Albuquerque ym. erivässä mielipiteessä tämä kuitenkin kiistetään (k. 11) viittaamalla eräisiin vastasuuntaisiin jaostoratkaisuihin.

⁹⁷ Scoppola v. Italy (no. 2) [GC] 17.9.2009, tuomiolauselman k. 6(a).

⁹⁸ Oleksandr Volkov v. Ukraine 9.1.2013, tuomiolauselman k. 9.

⁹⁹ Ks. esim. Donald 2017; Lambert-Abdelgawad 2018, s. 327; Moreira Ferreira v. Portugal (no. 2) [GC] 11.7.2017, tuomari Pinto de Albuquerque ym. erivä mielipide, k. 18 ja tuomari Kuriksen ym. erivä mielipide, k. 2.

¹⁰⁰ Ruedin 2009, s. 161.

¹⁰¹ Laska and Lika v. Albania 20.4.2010, k. 76–77; Tence v. Slovenia 31.5.2016, k. 43. Ks. myös Leach 2013, s. 152.

lisempään tapaan – vain *perusteluihin* eikä tuomiolauselmaan.¹⁰² Vallalla on yleisen kansainvälisen oikeuden mukainen kanta, jonka mukaan ainoastaan tuomiolauselma saa juridis-muodollisessa mielessä sitovuuden.¹⁰³ Toisaalta tuomiolauselma on kiinteästi sidoksissa perusteluihin, koska esimerkiksi loukkauksen luonne ei yksinomaan tuomiolauselmaa tarkastelemalla avaudu kunnolla.¹⁰⁴ Vuonna 2017 annettu suuren jaoston Moreira Ferraira (no. 2) -tuomio toi esille EIT:n sisällä vallitsevat eriävät näkemykset perusteluihin sijoitettujen täytäntöönpanolausumien sitovuudesta. Tuomari Pinto de Albuquerque katsoi eriävässä mielipiteessään, johon kuusi muuta tuomaria yhtyi, että perusteluihin sisältyvillä täytäntöönpanolausumilla olisi suoraan ”the same legal force” kuin tuomiolauselmaan sisältyvillä.¹⁰⁵ Enemmistö vältti ottamasta asiaan aivan eksplisiittistä kantaa, mutta ainakaan kyseisen tapauksen taustalla ollutta melko väljää reopening-klausuulia ei pidetty sitovana.¹⁰⁶ Ruedin ja Lambert ovat katsoneet, että perusteluihin sijoitetut täytäntöönpanolausumat *de facto* kaventavat sopimusvaltioiden harkintavaltaa täytäntöönpanokeinojen valinnassa.¹⁰⁷

Omalta osaltani olisin sitä mieltä, että kun sopimusvaltioilla joka tapauksessa on EIS 46 artiklan mukaiset täytäntöönpanovelvollisuudet – esimerkiksi velvollisuus tarjota valittajalle *restitutio in integrum* – olisi vaikeaa olla antamatta oikeudellista merkitystä sille, että EIT itse on tuomionsa perusteluissa lausunut käsityksensä sopivimmasta keinosta *restitutio in integrum* -päämäärän saavuttamiseksi. Perusteluihin sisältyvä lausuma ei ehkä itsessään saa sitovuutta, mutta lausuma heijastaa EIT:n tuomion täytäntöönpanoa ohjaavaan normatiiviseen kenttään epäilemättä vahvan leimansa. Esittäisin, että huomiota kannattaa kiinnittää ennen muuta siihen, *mitä täytäntöönpanolausumassa itse asiassa sanotaan ja kuinka vahvasti*.

Kiistattomana voidaan pitää sitä, että tuomiolauselmaan sisältyvät täytäntöönpanolausumat ovat oikeudellisesti velvoittavia – tällaisen lausuman noudattamisesta eivät voine poiketa sen enempää ministerikomitea valvojan roolissaan kuin etenkään sopimusvaltiot täytäntöönpanotehtävässään.¹⁰⁸

Väärinkäsitysten välttämiseksi on syytä korostaa, ettei EIT ole milloinkaan antanut ymmärtää, että tuomionpurkuun olisi loukkaustuomion jälkeen aina

¹⁰² Tästä vallitsevan epäselvyyden tuo esiin esim. Donald 2017.

¹⁰³ Esim. Ruedin 2009, s. 111; Heikkilä 2016, s. 102; Harris et al. 2018, s. 172.

¹⁰⁴ Ruedin 2009, s. 111; Heikkilä 2016, s. 102–103.

¹⁰⁵ Moreira Ferreira v. Portugal (no. 2) [GC] 11.7.2017, mainitun eriävän mielipiteen k. 17.

¹⁰⁶ Tuomion k. 92–93.

¹⁰⁷ Lambert 1999, s. 148; Ruedin 2009, s. 93.

¹⁰⁸ Ks. myös Cremer 2014, s. 46; Sicilianos 2014, s. 301; Heikkilä 2016, s. 85.

ryhdyttävä. EIT totesi vuonna 2009 annetussa suuren jaoston ratkaisussa, ettei purkamista tulisi nähdä itsetarkoituksena, vaan yhtenä – joskin olennaisen tärkeänä – keinona EIT:n tuomioiden täytäntöönpanossa.¹⁰⁹ Mitä tulee erityisesti 6 artiklan loukkausta koskeviin reopening-lausumiin, suuri jaosto kiteytti vuoden 2017 Moreira Ferraira -tuomiossa EIT:n noudattamat periaatteet seuraavasti:

(a) Where an individual has been convicted following proceedings that have entailed breaches of the requirements of Article 6 of the Convention, a retrial or the reopening of the case, if requested, represents in principle an appropriate way of redressing the violation. However, the specific remedial measures, if any, required of a respondent State in order for it to discharge its obligations under the Convention must depend on the particular circumstances of the individual case and be determined in the light of the Court’s judgment in that case, and with due regard to the Court’s case-law.

(b) In particular, it is not for the Court to indicate how any new trial is to proceed and what form it is to take. The respondent State remains free to choose the means by which it will discharge its obligation to put the applicant, as far as possible, in the position he would have been in had the requirements of the Convention not been disregarded, provided that such means are compatible with the conclusions set out in the Court’s judgment [...].¹¹⁰

Lisäksi EIT on tunnustanut tuomioiden lopullisuuden merkityksen oikeusvarmuuden kannalta – näin myös eräissä EIS:n loukkauksen seurauksia käsitelleissä ratkaisuissa – ja saattanut lausua jopa niin päin, ettei purkamista tietyssä tapauksessa edellytetä.¹¹¹ Lisäksi se on eräissä tapauksissa jättänyt mainitsemasta purkamisesta, vaikka valittaja on tällaista mainintaa nimenomaisesti vaatinut.¹¹²

Lopuksi voidaan esittää muutama yleinen havainto täytäntöönpanolausumien eduista ja riskeistä. Kirjallisuudessa on katsottu, että täytäntöönpanolausumat voivat helpottaa täytäntöönpanoprosessia Euroopan neuvostossa ja sopimusvaltioissa sekä parantaa yksilön mahdollisuuksia saada tilanteeseensa

¹⁰⁹ Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) v. Switzerland (no. 2) [GC] 30.6.2009, k. 90.

¹¹⁰ Moreira Ferreira v. Portugal (no. 2) [GC] 11.7.2017, k. 50. – Tuomiossa myös todetaan (k. 99), että mahdollisuus tuomionpurkuun EIT:n tuomion perusteella ”demonstrates a Contracting State’s commitment to the Convention and to the Court’s case-law”.

¹¹¹ Ks. esim. Henryk Urban and Ryszard Urban v. Poland 30.11.2010, k. 56 ja 65–67. – EIT on myös saattanut todeta, että purkaminen olisi sinänsä sopiva keino, mutta se vaikuttaa olevan tapauksen olosuhteissa mahdoton toteuttaa (Stoyanov-Kobuladze v. Bulgaria 25.3.2014, k. 55), tai että tapauksen olosuhteissa asia jää kansallisen purkuinstanssin harkintaan (Beuzem v. Belgium [GC] 9.11.2018, k. 200).

¹¹² Esim. Freitag v. Germany 19.7.2007, k. 60–61.

mahdollisimman täydellinen korjaus. Toisaalta on esitetty, ettei EIT:lla ole läheskään yhtä hyviä tietoja sopimusvaltion mahdollisuuksista tiettyihin täytäntöönpanotoimiin tai väylää pitkäjänteiseen dialogiin valtion kanssa kuin ministerikomitealla, joka on luonteeltaan diplomaattiseen vertaispaineeseen nojaava foorumi.¹¹³ Toisin sanoen vaarana kehityksessä on nähty, että EIT tulee vaatineeksi sellaisia yksilöä koskevia täytäntöönpanotoimia, jotka eivät ole optimaalisia tai ovat jopa mahdottomia toteuttaa. Yhtenä näkökohtana on esitetty myös EIT:n ja EN:n ministerikomitean keskinäisen toimivalanjaon hämärtyminen ja etäännyminen siitä, mitä EIS:n määräyksissä on tarkoitettu.¹¹⁴ Shany on laajassa kansainvälisten tuomioistuinten tehokkuutta koskevassa tutkimuksessaan esittänyt, että mitä kunnianhimoisempia määräyksiä tietty tuomioistuin antaa, sitä suurempi vaikuttavuus tuomioilla voi täytäntöönpanon onnistuessa olla, mutta vastaavasti sitä suuremmaksi käy riski valtioiden vastarinnasta ja tuomioiden noudattamatta jättämisestä.¹¹⁵ Mitä tulee erityisesti EIS:n järjestelmään, hänen mukaansa on merkkejä siitä, että EIT:n siirryttyä antamaan kunnianhimoisempia määräyksiä myös tuomioiden täytäntöönpano on hidastanut.¹¹⁶

3.3 Ministerikomitean rooli

Velvollisuus panna EIT:n tuomiot täytäntöön on olemassa täysin siitä riippumatta, onko EIT antanut tuomiossaan täytäntöönpanolausumia vai ei.¹¹⁷ Täytäntöönpanon valvonta ei kuulu EIT:n toimivaltaan, vaan EN:n

¹¹³ Toisaalta EIT:n ratkaisukokoonpanoon kuuluu aina kyseisen sopimusvaltion suhteen valittu tuomari eikä estettä liene myöskään täytäntöönpanoon liittyvien näkökohtien keskusteluttamiselle asianosaisilla (valittajalla ja hallituksella). Sheltonin (2015, s. 308) mukaan tällainen keskusteluttaminen on kuitenkin melko harvinaista.

¹¹⁴ Täytäntöönpanolausumien hyötyihin ja haittoihin liittyvästä keskustelusta ks. esim. Papier 2006, s. 3; Villiger 2014, s. 36–37; Heikkilä 2016, s. 86–88 ja Strasbourgissa 8.11.2017 pidetyn ”Human Rights Law Implementation” -tutkimusprojektiin liittyvän seminaarin aineistot osoitteessa <http://www.bristol.ac.uk/law/news/2018/esrc-hrlip-seminar-strasbourg.html>.

¹¹⁵ Shany 2014, s. 120–122. Ks. myös Shelton 2015, s. 401.

¹¹⁶ Shany 2014, s. 126 ja 268.

¹¹⁷ Ks. myös esim. Ilgar Mammadov v. Azerbaijan [GC] 29.5.2019, k. 186: ”Consequently, the absence of an explicit statement relevant to execution in the first Mammadov judgment is not decisive for the question whether there has been a failure by Azerbaijan to fulfil its obligations under Article 46 § 1. What is decisive is whether the measures taken by the respondent State are compatible with the conclusions and spirit of the Court’s judgment.” – Mahdolliset täytäntöönpanolausumat voivat kuitenkin vaikuttaa esimerkiksi siihen, kuinka intensiivisesti ministerikomitea valvoo täytäntöönpanoa, etenkin jos täytäntöönpanolausumat liittyvät järjestelmällisten ihmisoikeusloukkausten identifointiin (Mowbray 2017, s. 474).

ministerikomitealle.¹¹⁸ EIT on toimivaltainen täytäntöönpanoasiassa ainoastaan silloin, kun ministerikomitea pyytää EIS 46 artiklan 3 kohdassa tarkoitettua tuomion tulkintaa taikka käynnistää saman artiklan 4 kohdassa tarkoitetun rikkomusmenettelyn.¹¹⁹ Eri asia on, että asiassaan voittaneella valittajalla saattaa olla uuden informaation johdosta oikeus saada uusi, samaa asiakokonaisuutta koskeva valitus tutkittavaksi (ks. jakso 7.2).

Ministerikomiteaa voi luonnehtia Euroopan neuvoston ylimmäksi päättäväksi elimeksi. EN:n perussäännön¹²⁰ 14 artiklan mukaan jokaisella sopimusvaltiolla on ministerikomiteassa yksi ääni, ja sopimusvaltioita edustavat ulkoministerit tai näiden sijaiset.¹²¹ Ministerikomitean toimivalta valvoa EIT:n tuomioiden täytäntöönpanoa perustuu EIS 46(2) artiklaan. EN:n sihteeristöön kuuluvalla täytäntöönpanoyksiköllä (Execution Department) on keskeinen rooli täytäntöönpanovalvonnassa avustamisessa, sillä ministerikomitea kokoontuu puheena olevissa asioissa vain neljästi vuodessa. Täytäntöönpanoyksikössä työskentelee noin 25 lakimiestä, jotka edustavat monipuolisesti eri sopimusvaltioita.¹²² Tuomioiden täytäntöönpanoa koskevien ministerikomitean sääntöjen (jäljempänä *täytäntöönpanosäännöt*¹²³) 6 kohdan mukaan ministerikomitean on tarkistettava, onko mahdollisesti määrätty rahahyvytys maksettu, ja tämän lisäksi

- b. if required, and taking into account the discretion of the High Contracting Party concerned to choose the means necessary to comply with the judgment, whether:
- i. individual measures have been taken to ensure that the *violation has ceased* and that the injured party is *put, as far as possible, in the same situation as that party enjoyed prior to the violation* of the Convention;
 - ii. general measures have been adopted, *preventing new violations* similar to that or those found or putting an end to continuing violations.

¹¹⁸ Esim. *Moreira Ferreira v. Portugal* (no. 2) [GC] 11.7.2017, k. 102.

¹¹⁹ EIT on ensimmäisessä – ja toistaiseksi ainoassa – rikkomusmenettelyssä annetussa tuomiossaan korostanut (*Ilgar Mammadov* [GC] 29.5.2019, k. 166), ettei rikkomusmenettelyn luomisella pyritty järkyttämään ministerikomitean ja EIT:n välisen toimivallanjaan tasapainoa eikä millään tavoin syrjäyttämään ministerikomiteaa.

¹²⁰ Statute of the Council of Europe 5.5.1949.

¹²¹ Täytäntöönpanoasiat käsitellään käytännössä aina ministerien sijaisten eli suurlähettiläiden kokoonpanossa. Suurlähettiläätkin saavat käyttää sijaisia. (Heikkilä 2016, s. 180.)

¹²² Heikkilä 2016, s. 180–181.

¹²³ Rules of the Committee of Ministers for the supervision of the execution of judgments and of the terms of friendly settlements 10.5.2006, as amended on 18.1.2017.

Loukkaustuomion tultua lopulliseksi se toimitetaan ministerikomitealle. Ministerikomitea pyytää sopimusvaltiota esittämään suunnitelman toimenpiteistä, joihin loukkaustuomion johdosta aiotaan ryhtyä (action plan), ja arvioi tämän jälkeen suunnitelman asianmukaisuutta.¹²⁴ Valittaja ei ole täytäntöönpanoprosessin asianosainen eikä voi osallistua ministerikomitean kokouksiin, jotka pidetään lähtökohtaisesti suljetuin ovin (EN:n perussäännön 21 artikla). Valittaja ja esimerkiksi kansalaisjärjestöt voivat kuitenkin toimittaa ministerikomitealle tietoa täytäntöönpanon etenemisestä.¹²⁵ Valtio toimittaa toimintaraportin (action report) katsoessaan toteuttaneensa riittävät täytäntöönpanotoimet. Ministerikomitea tekee päätöksen täytäntöönpanoprosessin päättymisestä (final resolution)¹²⁶ katsoessaan toimet riittäviksi (täytäntöönpanosääntöjen 17 kohta). Siihen asti asia pysyy ministerikomitean agendalla täytäntöönpanosääntöjen 7 kohdassa mainituin väliajoin.

Ongelmatapauksissa ministerikomitean käytössä on useita täytäntöönpanoa edistäviä keinoja, jotka ilmentävät täytäntöönpanoprosessin diplomaattis-hallinnollista luonnetta.

Näitä ovat muun muassa ministerikomitean kokouksessa käytävä debatti¹²⁷, erityispäätökset (special decisions), erilaiset diplomaattisen painostuksen keinot, täytäntöönpanoprosessia koskevan julkisuuden lisääminen esimerkiksi lehdistötiedotteiden avulla sekä välipäätökset (interim resolutions).¹²⁸ Oikeudellisena keinona on EIS 46(4) artiklassa tarkoitetun rikkomusmenettelyn käynnistäminen valtiota vastaan EIT:ssa. Menettely on ollut käytettävissä vuodesta 2010 lukien, jolloin 14. lisäpöytäkirja tuli voimaan. Keinon järeydestä kertoo kuitenkin se, että ensimmäinen ja toistaiseksi ainut rikkomusmenettely käynnistettiin vuoden 2017 lopussa eräässä azerbaidzanilaisessa tapauksessa (ks. jakso 7.1). Aivan äärimmäisenä keinona olisi sopimusvaltion jäsenoikeuksien pidättäminen tai Euroopan neuvoston jäsenyydestä erottaminen EN:n perussäännön 8 artiklan mukaisin edellytyksin.¹²⁹

Suomea koskevissa tapauksissa on jouduttu käyttämään yllä luetelusta keinovalikoimasta ainoastaan debattia ja erityispäätöstä. Heikkilän

¹²⁴ Ruedin 2009, s. 18.

¹²⁵ Heikkilä 2016, s. 200–203 ja täytäntöönpanosääntöjen 9 kohta.

¹²⁶ Nämä päätökset ja mahdolliset välipäätökset samoin kuin valtion täytäntöönpanoprosessin kuluessa toimittamat action plan ja action report -asiakirjat ovat nykyisin aiempaa laajemmin saatavilla Internetistä HUDOC EXEC -tietokannan ansiosta (<http://hudoc.exec.coe.int>).

¹²⁷ Ministerikomitea ei suinkaan käy nimenomaista debattia kaikista loukkaustuomioista, vaan kohdentaa debatoinnin todelliseen tarpeeseen. Debatteja ehditään käydä yhden kokouksen aikana tyypillisesti noin 15 asiasta. Ks. Heikkilä 2016, s. 206.

¹²⁸ Ruedin 2009, s. 29 ss.; Heikkilä 2016, s. 205 ss.

¹²⁹ Ruedin 2009, s. 35–38; Heikkilä 2016, s. 216–218.

havaintojen mukaan näitäkin keinoja on vuonna 2004 käyttöön otettujen menettelytapojen (mukaan lukien debatin kohteeksi ottamista koskevat kriteerit) aikakaudella käytetty ainoastaan kerran, ns. Kangasluoma-ryhmän tapauksissa vuonna 2009.¹³⁰

Ministerikomitean valvontakäytännössä kansallisten tuomioiden purkamisen on jo varsin varhain tunnistettu yhdeksi tärkeäksi keinoksi *restitutio in integrum* -päämäärän saavuttamisessa. Esimerkiksi 1960-luvun alkupuolella ministerikomitea totesi täytäntöönpanon loppuun suoritetuksi Itävallan säädettyä lain, jonka johdosta valittajat saivat heille vastaisen rikostuomion puretuksi.¹³¹ Vastaavia esimerkkejä löytyy myös myöhemmiltä vuosikymmeniltä.¹³² Vuosien mittaan ministerikomitea alkoi enenevässä määrin kiinnittää huomiota yksilöä koskeviin täytäntöönpanotoimiin.¹³³

Nykyisin ministerikomitea voi tuomionpurun osalta hyödyntää eräänlaisena mittatikkuna antamansa suosituksen Rec(2000)2 mukaista kriteeristöä:

I. Invites, in the light of these considerations the Contracting Parties to ensure that there exist at national level adequate possibilities to achieve, as far as possible, *restitutio in integrum*;

II. Encourages the Contracting Parties, in particular, to examine their national legal systems with a view to *ensuring that there exist adequate possibilities of re-examination of the case, including reopening of proceedings*, in instances where the Court has found a violation of the Convention, especially where:

- (i) the injured party *continues to suffer very serious negative consequences* because of the outcome of the domestic decision at issue, *which are not adequately remedied by the just satisfaction and cannot be rectified except by re-examination or reopening, and*
- (ii) the judgment of the Court leads to the conclusion that
 - (a) the impugned domestic decision is *on the merits contrary to the Convention*, or
 - (b) the violation found is based on *procedural errors or shortcomings of such gravity that a serious doubt is cast on the outcome of the domestic proceedings complained of*.

Silloin kun suosituksen Rec(2000)2 edellytykset täyttyvät eikä kansallisessa järjestelmässä ole mahdollisuutta purkamiseen, ministerikomitea

¹³⁰ Heikkilä 2016, s. 218–220.

¹³¹ DH(63)2 Pataki and Dunshirn v. Austria 16.9.1963; DH(64)1 Glaser and Others v. Austria 5.6.1964.

¹³² Esimerkiksi 1980-luvulla Unterpertinger-asiassa tuomionpurun toteutuminen mahdollisti täytäntöönpanon katsomisen loppuun suoritetuksi, ks. DH(89)2 Unterpertinger v. Austria 18.1.1989.

¹³³ Näin Hunt 2005, s. 38–39; Lambert-Abdelgawad 2008, s. 21.

voi edellyttää, että tällainen mahdollisuus luodaan lainsäädäntöteitse.¹³⁴ Esimerkkeinä voidaan mainita Hulki Günes-¹³⁵, Hakkar-¹³⁶ ja Dorigo-tapaukset¹³⁷. Jos kansallisessa järjestelmässä on olemassa purkumahdollisuus ja suosituksen Rec(2000)2 edellytykset täyttyvät, voidaan ministerikomitean valvontakäytännön valossa puhua purkuvelvollisuudesta.¹³⁸ Jos suosituksen Rec(2000)2 edellytykset eivät täyty, ei voitane ainakaan ministerikomitean käsittelyn kannalta puhua purkuvelvollisuudesta,¹³⁹ vaan sopimusvaltiolla on enemmän liikkumavaraa täytäntöönpanokeinojen valinnassa. Ministerikomitea saattaa tällaisessa tapauksessa vaieta purkamisesta tai todeta, ettei sitä edellytetä,¹⁴⁰ taikka ministerikomitean päätöksen liitteestä saattaa vain ilmetä, että hallitus on ilmoittanut purun *hakemisen* olevan mahdollista¹⁴¹.

Kynnys sille, että ministerikomitea todella vaatii purkua loppuun asti, näyttäisi siten olevan varsin korkealla. Tällaiselle käsitykselle tuonee jossain määrin tukea myös se seikka, että Suomea koskevissa loppuun käsitellyissä valvonta-asioissa ministerikomitea on yleensä tyytynyt yleisluonteisesti toteamaan, että purku on Suomessa mahdollista, jäämättä valvomaan, toteutuuko purku todella.¹⁴² Toisaalta argumentin merkitys voidaan kiistää väittämällä, että ministerikomitea on saattanut yksinkertaisesti luottaa tietyn valtion reopening-käytännön tehokkuuteen aiempien purkuratkaisujen perusteella. Nähdäkseni kuitenkin silloin, kun käsillä olisi tilanne, joka ministerikomitean mielestä välttämättä edellyttää purkua, se jää valvomaan, että näin myös tapahtuu. Tarkemmin sanoen *menettelyvirheiden* tapauksessa ministerikomitea valvoo, että uusi oikeudenkäynti todella

¹³⁴ Ks. Ruedin 2009, s. 162 (alav. 754) ja 168–169; Heikkilä 2016, s. 128.

¹³⁵ Ministerikomitean välipäätös ResDH(2007)150 Hulki Günes v. Turkey 5.12.2007.

¹³⁶ ResDH(2001)4 Hakkar v. France 14.2.2001.

¹³⁷ Ministerikomitean välipäätös ResDH(2005)85 Dorigo Paolo v. Italy 12.10.2005.

¹³⁸ Ruedin 2009, s. 170; Heikkilä 2016, s. 129. – Purkuvelvollisuudesta puhuminen tällaisessa tilanteessa on mielestäni luonnollista – myös yksinomaan korjaamisvelvollisuutta tarkasteltaessa – sen johdosta, että 1) 46 artikla velvoittaa korjaamaan loukkauksen seuraukset *niin pitkälle kuin mahdollista* (ja jos kansallinen lainsäädäntö mahdollistaa purkamisen, purkaminen mahtuu ilmaisiin ”niin pitkälle kuin mahdollista” piiriin) ja että 2) suosituksen Rec(2000)2 tiukka II(i)-kriteeri sisältää jo sisään rakennettuna ajatuksen purun välttämättömyydestä *restitutio in integrum* -päämäärän saavuttamisen kannalta (”cannot be rectified except by re-examination or reopening”).

¹³⁹ Ruedin 2009, s. 171; Heikkilä 2016, s. 130.

¹⁴⁰ Esim. ResDH(2004)88 Saunders v. the United Kingdom 21.12.2004; ResDH(2005)93 Gabarri Moreno v. Spain 26.10.2005; ResDH(2007)79 Yvon v. France 20.6.2007; ResDH(2005)86 Lucà v. Italy 12.10.2005.

¹⁴¹ Esim. ResDH(2003)177 D.N. v. Switzerland 6.1.2004, appendix; ResDH(2004)41 Stambuk v. Germany 20.7.2004, appendix. Ks. myös Lambert-Abdelgawad 2006, s. 208 alav. 29.

¹⁴² Ks. esimerkkejä Heikkilä 2016, s. 362–364.

aloitetaan, ja *aineellisten virheiden* tapauksessa se varmistaa yleensä jopa sen, onko uuden oikeudenkäynnin lopputulos ”oikea” eli tuoko se korjauksen valittajan tilanteeseen.¹⁴³

Tuomionpurkua koskevaa ministerikomitean käytäntöä tarkastelemalla on kuitenkin erittäin vaikeaa antaa varmoja vastauksia siihen, milloin purkuvelvollisuus on valvontakäytännön valossa yleisesti ottaen olemassa. Koska valvonta on luonteeltaan lähinnä poliittis-diplomaattista, valvontaratkaisuja ei ole helppo tulkita ja systematisoida oikeustieteellisin metodein. Lambert-Abdelgawadin mukaan mahdollisen purkuvelvollisuuden arviointi ministerikomiteassa on tilannekohtaista ja siihen vaikuttaa loukkauksen laatuakin enemmän se, millaisessa tilanteessa valittaja on juuri sanotun arvioinnin hetkellä – eli suorittaako valittaja esimerkiksi edelleen vankeusrangaistustaan tai kärsiikö hän muutoin edelleen vakavasti loukkauksen seurauksista. Samoin ministerikomitea voi ottaa huomioon sen, ettei valittaja ole itseään kiinnostunut uudesta oikeudenkäynnistä.¹⁴⁴

Sitä vastoin ei tuota vaikeuksia todeta, että kun ministerikomitea yksittäisessä tapauksessa lähtee tuomionpurun vaatimisen tielle, kysymyksessä on eittämättä oikeudellinen velvoite. EIS 46 artiklan mukaan valtion on noudatettava EIS:n tuomiota ja toimivalta valvoa tuomion täytäntöönpanoa kuuluu ministerikomitealle. Valtion kansainvälisoikeudellinen velvoite panna tuomiot täytäntöön ei voi sammua niin kauan kuin ministerikomitea pitää täytäntöönpanotoimia riittämättöminä.¹⁴⁵

Miten ministerikomitea sitten suhtautuu EIT:n tuomioiden perusteluissa esiintyviin reopening-lausumiin – edellyttääkö ministerikomitea, että purku näissä tapauksissa toteutuu? Kysymykseen vastaaminen edellyttää otannan tekemistä reopening-lausuman sisältävistä tuomioista ja kyseisiä asioita koskevien ministerikomitean valvontaratkaisujen tarkastelemista. Purkulausuman sisältäviä EIT:n tuomioita on liian runsaslukuinen ja heterogeeninen joukko kaiken kattavan tarkastelun tekemiseksi.¹⁴⁶ Olenkin

¹⁴³ Lambert-Abdelgawad 2006, s. 228; Ruedin 2009, s. 170; Heikkilä 2016, s. 129–130. – Valvonnan ulottumisesta tarvittaessa jopa siihen saakka, että loukkaus uudessa oikeudenkäynnissä korjautuu, ks. myös EIT:n toteamus asiassa Navalnyy v. Russia 17.10.2017, k. 95; Lambert-Abdelgawad 2008, s. 21.

¹⁴⁴ Lambert-Abdelgawad 2006, s. 207. Ks. myös Ruedin 2009, s. 40–41; ResDH(2005)93 Gabarri Moreno v. Spain 26.10.2005.

¹⁴⁵ Ks. sama ajatus toisin muotoiltuna tuomiossa Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) v. Switzerland (no. 2) [GC] 30.6.2009, k. 85: ”... a total or partial failure to execute a judgment of the Court can engage the State Party’s international responsibility.” Samoin Ilgar Mammadov v. Azerbaijan [GC] 29.5.2019, k. 150.

¹⁴⁶ Esimerkiksi kymmeniä turkkilaisia tapauksia ei liene mielekäästä tarkastella, koska ministerikomitea on mitä ilmeisimmin joutunut ratkaisemaan sellaista tuomioistuinten riippumattomuuteen liittyvää systemaattista ongelmaa, jolla Suomen oloissa tarkasteltuna olisi tutkimusaiheeni kannalta lähinnä kurioositeettiarvoa.

seuraavassa rajannut tapausjoukkoa seuraavilla kriteereillä:

- vastaajavaltiona on jokin *EU:n* jäsenvaltioista;
- EIT on lopullisessa tuomiossaan todennut 6 artiklan loukkauksen ja sisällyttänyt perusteluihin reopening-lausuman (”sopiva keino”- tai ”sopivin keino”-lausuman);¹⁴⁷
- tuomio on julkaistu englanniksi;¹⁴⁸ ja
- HUDOC EXEC -tietokannan tietojen mukaan täytäntöönpano on loppuun suoritettu (”case closed”)¹⁴⁹.

Taulukosta ilmenevästä tarkastelusta voidaan tehdä sellainen varovainen päätelmä, ettei EIT:n tuomion perusteluihin sisältyvä reopening-lausuma itsessään näyttäisi kategorisesti merkitsevän sellaista pakottavaa purkuvaikutusta, että ministerikomitea välttämättä a) jäisi loppuun asti valvomaan, toteutuuko purku, tai b) vaatisi sopimusvaltiota muuttamaan lainsäädäntöään silloin, kun purku on estynyt lainsäädännöllisestä syystä. Ministerikomitealle lienee edellä todetuin tavoin tärkeämpää se, täytyvätkö suosituksen Rec(2000)2 edellytykset, mukaan lukien arvio siitä, jatkuuko valittajalle kielteinen tilanne edelleen komitean tarkastelun hetkelläkin. Edellä käsitellyn aineiston lisäksi voidaan viitata esimerkiksi tunnettuun Öcalan-tapaukseen.¹⁵⁰ Toisaalta voi olla niin, että taulukon ”ministerikomitea ei näytä valvoneen loppuun asti, toteutuuko purku”-sarakkeen tapauksissa ministerikomitea on yksinkertaisesti luottanut siihen, että aiempien kyseistä maata koskevien kokemusten perusteella purun voidaan olettaa toteutuvan.

¹⁴⁷ Tekstihaku on toteutettu HUDOC-tietokannassa ilmaisuilla ”represents in principle an appropriate way” ja ”the most appropriate form of redress”. Hakutuloksista on erillisen tarkastelun perusteella poistettu tapaukset, joissa lausuma ei liity purkuun tai joissa sinänsä purkuun liittyvää lausumaa on jatkettu ilmaisulla, josta käy ilmi, ettei EIT kyseisessä tapauksessa kuitenkaan ole pitänyt purkua tarpeellisena (esim. Stoyanov-Kobuladze v. Bulgaria 25.3.2014, k. 55).

¹⁴⁸ Tämä rajaus jättää ulkopuolelleen suuren määrän esimerkiksi Ranskaa ja Italiaa koskevia jaostotuomioita.

¹⁴⁹ Tarkastelupäivänä on ollut 23.4.2019.

¹⁵⁰ ResDH(2007)1 Öcalan 14.2.2007, jossa ministerikomitea katsoi täytäntöönpanon loppuun suoritetuksi siitä huolimatta, että suuren jaoston tuomion Öcalan v. Turkey [GC] 12.5.2005 perusteluihin oli sisällytynyt reopening-lausuma, joka ei ollut kansallisella tasolla johtanut myönteiseen purkuratkaisuun. Valittaja laati vielä uuden valituksen vedoten täytäntöönpanon puutteellisuuteen ja purkumenettelyä koskevaan 6 artiklan loukkaukseen, mutta se jätettiin tutkimatta (Öcalan c. Turquie (dec.) 6.7.2010).

	Purku toteutui (tai valittaja jätti hakematta sitä)	Purku ei näytä toteutuneen	Ministerikomitea ei näytä valvoneen loppuun asti, toteutuiko purku	Kansallinen lainsäädäntö ei mahdollistanut purkua eikä ministerikomitea vaatinut sitä
1) "represents in principle an appropriate way"				
Sejdovic v. Italy [GC] 1.3.2006, k. 126	(valittaja jätti ilmeisesti hakematta purkua) ¹		X (kv. pidätysmääräys kuitenkin peruutettiin ja maininta EIT:n tuomiosta lisättiin rikosrekisteriin)	
Sannino v. Italy 27.4.2006, k. 70		Muita keinoja ²		
Csikos v. Hungary 5.12.2006, k. 26	X			
Malininas v. Lithuania 1.7.2008, k. 43	X			
Cudak v. Lithuania [GC] 23.3.2010, k. 79	X			
Block v. Hungary 25.1.2011, k. 29	X			
Lalas v. Lithuania 1.3.2011, k. 53	X			
Flisar v. Slovenia 29.9.2011, k. 47	X			
Hummer v. Germany 19.7.2012, k. 56	(valittaja ei hakenut purkua)			
Pătrașcu v. Romania 14.2.2017, k. 58	X			
2) "the most appropriate form of redress"				
Somogyi v. Italy 18.5.2004, k. 86	X			
Krasniki v. the Czech Republic 28.2.2006, k. 93			X ³	
Yanakiev v. Bulgaria 10.8.2006, k. 90			X ⁴	
Kostadin Mihaylov v. Bulgaria 27.3.2008, k. 60				X
Panovits v. Cyprus 11.12.2008, k. 103				X (ilmeisesti myöskään valittaja ei olisi halunnut purkua) ⁵

¹ DH-DD(2012)339, Action plan 27.3.2012: "However, currently no such a request under Article 175 of the CPP has been received by the competent courts."

² Annotated Agenda for the 1065th DH-meeting of the Ministers' Deputies, on 15–16 September 2009: "[T]he sentence was replaced in 2005 by probation supervised by social services (...). In addition, in the light of the development in the case-law of the Court of Cassation, (...), there are now new avenues of appeal open to the applicant, in particular those by which he can obtain the erasure of his conviction and criminal record (...). It is also recalled that in 2008 the applicant lodged a claim for material and moral damages against the Minister of Justice."

³ ResDH(2007)118, 31.10.2007, appendix, k. 1(b).

⁴ ResDH(2011)6, 10.3.2011, appendix, k. I(b): "Furthermore, the applicant had the possibility to ask for the consequences of the violation to be erased through the reopening of the proceedings on the basis of Article 231§1 of the Code of Civil Procedure of 1952."

⁵ ResDH(2013)104, 6.6.2013, appendix, k. 2.

	Purku toteutui (tai valittaja jätti hakematta sitä)	Purku ei näytä toteutuneen	Ministerikomitea ei näytä valvoneen loppuun asti, toteutuiko purku	Kansallinen lainsäädäntö ei mahdollistanut purkua eikä ministerikomitea vaatinut sitä
Gaspari v. Slovenia 21.7.2009, k. 80				X
Lesjak v. Croatia 18.2.2010, k. 54	X			
Vusic v. Croatia 1.7.2010, k. 58	X			
Putter v. Bulgaria 2.12.2010, k. 62	X			
Bulfracht Ltd v. Croatia 21.6.2011, k. 46	X			
Idakiev v. Bulgaria 21.6.2011, k. 70	X			
Majski v. Croatia (no. 2) 19.7.2011, k. 80		(valittaja ylitti määräajan päivällä)		
Pohoska v. Poland 10.1.2012, k. 62			X	
Stoyanov v. Bulgaria 31.1.2012, k. 48	X			
Vojtěchová v. Slovakia 25.9.2012, k. 48	X			
Baltiņš v. Latvia 8.1.2013, k. 73	X			
Petko Petkov v. Bulgaria 19.2.2013, k. 42	X			
Ivan Stoyanov Vasilev v. Bulgaria 4.6.2013, k. 40	X			
Cēsnieks v. Latvia 11.2.2014, k. 78	X			
Perak v. Slovenia 1.3.2016, k. 50				X
Guță Tudor Teodorescu v. Romania 5.4.2016, k. 57			X ⁶	
Kardoš v. Croatia 26.4.2016, k. 67	(valittaja ei hakenut purkua)			
Tence v. Slovenia 31.5.2016, k. 43				X
Gyuleva v. Bulgaria 9.6.2016, k. 54–55	(valittaja ei hakenut purkua)			
Poropat v. Slovenia 9.5.2017, k. 56	X			

⁶ Valittaja oli jo menehtynyt, joten ministerikomitea ei jäänyt seuraamaan, hakisiko valittajan perillinen purkua.

Samalla voidaan – edelleen varovasti¹⁵¹ – tehdä eräitä muita päätelmiä. Ensinnäkin ministerikomitea näyttää käsillä olevan tapausaineiston perusteella suhtautuvan lähtökohtaisesti varsin ymmärtäväisesti siihen, että purku on estynyt *muodollisten purkuedellytysten* vuoksi (valittaja ei ole hakenut purkua tai noudattanut sen hakemiselle säädettyä, sinänsä noudatettavissa ollutta määräaikaa). Toiseksi, sopimusvaltioiden tuomioistuimet näyttävät ottaneen reopening-lausumat vakavasti, sillä yhdessäkään aineistoon sisältyvässä tapauksessa ei ole viitteitä siitä, että purku olisi estynyt tuomioistuimen toiminnan vuoksi, esimerkiksi niin, että *aineellisia purkuedellytyksiä* olisi tulkittu ahtaasti. Purku näyttää estyneen lähinnä silloin, kun EIS:n loukkaukseen perustuva purkumahdollisuus on kokonaan puuttunut lainsäädännöstä esimerkiksi siviiliprosessissa.

4 TUOMIONPURUN ROOLISTA ERÄIDEN IHMISOIKEUSLOUKKAUSTEN KORJAAMISESSA JA LOPETTAMISESSA

4.1 Yleisesti ihmisoikeusloukkauksen korjaamisesta ja lopettamisesta

Tuomionpurun tarve voi ajankohtaistua *restitutio in integrum* -päämäärän toteuttamisessa (reparaatiovelvollisuus eli korjaamisvelvollisuus) sekä osana loukkauksen lopettamista koskevia toimia (lopettamisvelvollisuus). Tässä jaksossa tarkastellaan tuomionpurun roolia eräiden keskeisten EIS:n artiklojen loukkausten yhteydessä. Tarkasteltavat artikkelit eivät tietenkään ole ainoita, joiden yhteydessä tuomionpurku voi olla tarpeen. Liittymäpintoja kansallisen tuomion oikeusvoimaan lienee löydettävissä melkein kaikista artikloista, jopa 2 artiklassa tarkoitettusta oikeudesta elämään.¹⁵²

¹⁵¹ Korostan valitsemani tapausaineiston suppeutta. Erityisesti vireillä olevien valvonta-asioiden rajaaminen pois aineistosta jättää ulkopuolelleen tapauksia, joissa valvontaprosessin pitkittyminen saattaa osaltaan johtua juuri tuomionpurkua koskevista ongelmista. Lisäksi julkisesti saatavilla olevat asiakirjat eivät välttämättä sisällä tietoa kaikista niistä esimerkiksi purkuun liittyvistä seikoista, joita ministerikomitealla tai sitä avustavilla virkamiehillä on ollut käytettävissään.

¹⁵² Teoriassa voidaan ajatella esimerkiksi henkilölle lainvoimaisesti määrättyä kuolemantuomiota. Samoin on pohdittavissa, voisiko 2 artiklan ns. prosessuaalisesta haarasta johtua liittymäpintoja kansalliseen oikeusvoimaan. Näin voisi olla tilanteessa, jossa valtio on toteuttanut räikeän huolimattoman, sittemmin päättyneen rikostutkinnan ja -prosessin epäilyttävissä olosuhteissa menehtyneen henkilön kuolinsyistä. Ks. tältä osin myös *Abuyeva and Others v. Russia* 2.12.2010, k. 243.

Käsittelen korjaamis- ja lopettamisvelvollisuutta erillisten väliotsikkojen alla, vaikka toisinaan velvollisuudet ovat yhteenkietoutuneet.¹⁵³ Lopettamisvelvollisuus koskee ns. jatkuvan loukkauksen tilaa – jos loukkaus ei enää jatku, ei ole mitään lopetettavaa. Jatkuvan loukkauksen tilan katsotaan olevan käsillä, jos loukkaus on alkuperäisistä loukkauksen muodostaneista tosiseikoista riippumatta (eli jos nämä tosiseikat kuvitteellisesti suljettaiisiin pois) edelleen itsenäisesti olemassa tietyllä sanottujen tosiseikkojen jälkeisellä tarkasteluhetkellä. Esimerkiksi asiassa X. v. Switzerland perhe-elämän suojan loukkaus jatkui edelleen, kun ”applicant finds himself in a continuing situation of not being able to enter Switzerland to visit his wife who resides there”.¹⁵⁴ Myös laiton vapaudenriisto merkitsee jatkuvaa loukkausta aina päättymiseensä asti.¹⁵⁵ Jos kyse sitä vastoin on alkuperäisen loukkauksen (esim. kidutuksen) kielteisten seurausten (esim. henkiset ja psyykkiset vammat) jatkumisesta – jotka eivät itsessään, ilman alkuperäisten tosiseikkojen tarkastelua, konstituoi loukkausta – ei käsillä ole jatkuvaa loukkausta.¹⁵⁶ Samoin on lähtökohtaisesti esimerkiksi omistusoikeuden riistämisen tai omaisuuden tuhoamisen osalta.¹⁵⁷

Lopettamisvelvollisuudella on itsenäistä relevanssia ennen kaikkea sen vuoksi, että se ei ole periaatteessa millään tavoin – toisin kuin *restitutio in integrum* – sidoksissa kansallisen oikeuden tarjoamiin mahdollisuuksiin (vrt. EIS 41 artikla) tai mahdollisesti määrättyihin rahahyvityksiin. Näin asia nähdään myös yleisessä kansainvälisessä oikeudessa.¹⁵⁸ Purkumahdol-

¹⁵³ Vaikka esimerkiksi 5 artiklan vastaisen vapaudenmenetyksen lopettaminen (vangin vapauttaminen) toteuttaa ensi sijassa lopettamisvelvollisuutta, se on välttämätön osa myös *restitutio in integrum* -periaatetta, sillä vangin palauttaminen tilanteeseen, jossa hän olisi (ollut) ilman loukkausta, ei ole mahdollista ilman vapaaksi päästämistä. Ks. myös Ruedin 2009, s. 199–201.

¹⁵⁴ X. v. Switzerland (dec.) [Plenary] 12.7.1976. Tässä tapauksessa loukkauksen jatkuvuus merkitsi sitä, että EIS:n määräykset soveltuivat tapaukseen *ratione temporis*, vaikka alkuperäiset tosiseikat ajoittuivat Sveitsin liittymistä edeltävään aikaan.

¹⁵⁵ Polakiewicz 1993, s. 71; Ruedin 2009, s. 130.

¹⁵⁶ Polakiewicz 1993, s. 64–65; Ruedin 2009, s. 134–138. Ks. jatkuvista loukkauksista myös Polakiewicz 2001, s. 58.

¹⁵⁷ Esim. Malhous v. the Czech Republic (dec.) [GC] 13.12.2000: ”...deprivation of ownership or of another right in rem is in principle an instantaneous act and does not produce a continuing situation...” Erityisesti (EIS:n vastainen) pakkolunastus ja omaisuuden tuhoaminen on myös kirjallisuudessa hyväksytty kertaluonteiseksi eikä jatkuvaksi loukkaukseksi, kun taas valittajalle edelleen muodollisesti kuuluvan omaisuuden *miehitäminen* muodostaa jatkuvan loukkauksen tilan. Ks. tällaisista omaisuudensuojaan liittyvistä rajanvedoista lähemmin Polakiewicz 1993, s. 77–81; Ruedin 2009, s. 137 ja 322–332. Ks. myös Schabas 2015, s. 109 tapausviitteineen.

¹⁵⁸ Ks. ILC-artiklojen kommentaari, s. 89: ”The question of cessation often arises in close connection with that of reparation, and particularly restitution. *The result of cessation may be indistinguishable from restitution*, for example in cases involving the freeing of hostages

lisuuden olemassaolon kannalta tämä tarkoittaa, että lopettamisvelvollisuus saattaa merkitä valtiolle jopa suoraviivaisempaa velvollisuutta purkumahdollisuuden tarjoamiseen kuin *restitutio in integrum*.¹⁵⁹

4.2 Oikeudenmukainen oikeudenkäynti (6 artikla)

4.2.1 *Restitutio in integrum*

EIS-perusteista tuomionpurkua koskevassa keskustelussa *menettelyvirheet* ovat kirkkaimmassa valokeilassa niin EIT:n oikeuskäytännössä, ministerikomitean valvontakäytännössä kuin kirjallisuudessa. Kuten edellä jaksossa 3.2 kävi ilmi, EIT käyttää reopening-lausumia yleensä juuri 6 artiklan loukkauksissa. Pääsyynä tähän lienee se, että menettelyvirheitä on vaikea korjata ilman uutta oikeudenkäyntiä, koska ei voida varmuudella tietää, millaiseksi oikeudenkäynnin lopputulos olisi muodostunut 6 artiklaa noudattaneessa menettelyssä. Valittaja olisi saattanut päätyä täsmälleen samanlaisen tai päinvastaisen kansallisen tuomion kohteeksi – tai väli-maastoon. EIT ei yleensä voikaan myöntää pecuniary damage -korvausta 6 artiklan loukkauksen uhrille, sillä tämä edellyttäisi täysin spekulatiivista arviointia siitä, millaiseksi oikeudenkäynnin lopputulos olisi muodostunut ilman menettelyvirhettä.¹⁶⁰ Siten valittajan saattaminen asemaan, jossa hän olisi ilman loukkausta (*restitutio in integrum*), on hyvin vaikeaa ilman uutta oikeudenkäyntiä.

Tässä yhteydessä on mielenkiintoista luoda lyhyt silmäys suomalaisen tuomiovirhekantelun juuriin. Menettelyvirheiden oikaisuun käytettiin ennen vuonna 1960 voimaan tullutta ylimääräisen muutoksenhaun kokonaisuudistusta *analoginen restituuutio* -nimistä oikeussuojakeinoa.¹⁶¹

or the return of objects or premises seized. Nonetheless, the two must be distinguished. *Unlike restitution, cessation is not subject to limitations relating to proportionality* [see Article 35(b) and commentary]. It may give rise to a continuing obligation, even when literal return to the status quo ante is excluded or can only be achieved in an approximate way.” – Suhteellisuudella ja 35(b) artiklaa koskevalla viittauksella tarkoitetaan juuri restituuition mahdottomuutta tai suhteetonta hankaluutta koskevaa arviointia.

¹⁵⁹ Ks. myös van Kempen 2005, s. 111: ”Such [reopening] procedure is... even made obligatory by the Convention in the event of a continuing violation that can only be brought to an end by with the reopening of the criminal case.”

¹⁶⁰ Esim. *Lucà v. Italy* 27.2.2001, k. 48; *Kaste and Mathisen v. Norway* 9.11.2006, k. 60. – Vahingonkorvausoikeudessa puhutaan differenssiteoriasta eli erosta todellisen tapahtumainkulun (ml. vahinkoon johtanut syy) ja hypoteettisen tapahtumainkulun (mitä olisi tapahtunut, jos vahinkoon johtanutta syytä ei olisi ollut) välillä. Ks. *Ståhlberg – Karhu* 2013, esim. s. 9, 343 ja 393 ss.

¹⁶¹ *Tirkkonen* 1937, s. 279.

Sen juuret ulottuvat ainakin löyhästi samaan roomalaisessa oikeudessa tunnettuun *restitutio in integrum* -oikeuskeinoon¹⁶², johon myöskin kansainväliseen oikeuteen omaksutun *restitutio in integrum* -periaatteen juuret johtavat¹⁶³. Näiden havaintojen käytännön merkitys on pieni, mutta ne ilmentävät kuitenkin kiehtovalla tavalla yli 2000 vuoden aikajänteellä tarvetta ”rekonstruoida” tiettyjä kielteisenä pidettäviä oikeudellisia tilanteita ottamalla asia uuteen käsittelyyn.

Uudelleen käsittelyn tarpeeseen vaikuttaa suosituksen Rec(2000)2 mukaan ennen muuta se, kuinka vakavasta menettelyvirheestä yksittäistapauksessa on kysymys (”shortcomings of *such gravity...*”) ja missä määrin virhe (sen vakavuus) horjuttaa luottamusta lopputuloksen oikeellisuuteen (”...that a *serious doubt* is cast on the outcome”). Niin ikään ministerikomitean valvontakäytännössä näytetään kiinnitettävän tähän huomiota. Esimerkiksi Saunders-asiassa ministerikomitea katsoi, ettei lopputulosta koskevaa vakavaa epäilyä ollut käsillä,¹⁶⁴ kun taas Hakkar-¹⁶⁵ ja Dorigo Paolo¹⁶⁶-asioissa tilanne oli päinvastainen.

Oikeudenkäyntivirheen kausaalinen vaikutus ratkaisun lopputulokseen on nähdäkseni melko yleismaailmallinen prosessuaalinen kysymyksenasettelu, joka ei suinkaan rajoitu EIS:n vastaisiin menettelyvirheisiin. Avuksi on sen tarkastelu, minkä tähden tietty (loukattu) menettelynormi on ylipäänsä olemassa. Kansallisissa oikeusjärjestyksissä osa menettelynormeista voi liittyä taustaltaan pikemminkin prosessieconomian optimointiin (esim. preklusio) ja osa taas nimenomaan tavoitteeseen toteuttaa prosessin perusfunktiota oikeusturvasta ja oikean lopputuloksen saavuttamisesta (esim. kontradiktorisuus ja tuomioistuimen puolueettomuutta turvaavat normit). Vaikuttaa siltä, että EIS 6 artiklaan ja sitä koskevaan tulkintakäytäntöön on valikoitunut sellaisia verrattain perustavanlaatuisia menettelyllisiä oikeuksia, joiden loukkaus voi lähtökohtaisesti vakavasti vahingoittaa luottamusta ratkaisujen oikeellisuuteen.

¹⁶² Tirkkonen 1937, s. 38–39 ja 55.

¹⁶³ Esim. Shelton 2015, s. 298.

¹⁶⁴ ResDH(2004)88 Saunders v. United Kingdom 21.12.2004.

¹⁶⁵ ResDH(2001)4 Hakkar v. France 14.2.2001: ”...the applicant had not been given the time or the facilities necessary to prepare his defence and was not represented at the trial ... Having noted that, in view of the gravity of the violation of the right to a fair trial, which cast a serious doubt on the outcome...”

¹⁶⁶ Välipäätös ResDH(2005)85 Dorigo Paolo v. Italy 12.10.2005: ”...conviction in 1993 on the basis of statements made before the trial by three ‘repented’ co-accused, the applicant not having been allowed to examine these statements or to have them examined ... given the serious doubt that this violation shed on the outcome of those proceedings ... CALLS for prompt adoption of legislation authorising the re-examination ...”

EIT onkin sisällyttänyt reopening-lausumia hyvin eri tyyppisiä nettelyvirheitä koskeviin tuomioihin (ks. jakso 3.2). Käytäntö alkoi tuomioistuimen riippumattomuutta tai puolueettomuutta koskevissa loukkauksissa, jotka horjuttavat perustavanlaatuisesti luottamusta tuomioon. Suosituksen Rec(2000)2 laatijoilla taas oli selitysmuistion (k. 12) mukaan mielessä seuraavia tapauksia: ”Examples of situations aimed at under item (b) are where the injured party did not have the *time and facilities to prepare his or her defence* in criminal proceedings, where the conviction was based on *statements extracted under torture* or on *material which the injured party had no possibility of verifying*, or where in civil proceedings the parties were not treated with due respect for the principle of *equality of arms*.”

Myös sellaisia oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin loukkauksen lajeja on tunnistettavissa, joiden korjaamiseen tuomionpurku ei juurikaan sovellu. Erityisesti oikeudenkäynnin kohtuutonta kestoa ei voida korjata aloittamalla asian käsittelyä alusta, koska tämä vain pitkittäisi oikeudenkäyntiä entisestään.¹⁶⁷ Siten kohtuuttomaan keston liittyvät loukkaukset hyvitetään yleensä rahalla.¹⁶⁸ Eri asia on, että loukkauksen lopettamisvelvollisuus edellyttää oikeudenkäynnin saattamista loppuun mahdollisimman pian, jos se olisi EIT:n antaessa tuomionsa edelleen vireillä.¹⁶⁹ Myöskään esimerkiksi se, että valittaja on EIS 6(3)(e) artiklan vastaisesti joutunut itse maksamaan tulkkausensa, ei horjuta luottamusta tuomion oikeellisuuteen eikä siten aiheuta tarvetta uudelle oikeudenkäynnille, jos tulkkaus on kaikesta huolimatta järjestynyt.¹⁷⁰

Ministerikomitean asennetta tuomionpurun tarpeellisuuteen 6 artiklan loukkauksessa ei ole tarpeen tässä enää erikseen arvioida. Viittaan jaksoon 3.3, jossa tarkasteltiin ministerikomitean toimia asioissa, joissa EIT on sisällyttänyt tuomionsa perusteluihin reopening-lausuman eli joissa purun tarpeen ei lähtökohtaisesti voida olettaa olleen ainakaan vähäinen. Valitun aineiston valossa purun ”toteutumisprosentti” on varsin suuri.

¹⁶⁷ Ks. myös Ruedin 2009, s. 154.

¹⁶⁸ Jos kansallinen oikeudenkäynti on vielä vireillä, ensisijainen korjauskeino on itse asiassa oikeudenkäynnin liiallisen keston huomioon ottaminen rangaistuksen mittaamisessa eikä rahahyvitys. Tälle periaatteelle analogisesti voitaisiin ajatella, että jos EIT on todennut oikeudenkäynnin kestoa koskevan loukkauksen, rikoksesta tuomittu voisi pyrkiä tuomionpurkuteitse vielä vaatimaan rangaistusseuraamuksen lieventämistä jatkohyvityksenä EIT:n tuomitseman rahakorvauksen lisäksi. Tältä kannalta tuomionpurkua ei voitane oikeudenkäynnin kestoa koskevissa loukkauksissakaan pitää aivan epärelevanttina.

¹⁶⁹ Ruedin 2009, s. 289–290.

¹⁷⁰ Ks. myös Lambert 1999, s. 239; Ruedin 2009, s. 275.

4.2.2 Lopettamisvelvollisuus

Menettelyvirheen rasittaman lainvoimaisen tuomion jääminen voimaan ei lähtökohtaisesti merkitse jatkuvan loukkauksen tilannetta.¹⁷¹ Toisin sanoen 6 artiklan loukkaus päättyy viimeistään kansallisen tuomion tullessa lainvoimaiseksi.¹⁷² Siten mahdollista purkuvelvollisuutta on syytä tarkastella korjaamisvelvollisuutta eikä lopettamisvelvollisuutta vasten.

4.3 Rikosoikeudellinen laillisuusperiaate (7 artikla)

4.3.1 *Restitutio in integrum*

Jos henkilö on tuomittu rangaistukseen teosta, joka ei (ainakaan tekohetken) lain mukaan ollut rikos, tuomio tulisi osana korjaamisvelvollisuutta purkaa.¹⁷³ Valittajan asettaminen asemaan, jossa hän ilman loukkausta olisi, ei liene mahdollista ilman tuomionpurkua. Rangaistusseuraamuksen vaikutuksia voidaan toki lieventää tai jopa poistaa muillakin keinoin; etenkin rahamääräisten seuraamusten tapauksessa tämä onnistuu palauttamalla ne korkoineen. Vapausrangaistuksen osalta vaikeudet ovat jo suurempia, sillä lainvoimaisesti tuomitun vankeusrangaistuksen jättäminen täytäntöönpanematta kokonaan tai osittain ei ole Suomessa – eikä välttämättä monessa muussakaan maassa¹⁷⁴ – käytännössä mahdollista ilman tuomionpurkua.¹⁷⁵ Rikostuomiossa ei kuitenkaan ole kysymys pelkästä rangaistusseuraamuksesta. Rikostuomiolla yhteiskunta osoittaa tuomittua kohtaan syyllisyysmoitteen, ja tuomittu voi kokea saavansa eräänlaisen stigman. Tuomiosta saattaa seurata rikosrekisterimerkintä tai muita, esimerkiksi työnhakua tai ammatinharjoittamista haittaavia rekisterimerkintöjä.¹⁷⁶ Tuomionpurulla

¹⁷¹ Ks. myös *Moreira Ferreira v. Portugal* (no. 2) [GC] 11.7.2017, k. 91; *Tsalkitzis v. Greece* (no. 2) 19.10.2017, k. 36.

¹⁷² Polakiewicz 1993, s. 83; Ruedin 2009, s. 142 ja 277. Myös mahdollinen velvollisuus vapauttaa epäoikeudenmukaisen oikeudenkäynnin tuloksena vankeusrangaistukseen tuomittu henkilö perustuu Ruedinin (*ibid.*, s. 282) mukaan reparaatiovelvollisuuteen (*restitutio in integrum*) eikä lopettamisvelvollisuuteen.

¹⁷³ Ruedin 2009, s. 293. Ks. myös Lambert-Abdelgawad 2006, s. 207.

¹⁷⁴ Lambert-Abdelgawad (2006, s. 237) mainitsee tosin päinvastaisena esimerkkinä, että Italian rikosprosessilaissa on säännökset rangaistuksen täytäntöönpanon keskeyttämisestä EIT:n toteaman loukkauksen perusteella.

¹⁷⁵ Poikkeuksena voitaisiin ajatella lähinnä sellaista varsin teoreettista tilannetta, että loukkauksen uhri armahdettaisiin (perustuslain 105.1 §) ja jo kärsitty vapaudenmenetyksia hyvitettäisiin rahalla. Jotta tällainen teoreettinen skenaario ehtisi hyödyttää vankia, kyseessä tulisi EIT:n käsittelyajat huomioon ottaen olla huomattavasti keskimääräistä pidempi vankeustuomio. Ks. armahduksesta myös Hiivanainen 2018, s. 127–130.

¹⁷⁶ Suomessa rikosrekisteriin merkitään ainoastaan sakkorangaistusta ankarampaan

tällaisia laillisuusperiaatteen vastaisen rikostuomion seurauksia voidaan poistaa mahdollisimman kokonaisvaltaisesti.¹⁷⁷ Siltä osin kuin rangaistus on jo ehditty panna täytäntöön, reparaatiovelvollisuus tulee täyttää jo kärsittyä vapaudenmenetyksiaikaa hyvittäväällä rahakorvauksella.

EIT on edeltä ilmenevin tavoin usein todennut 6 artiklan loukkausten yhteydessä, että loukkaus voidaan lähtökohtaisesti soveliaimmin korjata tuomionpurulla. Dragotoni u et Militaru-Pidhorni -tuomiossa tuomioistuin totesi, että vastaava periaate soveltuu myös 7 artiklan loukkauksiin.¹⁷⁸ Žaja-tuomiossa todettiin, että sopivin keino tapauksessa kyseessä olleen 7 artiklan loukkauksen hyvittämiseen olisi tuomionpurku.¹⁷⁹

Jos rikoksen syyksilukeminen ei ole ollut 7 artiklan vastaista, vaan kysymys on artiklan valossa liian ankarasta (esimerkiksi tekohtekellä voimassa olleen lain mukaista rangaistusta ankarammasta) rangaistuksesta, *restitutio in integrum* ei tietystikään edellytä syyksilukemisen purkamista, vaan kielteisten seurausten poistamista vain siltä osin kuin rangaistusseuraamus on ylittänyt sallitun tason. Tämäkin tapahtuu luontevimmin tuomionpurun avulla, mutta on mahdollista, että kansallisissa oikeusjärjestyksissä tunnetaan myös muita saman lopputuloksen mahdollistavia keinoja. Scoppola-asiassa EIT totesi, että valittaja oli tuomittu 7 artiklan valossa liian ankaaraan rangaistukseen ja määräsi sopimusvaltion muuttamaan seuraamuksen asianmukaiseksi, konkreettisia toteuttamiskeinoja tarkemmin yksilöimättä.¹⁸⁰

4.3.2 Lopettamisvelvollisuus

Lopettamisvelvollisuus toimii EIS 7 artiklan – toisin kuin 6 artiklan – kohdalla täydentävänä kansainvälisoikeudellisena varoventtiilinä, sillä 7 artiklan loukkaus merkitsee jatkuvan loukkauksen tilaa niin kauan, kuin rangaistuksen täytäntöönpanoa ei ole suoritettu loppuun.¹⁸¹ Siten, jos hen-

seuraamukseen tuomitut henkilöt (rikosrekisterilaki, 770/1993, 2.1 §; rahamääräisistä seuraamuksista oheissakko, nuorisorangaistuksen sijasta tuomittu sakko ja yhteisösakko merkitään rikosrekisteriin). – Sakkorangaistukset merkitään sakkorekisteriin, jonka tietoja puolestaan voidaan käyttää esimerkiksi turvallisuusselvityksissä (laki sakon täytäntöönpanosta, 672/2002, 5 luku ja turvallisuusselvityslaki, 726/2014, 25.1 §:n 2 kohta).

¹⁷⁷ Rikostuomion symboliseen merkitykseen on hakijalle kielteistä purkuratkaisua KKO 2008:24 (taustalla Selistö v. Finland 16.11.2004) kommentoidessaan kiinnittänyt huomiota myös Turunen (2008, s. 194). Ks. myös purkuintressin olemassaolon (joka on purkuhankemuksen tutkittavaksi ottamisen edellytys) kannalta Rautio 2017, s. 1218: ”Pelkästään maineen puhdistaminen ja rikoksentekijän leiman poistaminen muodostavat riittävän intressin.”

¹⁷⁸ Dragotoni u et Militaru-Pidhorni c. Roumanie 24.5.2007, k. 55.

¹⁷⁹ Žaja v. Croatia 4.10.2016, k. 115.

¹⁸⁰ Scoppola v. Italy (no. 2) [GC] 17.9.2009, k. 153–154 ja tuomiolauselman k. 6(a).

¹⁸¹ Polakiewicz 1993, s. 83; Ruedin 2009, s. 141–142 ja 292–293.

kilöä ei olisi 7 artikla huomioon ottaen saanut lainkaan tuomita rikoksesta, lopettamisvelvollisuus edellyttää periaatteessa rangaistusseuraamuksen täytäntöönpanon keskeyttämistä.¹⁸² Jos valittaja on tuomittu ankarampaan rangaistukseen kuin tekohetken lain mukaan olisi saanut, kyse on kärsimättä olevan rangaistusseuraamuksen lieventämisestä vastaavin osin.

Käytännössä Suomen kaltaisen valtion olosuhteissa rikostuomio ja sen täytäntöönpano ovat edellä todetuin tavoin siinä määrin vahvasti sidoksissa toisiinsa, että niin korjaamisvelvollisuutta kuin lopettamisvelvollisuutta joudutaan toteuttamaan ylimääräisen muutoksenhaun tietä.

4.4 *Ne bis in idem* -kielto (7. lisäpöytäkirjan 4 artikla)

4.4.1 *Restitutio in integrum*

Kaksoisrangaistavuuden kiellon vastaisesti tuomitun henkilön näkökulmasta tuomionpurkuun on lähtökohtaisesti vastaavanlainen tarve kuin laillisuusperiaatteen vastaisesti tuomitulla. Näin on ainakin silloin, kun jälkimmäinen prosessi – jota ei olisi saanut käynnistää tai jatkaa tuomion nro 1 (langettava tai vapauttava) tultua lainvoimaiseksi – on johtanut *langettavaan* tuomioon. Tällöin on vaikea nähdä parempaa keinoa valittajan saattamiseksi asemaan, jossa hän olisi ilman loukkauksen tapahtumista, kuin jälkimmäisenä annettun tuomion purkamisen. Purun avulla voidaan mahdollisimman pitkälti rekonstruoida se EIS:n mukainen tilanne, jossa prosessi nro 2 olisi keskeytetty asianmukaisella hetkellä.¹⁸³ Loukkaus voi syntyä myös silloin, kun ensimmäisen tuomion (langettavan tai vapauttavan) tultua lainvoimaiseksi jälkimmäisessä prosessissa ei ole jätetty syytettä tutkimatta, vaan syyte on *hylätty aineellisella perusteella*.¹⁸⁴ Tällöin valittajalla ei tietenkään ole kiinnostusta jälkimmäisen, vapauttavan tuomion purkuun. Voisiko hänellä kuitenkin olla oikeus saada puretuksi tuomio nro 1 sikäli kuin se on ollut langettava? Jos ajatellaan *restitutio in integrum* -periaatteen ratiota, voidaan päätyä varovaisen kieltävään vastaukseen. Periaatteen tarkoituksena on saattaa valittaja mahdollisimman pitkälti asemaan, *jossa hän olisi, jos loukkausta ei olisi tapahtunut*. Missä asemassa

¹⁸² Polakiewicz 1993, s. 83; Ruedin 2009, s. 293. Jo kärsityn vapaudenmenetysajan rahallinen hyvittäminen samoin kuin sakkorangaistusta vastaavan rahamäärän palauttaminen on hahmotettava pikemminkin korjaamisvelvollisuutta vasten, ks. Ruedin 2009, s. 293 ja viimeksi mainitun seikan osalta myös Pessino c. France 10.10.2006, k. 41.

¹⁸³ Eri asia on, että purun lisäksi jälkimmäisen prosessin aiheuttamaa ajanhukkaa ja muuta vahinkoa saattaa olla tarpeen täydentävästi hyvittää rahalla.

¹⁸⁴ Siitä, että loukkaus on lähtökohtaisesti tällöinkin käsillä, ks. myös Hirvelä – Heikkilä 2017, s. 1326.

henkilö olisi ilman loukkauksen (jota siis merkitsee se, että vapauttavaan tuomioon nro 2 johtanutta prosessia on jatkettu tuomion nro 1 saatua lainvoiman) tapahtumista? Hän olisi siinä tilanteessa, että langettava tuomio 1 silti edelleen rasittaisi häntä. Eri asia on, että EIS:ta loukannut, tuomioon nro 2 johtanut osuus syytteen käsittelystä on voinut aiheuttaa valittajalle rahahyvitykseen oikeuttavaa haittaa.

Myös tarkasteltaessa kahden *langettavan* rikostuomion tilanteita voidaan erilaisten tapausten välillä tunnistaa purun tarpeen kannalta aste-eroja. Valittajalle on voitu tuomita samasta teosta kaksi 15 vuoden vankeusrangaistusta tai toisaalta hänelle on voitu tuomita siitä esimerkiksi vankeusrangaistus sekä määrältään melko vähäinen hallinnollinen (mutta EIS:n valossa rikosoikeudelliseksi katsottava) rahaseuraamus.¹⁸⁵ Voitaneen olettaa, että ainakin ministerikomitea ottaisi huomattavasti jyrkemmän kannan tuomionpurun tarpeeseen ensin mainitun kaltaisessa skenaariorissa kuin jälkimmäisessä.

Edelleen näkisin merkitystä siltäkin, onko kansallisissa menettelyissä ylipäänsä määrätty muita kuin rahamääräisiä seuraamuksia. Rahamääräisen rangaistusseuraamuksen tai sitä vastaavan rahamäärän *palauttaminen* voi nimittäin korjata loukkauksen seuraukset varsin pitkälti, vaikka molemmat lainvoimaiset ratkaisut jäisivät muodollisesti voimaan. Tietysti tällöinkin voidaan viitata niihin muun muassa syyllisyysmoitetta ja stigmaa koskeviin näkökohtiin, joita otin rikoksen syyksilukemiseen liittyen esiin EIS 7 artiklan yhteydessä. Toisaalta *ne bis in idem* -periaatteen loukkauksessa ei ole kysymys siitä, etteikö henkilön *menettelyyn* (rikolliseen tekoon) sinänsä olisi saanut kohdistaa kenties leimaavaakin syyllisyysmoitetta – ongelma on ”vain” siinä, ettei tätä olisi saanut tehdä kahdesti.

Lopuksi voidaan tarkastella EIT:n ja ministerikomitean asennetta tuomionpurun tarpeellisuuteen *ne bis in idem* -kiellon loukkauksissa. *Ne bis in idem* -loukkausta koskevista EIT:n tuomioista ei löydy sellaista varsinaista reopening-lausumaa, jossa eksplisiittisesti todettaisiin, että sopivin loukkauksen korjaamiskeino olisi tuomionpurku. Eräissä tapauksissa EIT on kylläkin käsitellyt perusteluissaan kansallista tuomionpurkumahdollisuutta osana rahahyvitystä koskevia perusteluja. *Butnaru et Bejan-Piser*

¹⁸⁵ Vaikka tuomio A and B v. Norway [GC] 15.11.2016 on lisännyt kansallista harkintavaltaa hallinto- ja rikosprosessin kombinaatioiden suhteen (näin esim. Pellonpää et al. 2018, s. 1133–1134), sopimusloukkaus tällaisessa asetelmassa on toki edelleen mahdollinen. – Haasteena kahden hyvin erilaisen sanktion tapauksissa on tunnetusti se, että voi olla jokseenkin sattumanvaraista, kumpi sanktioista on ehtinyt ensin lainvoimaiseksi (tämä myönnetään esimerkiksi ratkaisussa Glantz v. Finland 20.5.2014, k. 63). Haaste koskee myös tuomionpurkua: toinen henkilö voisi saada edukseen ankan vankeusrangaistuksen purun ja toinen lievähkön hallinnollisen seuraamuksen purun, jos edellä hahmottelemiani *restitutio in integrum* -periaatteen sovellutuksia seurattaisiin orjallisesti myös tällaisessa asetelmassa.

-asiassa valittaja vaati häntä koskevan rikosrekisterimerkinnän poistamista. EIT vastasi, ettei muun ohessa tätä vaatimusta voitu hyväksyä, mutta viittasi kansalliseen normiin, jossa säädettiin todettuun ihmisoikeusloukkaukseen perustuvasta tuomionpurusta.¹⁸⁶ Suomea koskevissa Rinas- ja Österlund-asioissa EIT näyttää jättäneen pecuniary damage -korvauksen myöntämättä hyväksyessään sen vastaajavaltion argumentin, että veronkorotuspäätöksiä voidaan kansallisella tasolla hakea purettavaksi.¹⁸⁷

”The Court acknowledges that the applicant can seek annulment of the tax surcharge decisions before the Supreme Administrative Court. As the domestic system provides a possibility to obtain redress in such situations, the Court rejects the applicant’s claims for pecuniary damage.”¹⁸⁸

Hieman vastaavanlainen asetelma näyttäisi olleen käsillä myös Nykänen- ja Glanz-asioissa.¹⁸⁹ Näyttää siten siltä, että EIT pitää tuomionpurkua luontevana osana *ne bis in idem* -loukkaustuomioiden täytäntöönpanoa etenkin silloin, kun EIT ei itse määrää rahahyvitystä tai kun määrätty hyvitys ei korjaa loukkauksen seurauksia riittävästi.

Mitä tulee ministerikomitean valvontakäytäntöön, HUDOC EXEC -tietokannasta löytyy vain kahdeksan loppuun saakka vietyä (”case closed”) täytäntöönpanoasiaa hakusanalla ”*ne bis in idem*”.¹⁹⁰ Ministerikomitean hyväksymät täytäntöönpanon tulokset ovat tuomionpurun osalta niin vaihtelevia, ettei niistä voida mielestäni vetää johtopäätöksiä. Suomea koskevissa tapauksissa täytäntöönpanoa ei ole vielä tätä kirjoitettaessa merkitty loppuun suoritetuksi. HUDOC EXEC -tietokannassa Nykänen-tapauksen tiedoista

¹⁸⁶ Butnaru et Bejan-Piser c. Roumanie 23.6.2015, k. 54–56.

¹⁸⁷ Näin kyseistä lausumaa tulkitaan myös Rinasin asiassa annetussa – purkuhakemuksen kuitenkin hylänneessä – ratkaisussa KHO 2016:33: ”[EIT] on hylännyt A:n vaatimuksen siltä osin kuin hän vaati korvausta aineellisesta vahingosta (pecuniary damage). Tuomioistuin otti perusteluissaan tältä osin muun ohella huomioon sen Suomen valtion edustajan esiin tuoman seikan, että A voi hakea korkeimmalta hallinto-oikeudelta veronkorotusta koskevien päätösten purkamista ja että kansallinen järjestelmä sisältää siten keinon hakea loukkauksen johdosta hyvitystä.”

¹⁸⁸ Rinas v. Finland 27.1.2015, k. 61; Österlund v. Finland 10.2.2015, k. 56.

¹⁸⁹ Nykänen v. Finland 20.5.2014, k. 56–58; Glantz v. Finland 20.5.2014, k. 68–70. – Ks. myös vähemmistöön jääneiden jäsenten lausumaa Glantz-asian täytäntöönpanossa annetussa (hakijalle kielteisessä) purkuratkaisussa KKO 2014:94: ”Suomen hallitus on siinä tuonut esiin mahdollisuuden kansallisen tuomion poistamiseen ja tämän jälkeen suoritettavaan korvaukseen vankeusajalta (Glantz v. Suomi, 20.5.2014, kohta 69). Ihmisoikeustuomioistuin puolestaan totesi, ettei sen ole mahdollista arvioida, tuleeko sen havaitsema rikkomus johtamaan koko tuomion poistamiseen vai ei. Koska kansallinen järjestelmä mahdollisti tosiasiallisen vahingon korvaamisen ja aineettoman vahingon hyvittämisen, ihmisoikeustuomioistuin hylkäsi korvausvaatimukset (kohta 70).”

¹⁹⁰ Tarkastelupäivä 23.4.2019.

ilmenee, että Kiiveri-tapauksessa valittaja on kannellut ministerikomitealle siitä, ettei korkein oikeus myöntänyt purkua:

”The authorities indicated that the applicants have had the possibility, if need be, to request that the judgments of the domestic courts be annulled. They also pointed out to the fact that the applicants would be entitled to compensation for imprisonment, if their conviction is annulled as a result of the reopening. The authorities consider that no other individual measures are necessary.

On 03/06/2015, the applicant in the case of Kiiveri *complained that his request for reopening of the domestic proceedings had been refused.*

Additional information seems necessary as to whether the applicants have initiated reopening proceedings and as to the outcome of such proceedings, if applicable. The authorities’ comments on the issues raised by the applicant Kiiveri would also be appreciated.”¹⁹¹

Tällaisesta kirjauksesta ei tietystikään voida päätellä, että ministerikomitea tulisi loppuun asti vaatimaan purun toteutumista. Vaikuttaisi kuitenkin siltä, että Suomea koskevien täytäntöönpanoasioiden vireilläolo edelleen liittyä osittain purkua koskevien aspektien tarkasteluun ministerikomiteassa. Lisävalaistusta ministerikomitean näkemyksiin tuomionpurun tarpeesta tai välttämättömyydestä saataneen, kun Suomea koskevat asiat on tavalla tai toisella saatu ratkaistua.

4.4.2 Lopettamisvelvollisuus

Lopettamisvelvollisuus on relevantti ainakin niin pitkään kuin jälkimmäisen rikossyytteen käsittely on vielä vireillä.¹⁹² En näkisi ehdotonta estettä sille, että lopettamisvelvollisuuden katsottaisiin – vastaavasti kuin 7 artiklan kohdalla – periaatteessa soveltuvan vielä rangaistuksen täytäntöönpanon aikana. Toisaalta vasta-argumenttina voidaan esittää se, että *ne bis in idem*-kiellon loukkaaminen on ensi sijassa menettelyvirhe ja 6 artiklan loukkauksissa vakiintunut yleisperiaate on, että loukkaustila loppuu viimeistään tuomion tullessa lainvoimaiseksi. Päätäisiin kuitenkin varovasti puoltamaan ensin mainittua kantaa, sillä *ne bis in idem*-loukkausten toteamisen jälkeen *tiedetään*, että valittajaa ei olisi pitänyt syyttää ja tuomita toistamiseen – rangaistuksen täytäntöönpanoa rasittaa pikemminkin 7 artiklan asettelmaan rinnastuva loukkauksen jatkuminen.

¹⁹¹ HUDOC EXEC -tietokannassa tämä maininta on Nykänen v. Finland -tapauksen tiedoissa kohdassa ”Status of Execution” (tarkastelupäivä 23.4.2019).

¹⁹² Ks. esim. Grande Stevens v. Italy 4.3.2014, k. 236–237 ja tuomiolauselman k. 6.

4.5 Yksityis- ja perhe-elämän suoja (8 artikla)

4.5.1 *Restitutio in integrum*

EIS 8 artikla kattaa useita yksilön kannalta keskeisiä elämäalueita (yksityiselämän, perhe-elämän, kodin ja kirjeenvaihdon suoja kaikkine tulkinnallisine laajennuksineen), joita koskevat tuomioistuinasiat voivat sijoittua kansallisesta oikeusjärjestyksestä riippuen niin siviili-, hallinto- kuin rikosprosessiin.

Purkua koskevan suosituksen Rec(2000)2 laatijoilla näyttää olleen mielessään aivan erityisesti *perhe-elämän* suoja, sillä kriteeristä ”continues to suffer very serious negative consequences” mainitaan esimerkkinä perhe-elämän suoja loukkaava karkottaminen ja se, että lapselta on EIS:n vastaisesti evätty oikeus tavata vanhempansa. Riippuu kansallisesta oikeusjärjestyksestä, tarvitaanko *restitutio in integrum* -päämäärän saavuttamiseksi tuomionpurkua. Suomessa useimmilla lapsen huoltoa, asumista ja tapaamisoikeutta koskevilla lainkäyttöratkaisuilla on yleensä hyvin heikko oikeusvoimavaikutus, joten samaa kysymystä koskeva uusi hakemus voidaan lähtökohtaisesti ottaa tutkittavaksi ilman tarvetta tuomionpurkuun.¹⁹³

Siitä riippumatta, mitkä prosessuaaliset keinot voivat kussakin sopimusvaltiossa tulla kyseeseen, vallitsevien oikeussuhteiden muuttaminen EIT:n tuomion täytäntöönpanossa ei läheskään aina ole ongelmatonta. Eteen voi tulla hyvin hankalia tilanteita erityisesti, kun taustalla on lapsen kannalta jo vaikutuksiltaan pysyviksi muodostuneita toimenpiteitä, kuten jos huoltosuhde vanhempaan on pysyvästi katkaistu ja lapsi on adoptoitu ja täysin vakiintunut uuteen perheeseen.¹⁹⁴ Lapsiasiat lienevät ylipäänsä hankalimpien täytäntöönpanoasioiden joukossa niin sopimusvaltion ja ministerikomitean kuin ennen kaikkea perheen osapuolten kannalta. Toisaalta monesti lapset tulevat jo täysi-ikäisiksi ennen tuomioiden täytäntöönpanoa, jolloin kysymys yksilöä koskevien täytäntöönpanotoimien tarpeesta ehtii lähtökohtaisesti menettää merkityksensä.¹⁹⁵

Lisää monimutkaisuutta tilanteeseen saattaa tuoda se, jos EIT itse lausuu perusteluissaan näkemyksensä siitä, miten valtion olisi pantava täytäntöön perhe-elämän suojan loukkauksen todennut tuomio. Esimerkiksi Görgülü-tuomiossa EIT totesi EIS 46 artiklan täytäntöönpanovelvollisuuksien tarkoittavan seuraavaa: ”In the case at hand this means making it possible

¹⁹³ Esim. Aaltonen 2009, s. 17.

¹⁹⁴ Ks. esimerkkinä tämän tyypisestä asetelmasta Strand Lobben and Others v. Norway 30.11.2017, esim. k. 41, 51, 114, 126 ja 128. – Ks. myös esim. Marchadier 2015, s. 895–896.

¹⁹⁵ Suomalaisissa tapauksissa tilanne on yleensä ollut juuri tämä, ks. Heikkilä 2016, s. 324–326.

for the applicant to at least have access to his child.”¹⁹⁶ Yhtäältä on niin, että perhe-elämän loukkauksia on vaikeaa – ellei peräti kaikkein vaikeinta – korjata tyydyttävästi vain rahalla. Toisaalta Froweinin tavoin voidaan todeta, että vielä EIT:n tuomion antamisen jälkeenkin olosuhteet voivat kehittyä niin, ettei esimerkiksi tapaamisoikeuden myöntäminen olekaan enää lapsen edun kannalta perusteltua. Froweinin mielestä EIT:n tulisi varoa sisällyttämästä tällaisia lausumia tuomioihinsa perheoikeudellisissa asioissa tai ainakin sen tulisi tuoda ilmi, että mahdollisesti muuttuneet olosuhteet voivat oikeuttaa päinvastaiseen menettelyyn.¹⁹⁷ Saksan perustuslakituomioistuimen silloinen presidentti Papier on esittänyt samanlaisia näkökohtia viitaten yleisemminkin siihen, että etenkin siviilioikeudellisissa asioissa on usein kyse moninapaisista ja monimutkaisista oikeussuhteista, joista valittajan ja valtion välinen EIT-prosessi tavoittaa vain yhden siivun todellisuutta. Siten esimerkiksi perheoikeudellisissa asioissa tuomioiden täytäntöönpanoa ei tulisi Papierin mukaan lähestyä liian suoraviivaisesti ainoastaan valittajan asemaa katsoen.¹⁹⁸

Perhe-elämän loukkaus voi syntyä myös karkottamispäätöksen tai muiden ulkomaalaisoikeudellisten päätösten yhteydessä. Loukkaustuomioiden täytäntöönpano voi tällöin edellyttää esimerkiksi lainvoimaisten karkottamispäätösten kumoamista tai evätyn oleskeluluvan myöntämistä.¹⁹⁹

Tarve purkaa oikeusvoimaisia ratkaisuja voi liittyä myös *yksityiselämän suojaan*. Esimerkiksi isyyden vahvistamista tai kumoamista koskevassa asiassa voi olla tarvetta tuomionpurkuun tai jo umpeutuneen kanneoikeuden elvyttämiseen. EIT viittasi Paulik-asiassa kansallisessa oikeudessa säädettyyn tuomionpurkumahdollisuuteen todetessaan 8 artiklaa loukatun sen johdosta, ettei valittaja ollut voinut saada isyyttään kumotuksi.²⁰⁰ Kyseisen tuomion täytäntöönpanossa purku toteutui ja isyys kumottiin.²⁰¹ Joskus lainsäädännön muuttaminen uuden kanneoikeuden tarjoamiseksi poistaa tarpeen tuomionpurkuun.²⁰²

¹⁹⁶ Görgülü v. Germany 26.2.2004, k. 64.

¹⁹⁷ Frowein 2007, s. 263–264.

¹⁹⁸ Papier 2006, s. 3. – Görgülü-asian täytäntöönpanossa kansalliset viranomaiset näyttävät tehneen parhaansa tapaamisoikeuden toteuttamiseksi, ks. ResDH(2009)4 Görgülü v. Germany 9.1.2009.

¹⁹⁹ Lambert 1999, s. 246; Ruedin 2009, s. 299–301.

²⁰⁰ Paulik v. Slovakia 10.10.2006, k. 72.

²⁰¹ RedDH(2013)195 Paulik v. Slovakia 26.9.2013, appendix k. I(b).

²⁰² Ks. ResDH(2018)326 Grönmark v. Finland and three other cases 20.9.2018 ja siihen liittyvä hallituksen Action report DH-DD(2018)621. Ks. samaan asiaan liittyen myös KKO 2014:35 ja 2015:97 sekä Heikkilä 2016, s. 351–352.

Kyse voi olla myös rikostuomiosta, joka merkitsee kiellettyä puuttumista yksityiselämään.²⁰³ Edelleen tuomionpurkua saatetaan tarvita henkilötietojen rekisteröintiin ja luovuttamiseen liittyvien loukkaustuomioiden täytäntöönpanossa. Esimerkiksi asiassa *Z v. Finland* oli tarpeen purkaa kohtuuttoman lyhyt salassapitomääräys sen vuoksi, että kansallinen tuomio sisälsi valittajan koko nimen ja HIV-diagnoosin.²⁰⁴

4.5.2 Lopettamisvelvollisuus

Jatkuvan loukkauksen tilanne on lähtökohtaisesti käsillä esimerkiksi silloin, kun lapsi ja vanhempi ovat EIS 8 artiklan vastaisesti estyneitä tapaamasta toisiaan, olipa syy ulkomaalaisoikeudellinen tai lapsioikeudellinen.²⁰⁵ Loukkaustila uusiutuu joka päivä uudelleen ja on olemassa, vaikka loukkauksen alun perin synnyttäneet tosiseikat suljettaisiin kuvitteellisesti pois. EIS 8 artiklan loukkauksissa korjaamis- ja lopettamisvelvollisuudet lienevät erityisen vahvasti yhteenkietoutuneita. Valittajan ”palauttamista” tilanteeseen, jossa hän olisi ilman loukkauksen tapahtumista (*restitutio in integrum*), ei voitane toteuttaa ilman lopettamisvelvollisuuden edellyttämien toimien toteuttamista. Lopettamisvelvollisuuden voi sanoa tuovan lisää painoarvoa tuomionpurun tarpeelle silloin, kun kansallisen tuomion lainvoima on esteenä ihmisoikeussopimuksen mukaisen tilan saavuttamiselle.

4.6 EIS 9–11 artiklan vapausoikeudet

4.6.1 *Restitutio in integrum*

EIS 9–11 artiklassa tarkoitettujen vapausoikeuksien (ajatuksen-, omantunnon- ja uskonnonvapaus; sananvapaus; kokoontumis- ja yhdistymisvapaus) loukkaus syntyy usein erilaisilla rikosoikeudellisilla tai hallinnollisilla esteillä – tyypillisesti kielloilla ja sanktioilla – joilla sanottujen oikeuksien käyttämistä rajoitetaan. Suosituksen Rec(2000)2 selitysmuistiossa mainitaan (k. 11) esimerkkinä suosituksen (i) kohdan kriteeristä ”continues to suffer very serious negative consequences” se, että henkilöltä on kielletty poliittinen toiminta tai muita kansalais- ja poliittisia oikeuksia. Esimerkkinä suosituksen ii(a) kohdassa tarkoitettusta EIS:n kanssa aineellisesti ristirii-

²⁰³ Esim. seksuaaliseen käyttäytymiseen liittyvä *A.D.T. v. the United Kingdom* 31.7.2000, jossa valittajaa koskevaa tuomiota ei kuitenkaan purettu (ks. RedDH(2010)118 A.D.T. v. the United Kingdom 15.9.2010, appendix k. I(b)).

²⁰⁴ ResDH(99)24 *Z v. Finland* 18.1.1999; KKO 1998:33.

²⁰⁵ Ruedin 2009, s. 141 ja 301. Vastaavasti aviopuolisoiden osalta *X. v. Switzerland* (dec.) [Plenary] 12.7.1976.

taisesta tuomiosta mainitaan (k. 12) EIS:n sallimasta uskonnonvapauden harjoittamisesta tai sananvapauden käyttämisestä annettu langettava rikostuomio. *Restitutio in integrum* toteutuu tehokkaimmin poistamalla tällaiset lainvoimaisesti tuomitut kiellot tai sanktiot sekä korjaamalla väliaikana koitunutta haittaa tarvittaessa täydentävästi muilla keinoin, kuten rahahyvityksellä. Tuomionpurun tarve on näiden aineellisten oikeuksien loukkauksissa periaatteessa jopa selvemmin havaittava kuin 6 artiklan loukkauksissa, sillä 9–11 artiklan loukkausten toteamisen jälkeen *tiedetään*, että kansallisen (rikos)prosessin *lopputulos* on ihmisoikeussopimuksen vastainen (kun taas 6 artiklan loukkauksissa lopputuloksen oikeellisuutta rasittaa enemmän tai vähemmän vakava *epäily*).²⁰⁶

Loukkaustuomion täytäntöönpano ei aina välttämättä vaadi, että purkamisen olisi ulotettava myös syyksilukemiseen tai rikollisen teon perusteella määrättyyn siviilioikeudelliseen korvausvelvollisuuteen. Voi nimittäin olla, että nimenomaan rangaistusseuraamuksen ankaruus on ollut se ”viimeinen pisara”, jonka johdosta puuttuminen sananvapauteen on ollut suhteetonta eli loukkaus on syntynyt. Etenkin vankeusrangaistus on 10 artiklan kanssa yhteensopiva vain poikkeuksellisesti.²⁰⁷ Siten joissakin tilanteissa esimerkiksi rangaistusseuraamuksen poistaminen tai lieventäminen ylimääräisessä muutoksenhaussa saattaa riittävällä tavalla palauttaa valittajan asemaan, jossa hän olisi ilman loukkauksen tapahtumista. Toisaalta on syytä korostaa, että monesti jo langettava rikostuomio itsessään merkitsee kiellettyä puuttumista vapausoikeuteen. Tällöin *restitutio in integrum* ei toteutune ainakaan täysin, jos rikostuomion osoittama syyllisyysmoite ja mahdolliset rekisterimerkinnot tosiasiallisine seurauksineen jäävät rasittamaan valittajaa. Kysymys langettavan rikostuomion seurausten poistamisesta on osin arvostuksenvarainen. Edellä 7 artiklan yhteydessä (jakso 4.3.1) esittämiäni näkökohtien lisäksi viitataan myös oikeusneuvos Tulokkaan eriävään mielipiteeseen purkuratkaisussa KKO 2008:24, joka annettiin 10 artiklaa koskeneen Selistö-tuomion täytäntöönpanon yhteydessä:

”X on tuomittu rikoksesta rangaistukseen hänen ammatinharjoittamisensa liittyvässä asiassa. Tuomio on todettu virheelliseksi. Tuomion

²⁰⁶ Toisaalta 9–11 artiklan loukkauksen toteamista voinee luonnehtia monipolvisemmaksi vastakkaisten intressien punninnaksi (mukaan lukien EIS:n itsensä turvaamien oikeuksien väliset jännitteet) ja kansallisella harkintamarginaalilla operoinniksi kuin tyypillisten 6 artiklan loukkausten toteamista. Tämä liittyy jo 8–11 artiklojen rakenteeseen, joka muodostuu pääsäännöstä ja tietyn tyyppisiä tulkintametoodeja edellyttävästä rajoituslausekkeesta (ks. rajoituslausekkeiden tulkinnasta Pellonpää et al. 2018, s. 349 ss.).

²⁰⁷ Ks. seuraamuksen merkityksestä 10 artiklan loukkausten yhteydessä esim. Hirvelä – Heikkilä 2017, s. 935–941. Seuraamuksen tai muun rajoitustoimenpiteen suhteellisuus on osa 10(2) artiklan ”välttämätöntä demokraattisessa yhteiskunnassa” -edellytyksen arviointia.

purkaminen ei ole X:lle merkityksetöntä, vaikkakin EIT:n tuomion ja valtion maksamien korvausten voidaan arvioida lieventäneen ihmisoikeusloukkauksen seurauksia.”

Siinä missä lainvoimaisilla rikostuomioilla lienee vahva oikeusvoimavaikutus jokseenkin yleiseurooppalaisesti, hallinnollisten kieltojen (joilla EIS:n vastaisesti rajoitetaan 9–11 artiklassa tarkoitettujen oikeuksien käyttämistä) oikeusvoimavaikutus vaihdellee sopimusvaltioissa merkittävästi. Itse asiassa tilanne ei ole Suomessakaan yksiselitteinen. Hallintopäätöksillä ja niiden oikeellisuutta tutkivilla tuomioistuinratkaisuilla on lähtökohtaisesti kyky saavuttaa oikeusvoimaan rinnastuva pysyvyys ja sitovuus. Toisaalta etenkin yksilön kannalta rajoittavien, kielteisten tai muuten negatiivisten päätösten osalta tästä lähtökohdasta on poikkeuksia.²⁰⁸ Lambert-Abdelgawadin toteamin tavoin hallinnolliset toimenpiteet voivat ylipäänsä tarjota toisinaan joustavampia välineitä EIT:n tuomioiden täytäntöönpanoon kuin lainvoimaisten tuomioiden purkaminen.²⁰⁹

4.6.2 Lopettamisvelvollisuus

EIS 9–11 artiklan vastaiset valittajaa koskevat kieltopäätökset ja sanktiot merkitsevät lähtökohtaisesti jatkuvan loukkauksen tilaa niin kauan kuin niiden voimassaolo ja täytäntöönpano jatkuvat. Lopettamisvelvollisuus merkitsee siten esimerkiksi velvollisuutta keskeyttää sananvapautta loukkaavan rangaistusseuraamuksen täytäntöönpano.²¹⁰ Vastaavasti sananvapautta 10 artiklan vastaisesti rajoittavia hallintopäätöksiä tulee tavalla tai toisella muuttaa. Esimerkiksi asiassa Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) v. Switzerland (no. 2)²¹¹ EIT totesi uudelleen 10 artiklan loukkauksen, kun valittajaa – aiemmasta loukkaustuomiosta²¹² huolimatta – edelleen estettiin esittämästä televisiossa tiettyä eläinsuojeluun liittyvää mainostaan.

4.7 Omaisuudensuojaja (1. lisäpöytäkirjan 1 artikla)

Omaisuudensuojajaa loukaten riistetyn omaisuuserän palauttaminen on *restitutio in integrum* -periaatetta koskevassa tutkimuksessa yksi kaikkien aikojen klassikkoesimerkki aidosta restitutiosta. EIT aloitti ei-rahamääräisiä korjaamiskeinoja koskevan, aiempaa aktiivisemmän käytäntönsä juuri

²⁰⁸ Ks. esim. Mäenpää 2007, s. 579–582.

²⁰⁹ Lambert-Abdelgawad 2006, s. 237.

²¹⁰ Polakiewicz 1993, s. 81–83; Lambert 1999, s. 232; Ruedin 2009, s. 141–142 ja 308–310.

²¹¹ Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) v. Switzerland (no. 2) [GC] 30.6.2009.

²¹² VgT Verein gegen Tierfabriken v. Switzerland 28.6.2001.

omaisuudensuojaa koskevista tapauksista.²¹³ Omaisuuden palauttaminen saattaa edellyttää sellaisten lainvoimaisten tuomioiden purkamista, joilla esimerkiksi omaisuuteen kohdistuvia hallinta- tai omistusoikeuksia on siirretty.

Aidosti vertikaalisina pysyneissä oikeussuhteissa – joissa valtio pitää yksilöltä riistämäänsä omaisuutta laittomasti hallussaan – omaisuuden palauttaminen tuntuu paitsi sopivimmalta, myös oikeudenmukaiselta ja hyväksyttävältä keinolta korjata loukkauksen seuraukset. Huomattavasti yleisempiä lienevät kuitenkin tosiasiaassa horisontaaliset tilanteet, joissa omaisuus on jossakin vaiheessa siirtynyt vilpittömässä mielessä olevan yksityisen hallintaan tai omistukseen. Voidaanko tällöin pitää kohtuullisena esimerkiksi asunnon uuden omistajan tai vuokralaisen häätämistä? Myös EIS:n järjestelmässä tulisi muistaa vilpittömässä mielessä olevan kolmannen oikeuksia, jotka ILC-artiklojen selityksissä on mainittu mahdollisena esimerkkinä restitutiion mahdottomuudesta.²¹⁴ Yksityisten välillä lainvoimaisesti järjestetyt oikeussuhteet ovat asetelma, jossa ainakin itse suhtautuisin tuomionpurkuun kaikkein pidättyväisimmin. Onneksi omaisuudensuojaa koskevien loukkausten hyvittämistä rahalla voidaan yleensä pitää tyydyttävänä vaihtoehtona aidolle restitutiolle, sillä puhe on sananmukaisesti *omaisuudesta* – ei esimerkiksi perhesuhteista taikka henkilön toimintamahdollisuuksia rajoittavista kielloista tai rikostuomioista.

5 TUOMIONPURUN ONGELMIA

Kuten edeltäkin käy ilmi, tuomionpurku on valittajan kannalta monesti sopiva tai jopa välttämätön keino loukkauksen korjaamiseksi tai lopettamiseksi. Purkuun liittyy kuitenkin ongelmia, joista on tärkeää keskustella avoimesti.

Oikeusrauhan ja oikeussuhteiden vakauden kannalta on välttämätöntä, että jokainen prosessi saa päätepisteen lainvoimaisella tuomiolla, joka voidaan purkaa vain poikkeuksellisesti. Olen käsitellyt oikeusvoiman merkitystä ja taustasyitä aiemmassa yhteydessä, enkä näe tarvetta toistaa siinä esitettyä sinänsä.²¹⁵ Nostan seuraavassa esiin eräitä EIS:n järjestelmän kannalta keskeisiä näkökohtia.

²¹³ Hentrich v. France 22.9.1994, k. 71; Papamichalopoulos and Others v. Greece (Article 50) 31.10.1995.

²¹⁴ ILC-artiklojen kommentaari, s. 98. – Ks. esim. Gladysheva v. Russia 6.12.2011, k. 106 ja tuomiolauselman k. 4(a).

²¹⁵ Vähätalo 2016, s. 206–213 viitteineen.

Mielestäni tuomionpurun keskeisin ongelma liittyy valittajan mahdollisen *kansallisen vastapuolen* – kuten riita-asian vastapuolen tai rikoksen asianomistajan – *asemaan*.²¹⁶ Tämä on luonnollista, sillä tuomioiden oikeusvoiman taustalla on ennen kaikkea oikeusrauhan varmistaminen jutun asianosaisten välillä. EIT:n prosessissa ei kuulla kansallisia vastapuolia, eivätkä he välttämättä tule edes tietoisiksi koko valituksesta.²¹⁷ Kuvaavaa onkin, että EIS:ta koskevassa kirjallisuudessa tällaiseen henkilöön – sikäli kuin hänet ylipäätään muistetaan mainita – viitataan nimellä ”third party”, sivullinen.²¹⁸ Vastapuoli voi kokea vuosien kuluttua tapahtuvan purkamisen oikeusvarmuutta loukkaavana ja ehkä jopa järkyttävänä yllätyksenä²¹⁹ sekä siinä mielessä epäoikeudenmukaisena, ettei hän itse ole aiheuttanut ihmisoikeusloukkausta, joka on *aina* valtion syyksi laskettava virhe.²²⁰ Oikeusvarmuus, mukaan lukien tuomioiden lähtökohtainen pysyvyys, on itse asiassa yksi EIS:n itsensäkin suojaamista oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin osatekijöistä.²²¹ Liian hutera tuomioiden pysyvyys voi johtaa ongelmiin myös omaisuudensuojan kannalta.²²² Jos EIT:n tuomioiden täytäntöönpanon tehokkuustavoitetta ylikorostetaan, saattaakin syntyä jännite kahden henkilön ihmisoikeuksien välille – tilanne, joka ei sinänsä ole perus- ja ihmisoikeusjärjestelmässä harvinainen.

Vasta-argumenttina voidaan esittää, ettei tuomion purkaminen poista kenenkään mahdollisuuksia oikeuksiinsa pääsemiseen, vaan seurauksena on ”vain” uusi oikeudenkäynti, jossa EIS:n määräyksiä tällä kertaa todennäköisesti noudatetaan. Käytännössä uuden oikeudenkäynnin mahdollisuuden vetoaminen voi kuitenkin usein olla varsin idealistinen ajatus muun muassa *näytön heikennyttyä tai kadottua* vuosia kestäneen EIT-prosessin aikana.²²³ Näyttötaakan kantava osapuoli voi tällöin tosiasiaa olla tuomittu häviämään; rikosprosessissa seurauksena voi voimakkaasti kärjistäen olla

²¹⁶ Ks. myös esim. van Kempen 2005, s. 110 ja 114; Papier 2006, s. 3.

²¹⁷ Marchadier (2015, s. 883) huomauttaa lisäksi, ettei valtionkaan tehtäviin kuulu valvoa kansallisen prosessin vastapuolen etua EIT-prosessissa.

²¹⁸ Lambert-Abdelgawad 2001, s. 717; Heikkilä 2016, s. 126.

²¹⁹ Aivan täytenä yllätyksenä ihmisoikeusongelma itsessään ei kuitenkaan tule, sillä valituksen saaminen EIT:n tutkittavaksi edellyttää, että valittaja on vedonnut ihmisoikeusloukkaukseen jo kansallisessa prosessissa (käytännössä yleensä valituskirjelmässä). Tätä kautta väitetty ihmisoikeusloukkaus on tullut myös vastapuolen tietoon.

²²⁰ Ks. myös esim. Marchadier 2015, s. 889.

²²¹ Esim. Brumarescu v. Romania [GC] 28.10.1999, k. 62.

²²² Ks. esim. edellä mainitun Brumarescu-tuomion k. 72; Giuran v. Romania 21.6.2011, k. 46.

²²³ Ks. esim. Dreyer 2008, s. 1707; KKO 2014:93, k. 21; Matscherin ja Pettitin eriyvä mielipide asiassa Barbera, Messegué and Jabardo v. Spain (Article 50) [Plenary] 13.6.1994. Ks. ajan kulumisen merkityksestä myös Koponen 2017, s. 15.

rankaisemattomuus ja – ei edes kärjistäen – asianomistajan haltuun jo päätyneiden varojen takaisinperintä (ks. viimeksi mainitun seikan osalta jakso 6.4.2). Toisaalta rikosprosessin tarkoituksena ei ole maksimoida rikosvastuun toteutumista hinnalla millä hyvänsä, vaan Jokelan toteamin tavoin ”aineellisesti oikeaan lopputulokseen pääseminen oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin edellyttämällä ja eettisesti hyväksyttävällä tavalla” siten, että ihmisoikeuksia kunnioitetaan eikä syyttömiä missään tapauksessa tuomita.²²⁴

Suosituksen Rec(2000)2 laatijat tiedostivat kansallisen vastapuolen aseman merkityksen. Mitään erityistä ratkaisukeinoja ei esitetty, vaan selitysmuistiassa vain todetaan (k. 15), että ongelma oli joka tapauksessa jo olemassa tuolloin käytössä olleissa kansallisissa purkunormistoissa ja niissä hyödynnettyjä ”ratkaisuja” (solutions) tulisi soveltuvin osin hyödyntää myös EIS-perusteisessa purussa. Kansallisissa oikeusjärjestyksissä tällaiset ”ratkaisut” liittyvät nähdäkseni yleensä siihen, että purkumahdollisuutta on määrärajoilla samoin kuin aineellisilla purkuedellytyksillä rajoitettu välttämättömään. Mitä paheksuttavampana EIS:n järjestelmässä – erityisesti täytäntöönpanon valvonnassa – pidetään sitä, että kansallisesti on säädetty tällaisia rajoituksia ja että kansalliset tuomioistuimet niitä vielä noudattavatkin, sitä kauemmas ajaudutaan juuri mainitusta (ainakin näennäisesti) harkintavaltaa sopimusvaltioille jättävästä selitysmuistion lausumasta.

Jos kansallinen vastapuoli on valtion lukuun laskettava taho, suuria periaatteellisia ongelmia ei synny. Valtion oikeusrauhaodotukset eivät tarvitse samanlaista suojaa kuin yksityisten tahojen. Vaikka rikosprosessissa asianomistajana oleva viranomainen ei olisi millään tavoin myötävaikuttanut ihmisoikeusloukkaukseen, ei silti tunnu samassa määrin pulmalliselta puuttua valtion korvaussaatavien pysyvyyteen kuin yksityisten tahojen: julkisen vallan rahakirstu voidaan nähdä viime kädessä yhtenä ja yhteisenä. Mitä sitten tulee asianomistajattomiin rikoksiin, on kysymys lähinnä vain siitä, tulisiko julkista intressiä – rikosten selvittämistä ja rikosvastuun toteuttamista sekä niihin liittyviä kansalaisten odotuksia – suojata vuosien kuluttua tapahtuvaa purkamista vastaan.²²⁵ Mielestäni tällaiselle näkökohdalle ei voida antaa juuri lainkaan painoarvoa silloin, kun kyse on aineellisen ihmisoikeusmääräyksen vastaisesta tuomiosta tai sellaisen menettelyvirheen rasittamasta tuomiosta, jonka johdosta luottamus ratkaisun oikeellisuuteen horjuu. Rikos- ja prosessioikeuden perustavanlaatuisiin tavoitteisiin kuuluu, ettei syyttömiä tule tuomita, ja kuvaamassani asetelmassa EIT:n tuomiosta ilmenevien syyllisyyteen liittyvien päätelmien on saatava etusija.

²²⁴ Jokela 2018, s. 9–10.

²²⁵ Van Kempen (2005, s. 109–110) viittaa ohimennen tähän aspektiin.

Eräs purun haitta on oikeudenkäynnin pitkittyminen (kustannusvaikutuksineen²²⁶) myös edellä mainitusta näytön heikentymisestä riippumatta.²²⁷ Haitta koskee oikeastaan myös ihmisoikeusvalituksen laatimista osapuolta, jonka intresseihin loukkauksen toteaminen ja rahahyvityksen saaminen voivat toisinaan sopia huomattavasti paremmin kuin kansallisen prosessin käyminen alusta asti uudelleen.²²⁸

Vielä ongelmia liittyy aitoihin sivullistaihin, jotka eivät ole välttämättä olleet asianosaisina alkuperäisessä kansallisessa oikeusjutussa mutta jotka ovat järjestäneet asiansa luottaen lainvoimaisesti vahvistettujen oikeussuhteiden pysyvyyteen. Viitataan esimerkiksi jaksossa 4.5 esitettyihin huostaanottoa ja adoptiota koskeviin näkökohtiin, jolloin esimerkiksi uuden perheyksikön osapuolille ja heidän läheisilleen on voinut syntyä vahva luottamus tilanteen pysyvyyteen.²²⁹ Vaikka kysymys olisi ”vain” rahamääräisistä saatavista, tällöinkin etenkin määrällisesti huomattavien suoritustuomioiden purkaminen vuosien päästä voi aiheuttaa seurannaisvaikutuksia myös sivullisille.

Oma ongelmakenttänsä liittyy yhdenvertaisuusnäkökohtiin. Miten esimerkiksi kansasyytetyt tai eri oikeusjutun syytetyt, jotka ovat joutuneet vastaavan ihmisoikeusloukkauksen uhriksi mutta eivät ole valittaneet EIT:een, kokevat sen, jos ihmisoikeusvalituksen menestyksellä ajanut henkilö saa edullisemman purkukohtelun?²³⁰ Tätä asiaa käsittelemme luvussa 8.

6 TUOMIONPURKU SOPIMUSVALTIOTASOLLA

6.1 Kansainvälisen ihmisoikeussopimuksen ja kansallisen oikeusjärjestyksen niveltymisestä

Kansainvälisen ja kansallisen oikeuden nivelkohdassa voidaan tunnistaa kaksi tärkeää lähtökohtaa, jotka eivät riipu siitä, onko valtio omaksunut kansainvälisen velvoitteen voimaansaattamisessa dualistisen vai monistisen²³¹ perusratkaisun. *Ensinnäkin* valtio on *pacta sunt servanda* -maksimiin

²²⁶ Van Kempen 2005, s. 110.

²²⁷ Lambert-Abdelgawad 2001, s. 718 ja 2006, s. 230; Marchadier 2015, s. 895.

²²⁸ Uuden oikeudenkäynnin lopputuloskaan ei ole valittajan näkökulmasta mitenkään taattu. EIS:n loukkaus ei toki todennäköisesti uusiudu vaan korjaantuu uudessa oikeudenkäynnissä, mutta valittaja saattaa olla muista syistä jutussa heikoilla.

²²⁹ Ks. myös Marchadier 2015, s. 895.

²³⁰ Ks. esim. Lambert-Abdelgawad 2001, s. 718.

²³¹ En pidä kansainvälisen oikeuden valtiosisäisen voimassaolon perusratkaisuja – dualismi

mukaisesti velvollinen huolehtimaan kansainvälisoikeudellisen velvoitteen toteutumisesta myös valtiosisäisin toimin. Valtio ei voi tukeutua sisäiseen oikeuteensa – edes valtiosääntöön – perusteena kansainvälisoikeudellisesta velvoitteestaan poikkeamiselle.²³² Kaikki valtio-organit, mukaan lukien tuomioistuinlaitos, ovat velvollisia oman toimivaltansa puitteissa huolehtimaan valtion sitoumusten noudattamisesta.²³³ Toiseksi, kansainväliset sopimukset eivät kuitenkaan lähtökohtaisesti määrää omasta vaikutustavastaan valtiosisäisen oikeusjärjestyksen sisällä. Ne eivät esimerkiksi määrää itselleen etusijaa mahdollisiin ristiriidassa oleviin kansallisiin oikeusnormeihin nähden, ja ne jättävät valtioille vapauden valita, millä keinoin ne huolehtivat sopimusvelvoitteiden toteutumisesta oikeudenkäyttöpiirissään – poikkeuksena lähinnä Euroopan unionin oikeusjärjestelmä. Ihmisoikeussopimusten tapauksessa tosiasiallista valinnanvapautta kylläkin lieventävät jossain määrin yksilön oikeuksien turvaamiseen velvoittavat sopimusmääräykset (esimerkiksi KP-sopimuksen 2(1) artikla ja EIS 1 artikla) samoin kuin ihmisoikeussopimusten kansainväliset valitusjärjestelmät.²³⁴

Euroopan ihmisoikeussopimus noudattaa kahta edellä mainittua peruslähdekohtaa. Sopimusvaltioiden on noudatettava sitoumuksiaan mutta ne saavat pitkälti valita toteuttamiskeinot. Mitä tulee erityisesti todetun sopimusloukkauksen seurauksiin, Ruedinin toteamin tavoin rajat EIT:n tuomion täytäntöönpanoa koskevalle sopimusvaltioiden harkintavallalle

ja monismi kaikkine muunnelmineen – tutkimusteemani kannalta siinä määrin relevantteina, että tarkempaan esittelyyn olisi aiheetta. Ks. Suomen sijoittumisesta dualismi–monismi-asteikolla esim. Scheinin 1991, s. 17–18 viitteinen.

²³² Ks. esim. Scheinin 1991, s. 22; Wienin yleissopimuksen 27 artikla; PCIJ: Treatment of Polish Nationals and Other Persons of Polish Origin or Speech in the Danzig Territory 4.2.1932, k. 62. Suomessa ks. PeVL 2/1990 vp, s. 2.

²³³ Esim. Verhoeven 1984, s. 287; Polakiewicz 2001, s. 66. – Samalla selvää on, etteivät esimerkiksi kansallinen lainsäätäjä tai tuomioistuinlaitos voi kansainvälisen sopimuksen loukkaamiseksi vedota valtiosääntöoikeudelliseen riippumattomuuteensa. Esimerkiksi EIT:n tuomioiden täytäntöönpanossa kunkin valtio-organin tulee ottaa täytäntöönpanovelvollisuudet huomioon niin pitkälle kuin niiden toimivalta sen mahdollistaa. Eri asia on, että riippumattomuuteen liittyen voi syntyä hankalia käytännön ongelmia. Jos esimerkiksi ministerikomitean kannan mukaan valittajaa koskeva kansallinen tuomio olisi purettava, mutta kansallinen tuomioistuinlaitos ei hyväksy purkuhakemusta, voi syntyä eräänlainen pattitilanne, jossa hallitus ei luonnollisestikaan voi kehottaa maansa riippumatonta tuomioistuinlaitosta toimimaan tietyllä tavalla. Estettä ei toki ole sille, että hallituksen edustaja informoi kansallista tuomioistuinta EIT:n tuomion täytäntöönpanoprosessin etenemisestä (ks. esim. Heikkilä 2016, s. 320 ja tuomioistuinlaitoksen riippumattomuuden merkityksestä täytäntöönpanoprosessissa myös s. 130 ja 295 sekä tuomari Yudkivskan ym. täydentävä äänestyslausunto asiassa Ilgar Mammadov v. Azerbaijan [GC] 29.5.2019, k. 12–17) tai että hallitus ehdottaa muutoksia purkua koskevaan lainsäädäntöön, kuten jaksossa 3.3 ilmennein tavoin on toimittu eräissä pattitilanteissa.

²³⁴ Ks. mainituista kahdesta peruslähdekohdasta esim. Drzewicki 1990, s. 1–3 ja 6; Scheinin 1991, s. 22–24.

johtuvat siitä, että EIS:n loukkaus on tehokkaasti a) saatava loppumaan (lopettamisvelvollisuus), b) sen seuraukset on korjattava (korjaamisvelvollisuus) ja c) sen uusiutuminen on ehkäistävä. Hänen esittämänsä systematisoinnin mukaan näiden kolmen ylätason velvollisuuden olemassaolon suhteen harkintavaltaa ei ole, kun taas harkintavaltaa jää ”alatasolla” sen suhteen, millä konkreettisilla toteuttamiskeinoilla kukin mainituista kolmesta ylätason velvollisuudesta täytetään.²³⁵ Alatasollakin voitaneen sanoa, että sopimusvaltioiden harkintavalta keinojen valinnassa kaventuu sitä enemmän, mitä selvemmin kysymyksessä oleva ihmisoikeusloukkaus edellyttää laatunsa ja vaikutustensa puolesta tietynlaisia keinoja. Tuomionpurun suhteen harkintavalta käy sitä kapeammaksi, mitä vaikeampaa loukkauksen lopettaminen ja/tai korjaaminen on ilman tuomionpurun myöntämistä. Harkintavalta on kapeimmillaan silloin, kun jompikumpi tai molemmat näistä ylätason velvollisuuksista on *mahdotonta* täyttää ilman tuomionpurkua.²³⁶ Silloinkaan, kun harkintavalta on olematon, EIT:n tuomio ei itessään aikaansaa kansallisia oikeusvaikutuksia, vaan tällaisten oikeusvaikutusten toteuttaminen jää kansalliselle tasolle.²³⁷

Reparaatiovelvollisuuteen (*restitutio in integrum*) liittyy se lisämauste, että niin yleisessä kansainvälisessä oikeudessa kuin ihmisoikeusjuridiikassa on sallittua antaa merkitystä aidon restituu-tion (jota muun muassa tuomionpurku voi merkitä) mahdottomuudelle tai suhteettomalle hankaluudelle. Painopiste siirtyy reparaatiovelvollisuuden sisällä kompensaa-tion hyväksyttävyyden suuntaan sitä enemmän, mitä suurempia vaikeuksia aito restituu-tio kohtaa. Jos kaksi mahdottomuutta kohtaavat – yhtäältä henkilön palauttaminen ”loukkauksettomaan tilaan” ilman tuomionpurkua on mahdotonta ja toisaalta tuomionpurun myöntäminen on syystä tai toisesta mahdotonta – ollaan hyvin vaikeassa ristiriitatilanteessa. Johtoa tilanteeseen voidaan hakea siitä, mitä aidon restituu-tion mahdottomuudella tai suhteettomalla hankaluudella yleensä tarkoitetaan. Kuten jo jaksossa 2.1 kävi ilmi, ILC-artiklojen selitysten mukaan

²³⁵ Ruedin 2009, s. 89.

²³⁶ Juuri tällaisissa ”ainut keino” -tyyppisissä tilanteissa myös EIT saattaa katsoa olevansa toimivaltainen antamaan sitovia määräyksiä tietyistä valittajaa koskevista täytäntöönpanokeinoista. Ks. esim. *Öcalan v. Turkey* [GC] 12.5.2005, k. 116: ”In other exceptional cases, the nature of the violation found may be such as to leave no real choice as to the measures required to remedy it and the Court may decide to indicate only one such measure.” – Viittaustani ei tietyistikään tule ymmärtää siten, että ainoastaan silloin, kun EIT on itse antanut sitovan määräyksen täytäntöönpanokeinoista, käsillä voisi olla tilanne, jossa sopimusvaltiolla ei ole todellista harkintavaltaa täytäntöönpanokeinon suhteen.

²³⁷ Polakiewicz 2001, s. 55–56 ja 66; Hunt 2005, s. 25; Ress 2005, s. 374; Ruedin 2009, s. 97. Sitovien täytäntöönpanomääräysten osalta ks. myös Paraskeva 2018, s. 49: ”They only bind respondent states, which have the obligation to fulfil and respond to the different orders set out in the operative part of the judgment.”

restituutiota ei tulisi pitää mahdottomana vain sillä perusteella, että se aiheuttaisi oikeudellisia tai käytännöllisiä ongelmia, joiden voittamiseksi valtion on nähtävä erityistä vaivaa. Toisaalta esimerkiksi vilpittömässä mielessä toimineiden kolmansien tahojen oikeudet voivat olosuhteista riippuen tehdä restituutiosta mahdottoman. Näyttäisi siten siltä, että lainsäädäntöön tai sen tulkintaan liittyville esteille ei tulisi antaa liian suurta painoarvoa, vaan lainsäätäjän ja lainkäyttäjän tulisi toimivaltansa rajoissa tehdä voitavansa.

Kansainvälisen sopimuksen valtiosisäisiä vaikutuksia tarkasteltaessa operoidaan usein myös ”suoran sovellettavuuden” (direct applicability) ja siihen läheisesti liittyvän ”suoran vaikutuksen” (direct effect) käsitteillä. Käsitteet ovat kuitenkin monimerkityksisiä ja epätarkkoja. Scheinin on väitöskirjassaan paikantanut oikeuskirjallisuudesta vähintään viisi erilaista merkityssisältöä jo ”suoran sovellettavuuden” käsitteelle, minkä lisäksi osa kirjoittajista saattaa antaa suoralle vaikutukselle (tai esimerkiksi termille ”self-executing”) vielä erilaisen tai eri tavoin painottuneen merkityssisällön. Scheinin on hyödyntänyt erityisesti seuraavasti muotoiltua suoran sovellettavuuden merkityssisältöä: ”Sellainen sopimusnormien valtiosisäinen asema, joka mahdollistaa tukeutumisen sopimusmääräyksiin itsenäisinä oikeusnormeina eikä vain kansallisten normien tulkinnassa, ja johon saattaa liittyä jopa kansallisten normien sivuuttaminen.” Tämä merkityssisältö on myös oman tutkimusteeman kannalta relevantein. Siteeratusta kohdasta ilmenee käsitepari ”suora soveltaminen / ’pelkkä’ tulkintavaikutus” (tai: ”välitön / välillinen soveltaminen”). Scheinin kuitenkin täydentää tätä jaottelua perustavammaksi ymmärtämällään distinktiolla oikeusnormien sääntövaikutuksen ja periaatevaikutuksen välillä. Sekä säännön että periaatteen soveltaminen voi olla sekä ”suoraa” (lopullisessa ratkaisutilanteessa ilmenevää) että ”välillistä” (ratkaisutilanteessa sovellettavien normien tulkintaan vaikuttavaa).²³⁸

Sinänsä selvänä voidaan pitää, että EIS:n määräyksiä – myös 46 artiklaa (mukaan lukien sen kiistatta sisältämät korjaamis- ja lopettamisvelvollisuusnormit) – voidaan soveltaa Suomessa ”suoraan”. EIS on kokonaisuudessaan lakina voimassa Suomessa ja siten sopimusmääräykset kykenevät saamaan välittömän oikeusvaikutuksen. Tämä ei kuitenkaan ratkaise 46 artiklaan liittyviä pulmia tyydyttävästi, koska sen konkreettiset normatiiviset ilmentymät (esim. mitä lopettamisvelvollisuus tai korjaamisvelvollisuus tietystä tilanteesta tarkoittaa) voivat eri soveltamistilanteissa vaihdella huomattavasti. Pidänkin hyödyllisempänä ”sääntövaikutuksen” ja ”periaatevaikutuksen” käsitteitä, kun tutkitaan EIT:n tuomion täytäntöönpanoa

²³⁸ Scheinin 1991, s. 27–30.

purkuinstanssin toimivallan ja toimintamahdollisuuksien kannalta tilanteessa, jossa lainsäätäjän tuomionpurulle asettamat puitteet vaikuttavat liian ahtailta EIS:n tasolta johtuviin odotuksiin nähden. Sovellettavina ovat ylimääräistä muutoksenhakua koskevat *kansalliset säännöt* sekä ihmisoikeusloukkauksen korjaamista ja lopettamista koskevat – niin ikään normatiivisesti velvoittavat – *kansainvälisoikeudelliset* normit, jotka voivat mielestäni tilanteesta riippuen näyttäytyä joko *periaatteen* tai *säännön* luonteisina. Tilannekohtaisuudessa sinänsä ei ole mitään oudoksuttavaa. Jaottelu sääntöihin ja periaatteisiin koskee konkreettisia, yksittäisessä ratkaisutilanteessa sovellettavia oikeusnormeja eikä esimerkiksi niiden kielellistä ilmaisua laki- tai sopimustekstissä.²³⁹

Esitän, että mitä kauemmaksi jäädään tilanteesta, jossa lopettamis- tai korjaamisvelvollisuuden täyttämiseen olisi vain yksi ainut hyväksyttävä toteuttamiskeino, sitä selvemmin käsillä on *periaatevaikutus*. Korjaamisvelvollisuuden osalta tätä ilmentää koko *restitutio in integrum* -periaatteen ajatus: valtiolla on velvollisuus korjata loukkauksen seuraukset eli saattaa valittaja *niin pitkälle kuin mahdollista* siihen asemaan, jossa hän olisi ilman loukkauksen tapahtumista.²⁴⁰ Periaatteille on Alexyn perusoikeusteorian mukaan luonteenomaista juuri se, että ne vaativat toteuttamaan jonkin oikeushyvän niin pitkälle kuin se on oikeudellisesti ja tosiasiallisesti mahdollista. ”Niin pitkälle kuin se on oikeudellisesti mahdollista” -arvioinnissa otetaan huomioon myös vastasuuntaiset periaatteet ja säännöt.²⁴¹ *Restitutio in integrum* ilmenee siten lähtökohtaisesti periaatteena: kyse ei ole ”joko–tai”-soveltamisesta vaan ”niin pitkälle kuin mahdollista” -optimoinnista. Tämä ei suinkaan merkitse kyseisen periaatteen velvoittavuuden kiistämistä: kyse on *normatiivisesti velvoittavasta* periaatteesta, joka vaikuttaa *optimointikäskynä* ylimääräistä muutoksenhakua koskevien normien tulkinnassa ja soveltamisessa (eli ”mahdottoman rajojen etsinnässä”).²⁴² Klamin käsitteistössä kysymys on harmonisoinnista eikä eliminoinnista.²⁴³

Vaikuttaa siltä, että EIS:n tämän tyyppinen vaikutus vähintäänkin purkunormien *tulkintaan* on tunnustettu Suomessa niin lainkäyttäjän²⁴⁴ kuin oikeustieteilijöiden²⁴⁵ taholla. Niin kauan kuin kansalliset ylimääräisen muu-

²³⁹ Ks. esim. Scheinin 1991, s. 32.

²⁴⁰ Jos kansallinen oikeus ei tätä kerta kaikkiaan mahdollista, valittajaa saadaan – ja tulee – hyvittää rahallisesti.

²⁴¹ Alexy 2002, s. 47–48.

²⁴² Periaatteiden luonteesta optimointikäskynä ks. Alexy 2002, s. 47–48. Ks. myös Scheinin 1991, s. 30.

²⁴³ Ks. Klami 1982, s. 42–45.

²⁴⁴ Ks. esim. yksimielinen täysistuntoratkaisu KKO 2009:80, k. 6, 8 ja 36.

²⁴⁵ Esimerkinomaisesti voidaan viitata hakijalle kielteisen purkuratkaisun KKO 2008:24

toksenhaun säännöt *sallivat* tehdä jotakin EIT:n tuomion täytäntöönpanon kannalta tarpeellista (vaikka tämä tarve ilmenisi vain periaatevaikutuksen kautta), mahdolliset pulmat liittyvät ”vain” vastasuuntaisesti vaikuttavien periaatteiden punnintaan ja säännöksen järkevien tulkinta- ja soveltamis-mahdollisuuksien rajoihin eikä varsinaista kansainvälisen ja kansallisen oikeuden välistä sääntökollisiota synny.

EIS:sta valittajan eduksi johtuvat optimointikäskyt eivät tietenkään ole ainoita punninnassa vaikuttavia elementtejä. Jo edellä jaksossa 5 on käsitelty muun muassa oikeusvarmuutta ja valittajan kansallisen vastapuolen luottamusta ratkaisujen pysyvyyteen. Myös EIS:n järjestelmän piirissä tällaiset intressit on tunnustettu.

Lopettamis- ja korjaamisvelvollisuudet voivat konkreettisessa soveltamistilanteessa ilmetä nähdäkseni myös *sääntöinä*. Näin on ainakin silloin, kun sopimusvaltion harkintavalta toteuttamiskeinojen suhteen on surkastunut olemattomiin eli EIS:n muodostama normijärjestelmä *käskee* toteuttamaan tuomionpurun. ”Käskey” voi ilmetä EIT:n tai ministerikomitean kannanotoista taikka voi olla muutoinkin selvää, että lopettamis- tai korjaamisvelvollisuus ei ole täytettävissä ilman tuomionpurkua. Tällöin, jos kansallinen purkua koskeva sääntö samassa tilanteessa sattumoisin *kieltäisi* purun myöntämisen (eikä tilanne ole tulkinnan keinoin ratkaistavissa), kansallisen ja ylikansallisen normin välille syntyy aito sääntökollisio. Kumman hyväksi tällainen kollisio ratkaistaan ja millä perusteella? Mielestäni sen enempää EIS:n ”suoran” vaikutuksen kuin ”sääntövaikutuksenkaan” olemassaolon myöntäminen ei vielä itsessään asiaa ratkaise, sillä myöskin kansallisilla purkua koskevilla säännöillä on luonnollisesti suora oikeusvaikutus eli niitä voidaan soveltaa välittömästi ratkaisuperusteina. EIS 46 artiklan suoran vaikutuksen myöntämisellä on vasta se lisäarvo, että soveltamistilanteessa on ylipäänsä esillä *kaksi* keskenään ristiriidassa olevaa normia – ei totuttuun tapaan pelkkä kansallinen purkunormi.

herättämiin kannanottoihin prosessioikeuden tutkijoiden piirissä, ks. esim. Määttä 2008, s. 4; Turunen 2008, s. 194; Jokela 2009, s. 362. Kaikista kommentteista on luettavissa kannanotto siitä, että KKO olisi voinut tulkita ja soveltaa purkunormeja myös ihmisoikeusnäkökulmaa enemmän painottaen. – Ks. myös Koponen 2017, s. 18: ”Vaikka loukkauksen korjaamistavat arvioidaan kansallisen lainsäädännön pohjalta, voi ihmisoikeusvelvoitteiden vaikutuskeinojen *tulkintaan* olla olennainen.” Hän tunnustaa (s. 16), että perus- ja ihmisoikeuksien merkityksen kasvu aiheuttaa jännitteitä ylimääräisen muutoksenhaun perusteiden (Suomessa perinteisesti melko) suppeaan tulkintaan. Toisaalta hän havainnoi (s. 17), ettei KKO:lla ole juurikaan ollut ylimääräisessä muutoksenhaussa tapana ottaa ratkaisuperusteiden pohdinnassa esille perusoikeusmyönteisen tulkinnan tarvetta, vaan kantelu- ja purkuperusteiden yksittäisten tunnusmerkkien soveltamisessa on voitu päätyä hakijan oikeuksia laajentavaan lopputulokseen tavanomaisin laintulkinta-argumentein.

En rohkene väittää *lex superior* -maksiihin soveltuvan omassa järjestelmässämme ainakaan kategoriseksi ratkaisukeinoksi, sillä EIS on Suomessa voimassa tavallisen lain eikä perustuslain tasoisena.²⁴⁶ Se, että sopimusvaltio ei saa vedota sisäiseen lainsäädäntöönsä perusteena sopimusloukkaukselle (tai sen jatkamiselle), ei tarkoita, että valtio olisi ristiriitatilanteissa velvollinen myöntämään hierarkkisen etusijan kansainväliselle normille. Mitä sitten tulee EIS:n ja kansallisen normin välisessä kollisionratkaisussa sinänsä sallittuun²⁴⁷ *lex posterior* -maksiihin, se tuntuu tutkittavana olevassa asetelmassa luovan enemmän epäselvyyttä ja kysymyksiä kuin poistavan niitä,²⁴⁸ ja samaa voidaan sanoa myös *lex specialis* -maksiihista²⁴⁹.

Scheininiin viitaten voidaan käyttää apuvälineenä presumptiota siitä, ettei lainsäätäjät ole tarkoittanut poiketa Suomea velvoittavasta ihmisoikeusnormista,²⁵⁰ ja asettaa seuraava kysymys: onko eduskunta lainsäätäjänä tarkoittanut, että tuomionpurku on mahdoton sellaisessa tilanteessa, jossa EIT:n tuomion täytäntöönpano (EIS 46 artiklan noudattaminen) välttämättä edellyttää purkua? Mielestäni kieltävälle vastaukselle on nähtävissä perusteita.²⁵¹ Mikäli vastaus voidaan hyväksyä, tämä olisi yksi argumentti,

²⁴⁶ Ks. esim. perustuslain 106 §:n säätämiseen liittyviä perusteluja hallituksen esityksessä HE 1/1998 vp, s. 163: ”Vastaavanlaista arviointia voivat tuomioistuimet joutua suorittamaan kotoperäisten säädösten ja ihmisoikeussopimusten välillä, joskaan tuolloin ristiriitaa ei ratkaista säädöshierarkkisilla perusteilla.” Myös oikeuskäytännössä ihmisoikeusnormien etusija haetaan tarvittaessa perustuslain etusijan kautta, ei suoranaisesti ihmisoikeusnormien itsensä etusijan nojalla; ks. esim. KKO 2015:14, k. 31: ”Jos ihmisoikeusvelvoitteen ja lain välillä on ristiriita, jota ei voida tulkinnan keinoin ratkaista ihmisoikeusvelvoitteen edellyttämällä tavalla, on arvioitava ensiksikin sitä, merkitseekö ihmisoikeusvelvoitteen vastaisuus samalla myös perustuslain vastaisuutta, ja toiseksi sitä, onko perustuslainvastaisuus ilmeistä.”

²⁴⁷ Perustuslakivaliokunta totesi jo EIS:een liittymisen yhteydessä, että *lex posterior*- ja *lex specialis* -maksiihimit oikeuttavat sivuuttamaan ristiriitatilanteessa vanhemman tai yleisluonteisemman kansallisen lain säännöksen (ks. PeVL 2/1990 vp, s. 2). Ks. myös Pellonpää et al. 2018, s. 72–73.

²⁴⁸ Tulisiko esimerkiksi kansallisen purkunormin säätämisaikakohtana pitää vuotta 1960, jolta ylimääräisen muutoksenhaun perusratkaisut edelleen periytyvät, vai kenties vuoden 2005 loppua, jolloin lainsäätäjän voitaisiin katsoa ”tarkistaneen” purkunormiston riittävyyden suosituksen Rec(2000)2 näkökulmasta (ks. laki 666/2005 ja HE 9/2005 vp)? Vielä vaikeampaa on löytää EIS 46 artiklan yksittäistapauksessa luomien velvollisuuksien ”säätämisaikakohtaa”. – Myös korkein oikeus on tuonut esiin *lex posterior* -maksiihin hankaluuden (aineellistenkin, saati EIT:n tuomion täytäntöönpanoon liittyvien) ihmisoikeusnormien yhteydessä, ks. KKO 2012:11, k. 22. *Lex posterior* -maksiihin ylikorostuneen käytön vaaroista ks. esim. Scheinin 1991, s. 211.

²⁴⁹ Tuomionpurun kannalta purkunormi on toki *lex specialis* EIS 46 artiklasta johtuviin täytäntöönpanovelvollisuuksiin nähden, mutta toisaalta valittajaa koskevan ihmisoikeusloukkauksen korjaamisen tai lopettamisen kannalta asetelma voidaan nähdä myös toisin päin. En pidä myöskään tätä maksiihia tutkimuskohteeni kannalta hyödyllisenä.

²⁵⁰ Scheinin 1991, s. 210. Ks. myös Pellonpää et al. 2018, s. 68 ja 80.

²⁵¹ Eduskunta näyttäisi eri yhteyksissä pikemminkin pitäneen tärkeänä, että riittävät mahdol-

joka toisi purkuinstanssille oikeudellista selkänöjaa soveltaa kansallisia purkunormeja tarvittaessa *contra legem*.

Apua esittämäni hypoteettisen normikollision ratkaisuun voidaan etsiä myös perustuslaista. Viime vuosina perustuslain 106 §:n etusijasääntö on eräissä tapauksissa tarjonnut – perus- ja ihmisoikeusjärjestelmien tulkinnallisen harmonisoinnin kautta – tosiasiallisen etusijan ihmisoikeusnormeille.²⁵² Toisaalta varoisin väittämästä, että perustuslain 106 § olisi ilman muuta ratkaisun avain sanamuodoltaan ehdottoman purkunormin ja ihmisoikeusloukkauksen lopettamis- tai korjaamisvelvollisuuden (EIS 46 artikla sellaisena kuin se konkretisoituu yksittäisessä tapauksessa) väliinseen kollisioon. Suomen tämän hetkisessä perus- ja ihmisoikeuskulttuurin kehitysvaiheessa näyttää nimittäin siltä, että perustuslain 106 § kykenee tarjoamaan etusijan lähinnä sellaisille EIS:n (substanssi)normeille, joilla on selvä vastinpari kotimaisessa perustuslaissa ja erityisesti sen perusoikeussäännöksissä – perustuslaki puhuu etusijan antamisesta ”perustuslain säännökselle”. Ei ole helppoa löytää perustuslaista sellaista vastinparia EIS 46 artiklasta johtuvalle korjaamis- tai lopettamisvelvollisuudelle, johon nähden purkunormi voitaisiin ilmeisenä pidettävän (eli selvän, riidattoman ja helposti havaittavan²⁵³) ristiriidan vuoksi sivuuttaa. Myös Koponen toteaa, ettei poikkeuksia purkunormien sanamuodoista ole ”toistaiseksi” tehty perustuslain 106 §:ään perustuen.²⁵⁴

lisuudet EIS:n loukkaukseen perustuvaan purkuun ovat olemassa. Ks. esim. PeVM 1/2010 vp, s. 5–6 sekä LaVM 6/2005 vp, s. 5: ”Tällaisessa tilanteessa loukkauksen kohteeksi joutuneella on perusteltu syy odottaa, että hän saa asiansa kotimaisessa lainkäyttöjärjestelmässä uudelleen arvioitavaksi.” – Kantelun määräjän muutoksiin johtaneista lainvalmistelutöistä on luettavissa ajatus siitä, ettei sen enempää tuomion purkamista kuin poistamista tarkoitettu jättää mahdolliseksi ainakaan suosituksen Rec(2000)2 edellytykset täyttävissä tilanteissa (ks. oikeusministeriön muutoksenhakutoimikunnan jatkotietintö 20.11.2002 (komiteanmietintö 2002:8), jäljempänä *OM-komiteanmietintö 2002:8*, s. 28–29 ja HE 9/2005 vp, s. 12–13 ja 24). En väitä vahingoksi sitä, ettei purkusäännöksiin tehty samanlaista muutosta kuin kantelun määräaikaan, mutta tämä ratkaisu vaikuttaisi perustuvan siihen, että oikeusturvaongelmia ei yksinkertaisesti ennakoitu voivan syntyä (näin myös Linna 2012, s. 180 ja 182) – eikä siihen, että lainsäätäjä olisi nimenomaisesti tarkoittanut mahdollistaa oikeusturvaongelman, jota EIT:n langettavaan tuomioon perustuvan purkukemeyksen tutkimatta jääminen saattaa merkitä. Ks. tästä myös Koponen 2017, sivulla 255 olevaa otsikkoa ”Oletus tuomionpurun soveltuvuudesta todettuihin ihmisoikeusloukkauksiin”. Ks. puheena olevasta määräaikaasääntelystä jakso 6.2.

²⁵² Ks. esim. Pellonpää et al. 2018, s. 81–83 ja siinä viitatus oikeustapaukset.

²⁵³ Ks. erityisesti PeVM 10/1998 vp, s. 31.

²⁵⁴ Koponen 2017, s. 415. Hän jatkaa: ”...mutta ratkaisussa KKO 2015:14 menettelyvirheen toteutuminen perusteltiin perustuslain 106 §:n avulla. Tämäkin vaihtoehto voi siten tulla harkittavaksi ja toisaalta 106 §:n soveltamisesta oikeuskäytännössä esitettyä argumentaatiota voidaan verrata perusteluihin, joilla tuomionpurun käyttöalaa on laajennettu ohi lain sanamuodon.”

Toisaalta tilanne saattaa aikaa myöten kehittyä. Aineksia tällaiseen kehittymiseen tuo osaltaan perustuslakivaliokunnan lausuma jo perustuslain 106 §:n säätämisen yhteydessä: ”...on aiheellista kuvata ristiriitatilanne yleisluonteisemmin lain säännöksen soveltamisen ja perustuslain eikä vain sen jonkin säännöksen välisenä vertailuna. *Siten perustuslaki on kokonaisuutena osana vertailussa.*”²⁵⁵ Etenkin perustuslain 22 §:ään sisältyvän perus- ja ihmisoikeuksien *turvaamisvelvollisuuden* voidaan ajatella käsittävän myös velvollisuuden *lopettaa* EIS:n toteama *ihmisoikeusloukkaus* ja *korjata* siitä valittajalle aiheutuneet seuraukset siten kuin EIS:n muodostama normijärjestelmä edellyttää. Perustuslain 1.3 §:ssä on puolestaan säädetty Suomen osallistumisesta kansainväliseen yhteistyöhön ihmisoikeuksien turvaamiseksi. Ministerikomitean valvonnassa tapahtuva EIS 46 artiklan mukainen EIT:n tuomioiden täytäntöönpano on osa tätä yhteistyötä. Lisäksi voitaisiin ainakin EIS 46 artiklan sisältämän *lopettamisvelvollisuuden* osalta ajatella, että perustuslain 106 §:n mukainen vertailutilanne olisi konstruoitavissa purkunormin sekä loukattua EIS:n (substanssi)artiklaa vastaavan perusoikeusnormin välille. Lopettamisvelvollisuuden kyseessä ollessa tällaisen *perusoikeusnormin* (sellaisena kuin se on vastaavan ihmisoikeusnormin mukaisesti tulkittuna) *loukkaus nimittäin jatkuu edelleen* tavallisen lain tasoisen, liian ahtaan purkunormin vuoksi.

Seuraavassa tutkitaan suomalaista ylimääräisen muutoksenhaun normistoa siitä näkökulmasta, miltä osin se riittää vastaamaan EIS:n tasolta johtuviin odotuksiin ja miltä osin voidaan tarvita ihmisoikeusmyönteistä laintulkintaa tai jopa soveltamista *contra legem*. Jaan tarkastelun prosessioikeudellisiin perusteisiin *muodollisten ja aineellisten purku- (ja poistamis)edellytysten* arviointiin.²⁵⁶ Sivuutan sen esikysymyksen, onko sopimusvaltioilla ylipäänsä velvollisuutta säätää ylimääräisen muutoksenhaun kaltaista normistoa, jota voidaan soveltaa myös EIS:n loukkauksiin.²⁵⁷ Kysymys ei vaikuta enää ajankohtaiselta, koska nykyisin käytännössä kaikissa sopimusvaltioissa on ainakin rikosasioissa tällainen normisto, ovatpa tähän asiantilaan sitten johtaneet poliittiset tai oikeudelliset syyt.²⁵⁸

²⁵⁵ PeVM 10/1998 vp, s. 31.

²⁵⁶ Tarkastelu rajoittuu keskeisimpiin purku- ja poistamisperusteisiin eikä siten ole tyhjentävä. Esimerkiksi oikeuden jäsenen rikollista menettelyä koskevaa purkuperustetta (OK 31:7.1:n 1 kohta ja 31:8:n 1 kohta) ei tarkastella, vaikka se voi olla EIT:n tuomion täytäntöönpanossa relevantti.

²⁵⁷ Lambert (1999, s. 228 ja 234) näyttää ajattelevan – tosin ennen suosituksen Rec(2000)2 antamista – että kansallisen tuomioistuimen velvollisuus käyttää olemassa olevaa purkumahdollisuutta on vahvempi kuin kansallisen lainsäätäjän velvollisuus säätää purkumahdollisuudesta sen vielä puuttuessa.

²⁵⁸ Vuonna 2017 tällainen purkumahdollisuus oli rikosasioissa olemassa kaikkialla muualla kuin Liechtensteinissa (näin *Moreira Ferreira v. Portugal* (no. 2) [GC] 11.7.2017, k. 39) eli

6.2 Tuomion purkamisen tai poistamisen muodolliset edellytykset

Ylimääräisen muutoksenhaun muodollisten edellytysten täyttymisestä riippuu, voidaanko purkuhakemusta tai kantelua (jäljempänä tässä alajaksossa vain *hakemus*) ottaa edes tutkittavaksi. Jos ei voida, tuomion purkamisen tai poistamisen tarvetta ihmisoikeusloukkauksen korjaamis- ja lopettamisvelvollisuuksien kannalta ei päästä edes arvioimaan. Esittäisin varovaisena kannanottona, että jo hakemuksen saaminen tutkittavaksi on EIT:n tuomion täytäntöönpanossa ainakin hieman ”tyhjää parempi”, riippumatta siitä, hyväksytäänkö hakemus lopulta. Tällöin EIT:ssa juttunsa voittanut hakija ja tämän mahdollinen (kansallinen) vastapuoli pääsevät esittämään näkökantansa,²⁵⁹ ja purkuinstanssi voi antaa toivottavasti sellaisen hyvin perustellun ratkaisun, jossa purun tai poistamisen tarvetta arvioidaan aineellisten purku- tai poistamisedellytysten ja EIS:sta johtuvien normien kannalta.²⁶⁰ Jos purkumahdollisuus kaatuu esimerkiksi jo vuosia sitten umpeutuneeseen määräaikaan tai kohtuuttomiin muotomääräyksiin, tämä näyttää mielestäni Strasbourgin suuntaan lähtökohtaisesti pahemmalta kuin edellä kuvatun kaltainen aineellinen ratkaisu, jonka voisi ehkä jopa luonnehtia tavoittavan pienen fragmentin valittajan tilanteen ”uudelleentutkimisesta”. Esimerkiksi Öcalan-asiassa ministerikomitea suostui katsomaan täytäntöönpanon suoritetuksi tilanteessa, jossa tutkittavaksi otettu purkuhakemus hylättiin perustellulla aineellisella ratkaisulla.²⁶¹

Kannanottoani ei suinkaan tule ymmärtää siten, että tutkittu ja hyvin perusteltu mutta hylätty hakemus riittäisi täyttämään valtion täytäntöönpanovelvollisuudet, jos ministerikomitea katsoo tilanteen vaativan purkua. Tarkoitin vain, että suosituksen Rec(2000)2 hengen kanssa olisi *erityisen* ristiriitaista se, jos valittajalle ei anneta tehokasta mahdollisuutta edes tavoitella purkua.

Otan purun ja poistamisen muodollisista edellytyksistä tarkasteluun ennen muuta määräajat hakemuksen tekemiselle, koska ne muodostavat valittajan

46 valtiossa. Aiemmistä vaatimattomammista lukumääristä ks. esim. Lambert-Abdelgawad 2006, s. 210.

²⁵⁹ Tutkittavaksi otetusta hakemuksesta on OK 31 luvun 4.2 §:n ja 13 §:n mukaan lähtökohtaisesti kuultava vastapuolta.

²⁶⁰ Samansuuntaisesti Laffranque 2014, s. 103 sekä Davydov v. Russia 30.10.2014, k. 29: ”The Court’s position that applicants should be provided with a possibility to request the re-examination of their case or the reopening of proceedings does not, however, preclude the domestic court’s decision on whether such a re-examination or reopening should indeed be granted in a specific case.” Ks. myös Moreira Ferreira v. Portugal (no. 2) [GC] 11.7.2017, k. 93.

²⁶¹ ResDH(2007)1 Öcalan v. Turkey 14.2.2007.

kannalta ehkä merkittävimmän potentiaalisen kompastuskiven. Lopuksi esitän muutaman näkökohdan hakijalegitimaatiosta, asiamiespakosta sekä samaa asiaa koskevien hakemusten lukumäärän rajoittamisesta.²⁶²

Kuten jaksossa 3.3 havaittiin, ministerikomitea ei näytä pitävän ongelmallisena sitä, että valittaja laiminlyö noudattaa EIT:n tuomion jälkeen avoinna olevaa määräaika. Valittaja ei tarvitse määräaikojen noudattamisen suhteen erityissojelua: hän on jo alkuperäisessä kansallisessa prosessissa ollut velvollinen noudattamaan niitä, samoin EIS:n omaa määräaika valituksen tekemiselle. Tilanne on luonnollisesti toinen, jos purun määräaika ei ole ollut avoinna enää EIT:n tuomion jälkeen. Tällöin syntyy herkästi jännitteisiä tilanteita, joiden ratkaisemista ei ollenkaan helpota se, että määräaikasäännökset on yleensä kirjoitettu – oikeusvarmuuteen liittyvien ymmärrettävien tavoitteiden vuoksi – täsmälliseen ja ehdottomaan muotoon.²⁶³ Tämän vuoksi pidin perusteltuna tarkastella edellä olevassa alajaksossa melko laajalti suoraa normikollisiota ja *contra legem* -tulkinnan mahdollisia oikeutusperusteita.²⁶⁴

Suomessa tilanne on määräaikojen osalta varsin hyvä. Kun EIT on todennut menettelyvirheen, tähän perustuvan kantelun saaminen tutkittavaksi on vielä EIT:n käsittelyn jälkeen määräaikasääntelyn kannalta mahdollista niin rikos- kuin siviiliprosessissa (vuoden 2005 lopussa voimaan tullut OK 31:2.3). Sama koskee tuomionpurkua syytetyn eduksi rikosprosessissa, sillä tällainen purku ei ole määräaikaan sidottu.²⁶⁵ Tuomionpurku riita-asiassa

²⁶² Lisäksi voidaan mainita purun kohdetta ja purkuintressiä koskevat edellytykset (ks. Leppänen – Välimaa 1998, s. 128–131 ja 134–136). Tutkimusteemani kannalta *purun kohteen* lähemmälle tutkimiselle ei ole tarvetta, sillä olen rajannut tutkimusaiheeni nimenomaan lainvoimaisiin tuomioihin, jotka täyttävät purun kohdetta koskevan edellytyksen. Samoin voidaan olettaa, että hakijalla, joka on voittanut asiansa EIT:ssa, on *purkuintressi* eli sikäli kuin taustalla on ylipäättään oikeusvoimainen kansallinen tuomio, se on todennäköisesti hänelle vastainen. Purkuintressiin ei vaikuta se, onko rangaistus jo kokonaan kärsitty. Suomessa on vanhastaan katsottu, että pelkästään esimerkiksi ”maineen puhdistaminen ja rikoksenteikijän leiman poistaminen” muodostavat riittävän intressin (ks. Rautio 2017, s. 1218).

²⁶³ Havansin (2004, s. 50) toteamin tavoin selkeämpää ja eksaktimpaa oikeussääntöä kuin tyypilliset määräaikasäännöksemme on vaikea kuvitella. – Poikkeuksetonta tämä ei ole edes ylimääräisessä muutoksenhaussa. Riita-asiassa annetun tuomion purkamista koskevassa OK 31:10.2:ssa säädetään viiden vuoden määräajasta, ”ellei hakemuksen tueksi esitetä erittäin painavia syitä”. Tällaisen määräajan tosiasiallinen pituus ei ole helposti ulkopuolisen ennakoitavissa.

²⁶⁴ Tässä yhteydessä on syytä mainita myös siitä, että KKO:n tulkinnan mukaan ylimääräiselle muutoksenhauille varattu *määräaika ei ole palautettavissa* OK 31:17:n nojalla (KKO 2003:20). Toisaalta kyseisen ratkaisun perustelut osoittavat hyvin sen, ettei päinvastainen tulkintakaan olisi ollut *contra legem*. Ks. myös Leppänen – Välimaa 1998, s. 167, jossa kysymystä pidetään aidosti tulkinnanvaraisena.

²⁶⁵ Tuomionpurku syytetyn *vahingoksi* on sidottu määräaikaan, mutta on jokseenkin teoreettinen ajatus, että tällaista purkua tarvittaisiin EIT:n tuomion täytäntöönpanossa. EIS 6 artikla ei esimerkiksi takaa asianomistajalle oikeutta saada ”syllistä tuomiolle”, vaan se

on sen sijaan sidottu tuomion lainvoimaiseksi tulosta laskettavaan yhden vuoden määräaikaan silloin, kun purkuhakemus perustetaan ilmeisesti väärään lainsoveltamiseen (OK 31:10). Koska uuteen seikkaan perustuva purkuperuste (OK 31:7.1:n 3 kohta) ei nykyisen oikeuskäytännön valossa tunnu soveltuvan EIT:n toteamiin sopimusloukkauksiin (ks. jakso 6.3.3), valittaja jää riita-asiaa koskevassa tuomionpurussa ilmeisesti väärää lainsoveltamista koskevan purkuperusteen varaan ja siten lyhyen määräajan johdosta vaille tosiasiallista mahdollisuutta saada purkuhakemustaan tutkittavaksi. Vaikka riita-asioissa määräaikojen lyhyys turvaa sinänsä tärkeää ja kansainvälisen oikeudenkin tunnustamaa intressiä – oikeusrauhaa yksityisten osapuolten välisissä suhteissa – tilanne ei ole ihanteellinen. Parempi olisi, että EIT:ssa juttunsa voittanut saisi purkuhakemuksensa tutkittavaksi ja että hänen sekä hänen kansallisen vastapuolensa asemaa arvioitaisiin aineellisten purkuedellytysten yhteydessä. Korkein oikeus on kohdannut ongelman tapauksessa KKO 2011:100:

”Siten ei olisi lainkaan mahdollista ryhtyä sellaisiin toimenpiteisiin, joita ihmisoikeustuomioistuimen langettavan tuomion asianmukainen noudattaminen voi edellyttää. Tällä tavoin oikeudenkäymiskaaren 31 luvun 10 §:n sananmukainen soveltaminen voi johtaa lainkäytössä tilanteeseen, joka ei vastaa asianosaisen oikeusturvan vaatimuksia eikä ihmisoikeussopimuksen velvoitteita.”²⁶⁶

Korkein oikeus jättikin soveltamatta sanamuodoltaan ehdotonta määräaikasäännöstä. Ratkaisu oli mielestäni hyvin perusteltu. Erityisen oikeoppista oli se, että myös EIS:n tasolta johtuva *korjaamisvelvollisuus* otettiin ratkaisuperusteena huomioon: ”Hovioikeuden tuomion kohdassa 1 on kysymys M:lle määrätystä vahingonkorvausvelvollisuudesta, jota ihmisoikeustuomioistuimen valtion vastattavaksi tuomitsema korvaus ei ole kattanut. Kysymys on tältä osin keskeisesti siitä, millä tavoin ihmisoikeustuomioistuimen tuomiota, jonka mukaan kohdassa 1 tuomitua vahingonkorvausta ei olisi tullut tuomita, voidaan asianmukaisesti noudattaa. Korkein oikeus toteaa lähtökohtana, että Suomen voimassa olevassa lainsäädännössä ei ole nimenomaista korvaussäännöstä todetun ihmisoikeusloukkauksen hyvittämisestä.”²⁶⁷ Juuri tällaista korjaamisvelvollisuuden (tai lopettamisvelvollisuuden) arviointia voidaan pitää tavoiteltavana. Se, että kansallisten purku- tai kantelunormien sanamuodot eivät

suojaa vain asianomistajan mahdollista siviilioikeudellista korvaussaatavaa.

²⁶⁶ KKO 2011:100, k. 20.

²⁶⁷ Tuomion k. 17.

ohjaa tällaisten seikkojen arviointiin, on mielestäni vailla merkitystä.²⁶⁸ Kysymys on nimittäin kansainvälisen oikeuden normista, joka ilmestyi kansallisen normin rinnalle välittömänä ratkaisuperusteena.²⁶⁹ Ratkaisu näytetään otetun hyvin vastaan myös suomalaisessa oikeusyhteisössä.²⁷⁰ Koposen toteamin tavoin lainsäädännön puutteiden korjaaminen olisi toki ensisijaisesti lainsäätäjän tehtävä.²⁷¹

Määräaikoihin liittyy toinenkin, luonteeltaan piilevämpi puute. Vaikka ihmisoikeusloukkauksen toteamista koskevan kantelumääräajan lisääminen OK 31:2.3:een oli tärkeä edistysaskel, siinä tarkoitettu kuuden kuukauden määräaika lasketaan kuitenkin EIT:n (tai YK:n ihmisoikeuskomitean) ”lopulliseksi jääneen *ratkaisun antamisesta*”, ei ratkaisun

²⁶⁸ Sitä vastoin korjaamis- ja lopettamisvelvollisuusnormeja ei pidä käyttää *supistamaan* kansallisen purkunormiston alaa. Jos (kansalliset) purkuedellytykset täyttyvät, purku on myönnettävä (ks. esim. Leppänen – Välimaa 1998, s. 127; Koponen 2017, s. 15), eikä sanottuun vaikuta se, olisiko kansainväliseltä tasolta tullut purun myöntämiseen vielä lisäpainetta vai ei. Tässä suhteessa ratkaisussa KKO 2008:24, k. 13, on osin arveluttavia piirteitä: ”*Ihmisoikeustuomioistuimen tuomiosta ilmenee, miten lakia olisi tullut nyt kysymyksessä olevan kaltaisessa tilanteessa soveltaa. Hovioikeuden tuomiossa on poikettu tästä.* Arvioidessaan X:n tekemää purkuhakemusta Korkein oikeus toteaa, että hovioikeuden tuomion lainvoimaiseksi tulosta on *kulunut yli kuusi vuotta* hakemuksen tekemiseen. Kuten edellä on selvitetty, ihmisoikeustuomioistuimen tuomion seurauksena *hovioikeuden tuomion vaikutukset ovat tosiasiaa jo poistuneet eikä X:n* myöskään hänen syykseen luetun rikoksen tai siitä tuomitun rangaistuksen laatu huomioon ottaen *voida katsoa enää kärsivän kielteisiä seurauksia* hovioikeuden tuomion johdosta. *Näillä perusteilla Korkein oikeus katsoo, että tässä tapauksessa ei ole sellaisia lain edellyttämiä painavia perusteita*, joiden johdosta lainvoiman saanut tuomio voitaisiin oikeudenkäymiskaaren 31 luvun 8 §:n nojalla purkaa.” Toisaalta voidaan ajatella, että korkein oikeus on pyrkinyt siteeratussa jaksossa perustelemaan vain sitä, miksi kyseessä ollut kansallista purkuperustetta ei ollut tarpeen tulkita laajentavasti.

²⁶⁹ Se, että EIS 46(1) artiklan sisältämä normi (erityisesti korjaamisvelvollisuus) toimi välittömänä ratkaisuperusteena, ilmenee mielestäni jo määräaika koskevasta lopputuloksesta. – Sitä, millä muodollisilla perusteilla *normikollisio* ratkaistiin, KKO ei kovin tarkoin eritellyt. Esimerkiksi perustuslain 106 §:ään ei turvauduttu. Ratkaisussa voidaan kyllä nähdä aineksia muun muassa siitä presumptiosta, ettei lainsäätäjällä ollut nimenomaisesti tahtonut synnyttää nyt ajankohtaistunutta oikeusturvaongelmaa (k. 18), samoin kuin perustuslain ainakin välillisestä relevanssista (k. 20): ”...ei vastaa asianosaisen oikeusturvan [vrt. perustuslain 21 §] eikä ihmisoikeussopimuksen [vrt. perustuslain 1.3 § ja 22 §] vaatimuksia.”

²⁷⁰ Koulou (2012, s. 395) on luonnehtinut perusteluja määräaikakysymyksen osalta ”esikuvalliseksi”. Ks. myös Heikkilä 2016, s. 341. Vaikka Linna (2012) on kritisoinut KKO:n luomaa ”ilman aiheetonta viivytystä” -kriteeriä (OK 31:2.3:n kantelumääräajan analogisen soveltamisen sijasta), hän ei nähdäkseni pidä purkunormin sanamuodon sivuuttamista EIT:n tuomion noudattamisen nimissä sinänsä ongelmallisena.

²⁷¹ Ks. Koponen 2017, s. 257. Hän myös ”varoittaa” (s. 258 ja 540), että tällä hetkellä vaikuttaisi siltä, että KKO 2011:100 jäi vain satunnaiseksi poikkeukseksi ja että se ”ei soveltune enää ennakkopäätösohjeeksi lainkäytölle”. – Jos näin on, toivottavasti KKO kuitenkin säilyttää valmiutensa ottaa korjaamis- ja lopettamisvelvollisuudet yksittäistapauksissa huomioon, tarvittaessa jopa *contra legem* -seurauksin.

jäämisestä lopulliseksi. YK:n ihmisoikeuskomitean ratkaisujen osalta ongelmia ei syntyne, sillä ratkaisut eivät ole varsinaisia tuomioita, joihin liittyisi lopullisuutta koskevia pulmia. EIT:n ratkaisut kuitenkin ovat tuomioita, jotka saavat oikeusvaikutuksia vasta lopulliseksi tulemisensa jälkeen (EIS 46(1) artikla) ja joiden lopulliseksi tulo on tarkoin säännelty EIS 44(2) artiklassa. Sanotun määräyksen c alakohta voi johtaa ongelmiin suomalaisen kantelusäännöksen kanssa: ”kun suuren jaoston lautakunta 43 artiklan nojalla hylkää siirtopyynnön”. Lautakunnalta voi kulua yli kolme kuukautta käsitellä tällainen pyyntö, jonka esittämiseen on puolestaan varattu kolme kuukautta jaostotuomion antamisesta. Tällöin kuuden kuukauden kantelumääräaika voi umpeutua jo ennen kuin jaostotuomio tulee suuren jaoston lautakunnan hylkäyspäätöksen myötä lopulliseksi. Määräikasäännös olisi ollut perusteltua muotoilla siten, että määräaika laskettaisiin *ratkaisun jäämisestä lopulliseksi*.²⁷² Tämä hetki on EIS:n järjestelmässä aina eksaktisti määriteltävissä.

Lainkäyttäjä on osoittanut ratkaisussa KKO 2012:13 valmiutta arvioida – ratkaisun KKO 2011:100 henkeä ilmentävään tapaan – onko valittajalla ollut tosiasiallinen mahdollisuus saada hakemuksensa tutkittavaksi EIT:n tuomion jälkeen. KKO ei ole ollut valmis irtaantumaan lain yksiselitteisestä sanamuodosta tilanteessa, jossa sanottu arviointi osoittaa, että tosiasiallinen mahdollisuus on ollut.²⁷³ Vaikka ratkaisua on kyseisen EIT:n tuomion täytäntöönpanon kannalta kritisoitu,²⁷⁴ systeemitasolla tärkeämpää on mielestäni se, että KKO osoitti jälleen (ainakin implisiittisesti) valmiutensa tulkita yksiselitteistä säännöstä *tarvittaessa* sanamuodon vastaisesti.

Mitä tulee seuraavaksi *hakijalegitimaatioon*, juttunsa EIT:ssa voittaneella henkilöllä on Suomessa oikeus hakea hänelle vastaisen tuomion purkamista tai poistamista. Tilanne on tältä osin kunnossa. Epäselviä tilanteita

²⁷² Taustalla on eduskunnan lakivaliokunnan OK 31:2.3:n säännökseen tekemä täsmennys, jonka mukaan kuuden kuukauden määräaika lasketaan EIT:n ”lopulliseksi jääneen ratkaisun antamisesta” (LaVM 6/2005 vp, s. 5). Hallituksen esityksessä (HE 9/2005 vp) ehdotettu muotoilu ”ratkaisun antamisesta” oli kieltämättä monitulkintainen (jaostotuomio vai – sikäli kuin asia sinne siirtyy – suuren jaoston tuomio, vai kumpi tahansa?), mutta olisi toisaalta saattanut juuri tämän vuoksi jättää soveltamistilanteessa hieman enemmän sijaa ihmisoikeusmyönteiselle tulkinnalle.

²⁷³ KKO 2012:13, k. 9–10: ”... Korkein oikeus katsoo, että tämä aika on asianosaisen oikeus-suojan kannalta *riittävä ja kohtuullinen* asiassa, jossa oikeudenkäyntivirhe on jo ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisulla tullut todetuksi. Tässä asiassa *ei ole kysymys tilanteesta, jossa esitetty vaatimus asian siirtämisestä suureen jaostoon viivästyttäisi jaoston tuomion lopulliseksi tulemistä*. ... Senkin jälkeen, kun Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tuomio on tullut lopulliseksi 18.11.2009, hänellä on ollut yli neljä kuukautta aikaa tehdä kantelu, *jota aikaa on pidettävä riittävänä*.”

²⁷⁴ Ks. Heikkilä 2016, s. 342–344.

saattaa kuitenkin ilmetä sellaisissa tapauksissa, joissa EIS:n loukkauksen uhri ei ole ollut kansallisessa oikeudenkäynnissä asianosaisena.²⁷⁵ Tällöin purkulegitimaation laventava tulkinta tai ylimpien laillisuusvalvojen purkulegitimaatio²⁷⁶ voi tarjota ratkaisun.

Oikeudenkäymiskaaren 15:1:ään lisättiin vuoden 2013 alussa *asiamiehen käyttämisestä* koskeva edellytys korkeimpaan oikeuteen tehtävissä purkuhakemuksissa ja kanteluissa. Asiamiespakko ei näyttäisi heikentävän mahdollisuuksia EIT:n tuomioiden tehokkaaseen täytäntöönpanoon, sillä hakijalle on OK 31:3.2:n ja 31:13:n nojalla lähtökohtaisesti varattava tilaisuus hankkia asiamies, jos hän ei ole sellaista hakiessaan käyttänyt. Lisäksi asiamiehen käyttöön on myös ylimääräistä muutoksenhakua koskevissa asioissa mahdollista saada oikeusapua oikeusapulaissa (257/2002) säädettyin edellytyksin.²⁷⁷ Vertailun vuoksi voidaan todeta, että EIT suhtautuu asiamiespakkoon jopa normaalissa 6 artiklan soveltamisalaan kuuluvassa rikosprosessissa sangen suvaitsevaisesti – siihen nähden, että 6(3)(c) artikla takaa eksplisiittisesti oikeuden puolustautua ”henkilökohtaisesti”.²⁷⁸

Oikeudenkäymiskaaren 31 lukuun lisättiin vuoden 2019 alussa uusi 19 §. Pykälän mukaan asianosainen saa korkeimmassa oikeudessa kannella tuomiovirheestä, hakea tuomion purkamista ja hakea menetetyn määräjän palauttamista samassa asiassa *vain kerran*, jollei asiaa ole erityisen painavasta syystä välttämätöntä tutkia uudelleen. Kysymys pykälän soveltamisesta voi ajankohtaistua EIT:n käsiteltävänä olleissa asioissa, sillä valittaja

²⁷⁵ Esimerkiksi ratkaisusta *Z v. Finland* 25.2.1997 käy ilmi (k. 40), että juttunsa EIT:ssa voittaneen Z:n aiempi purkuhakemus oli jätetty tutkimatta KKO:n 1.9.1995 antamalla päätöksellä hakijalegitimaation puuttumisen vuoksi. Kyse oli todistajasta, jonka yksityiselämän suojaa loukkasi se, että hänen henkilöllisyytensä ja HIV-diagnoosinsa olisivat tulleet hovioikeuden salassapitomääräyksen mukaan julkisiksi jo vuonna 2002. Vaikka ihmisoikeusloukkaus sinänsä sittemmin korjaantui apulaisoikeuskanslerin tehtyä EIT:n langettavan tuomion jälkeen menestyksekkään purkuhakemuksen (KKO 1998:33), kysymys Z:n omasta hakijalegitimaatiosta jäi epäselväksi, sillä tällä toisella kerralla KKO ei joutunut ottamaan asiaan kantaa (ks. myös Leppänen 1998, s. 209). – Vaikka kerrottua esimerkkiä koskeva lainsäädäntö on tällä välin uudistunut (laki oikeudenkäynnin julkisuudesta yleisissä tuomioistuimissa, 370/2007, ks. erit. 11.4 §), tapaus kuitenkin osoittaa, että EIT:n langettavat tuomiot saattavat tuoda eteen tilanteita, joissa purkulegitimaation laventavalle tulkinnalle olisi tarvetta.

²⁷⁶ Näin siis juuri mainitussa tapauksessa KKO 1998:33. – Lisäksi asian ratkaisseella tuomarilla ja tietyillä viranomaisilla on eräissä tapauksissa oikeus hakea purkua, ks. Koponen 2017, s. 60 ss.; Hiivanainen 2018, s. 118–122. Syyttäjällä on oikeus hakea purkua myös syytetyn eduksi (esim. Rautio 2017, s. 1216).

²⁷⁷ Jos oikeusaputoimisto ei myönnä oikeusapua, asia voidaan saattaa ratkaisupyynnönä suoraan purkuinstanssin käsiteltäväksi (esim. KKO 2015:36). Suotavaa olisi, että EIT:n loukkaustuomion ollessa taustalla oikeusapua koskevassa harkinnassa kiinnitettäisiin erityistä huomiota hakemuksen tutkittavaksi saamisen tehokkaaseen toteutumiseen.

²⁷⁸ Ks. *Correia de Matos v. Portugal* [GC] 4.4.2018.

on saattanut laatia ensimmäisen hakemuksen samoihin aikoihin, kun hän on valittanut ihmisoikeustuomioistuimeen. Tällaisessa tilanteessa aiempi hakemus ei saa estää uuden tutkimista silloin, kun valittajalla on esittää uuden hakemuksensa tueksi EIT:n sittemmin antama langettava tuomio. EIS 46 artiklasta johtuvia intressejä ja OK 31:19:n taustalla olevia intressejä (erityisesti moninkertaisten perusteettomien hakemusten aiheuttaman kuormituksen vähentäminen²⁷⁹) on punnittava siten, että EIT:n tuomio katsotaan pykälässä tarkoitetuksi erityisen painavaksi syyksi.

6.3 Tuomion purkamisen tai poistamisen aineelliset edellytykset

6.3.1 Aluksi

Siinä missä muodolliset edellytykset ovat varsin kaavamaisia, vain rajallisen tulkinnanvaran jättäviä säännöksiä (määräaika joko on tai ei ole noudatettu, jne.), aineelliset edellytykset sisältävät hieman avoimempia termejä ja siten jättävät jossain määrin enemmän tulkinnallista liikkumavaraa. Käsitellessään avoimen termin sisältäviä – mutta tästä huolimatta kiistatta *säännön* luonteisia – normeja Scheinin on maininnut esimerkinomaisesti kantelunormissa olevan tunnusmerkin (”voidaan olettaa *olennaisesti* vaikuttaneen päätökseen”) ja purkunormissa olevan tunnusmerkin (”*ilmeisesti* väärä lainsoveltaminen”). Tällöin taustalla olevat periaatteet (omassa tutkimuskohteessani esimerkiksi ihmisoikeussopimuksesta johtuvat hakijan eduksi vaikuttavat periaatteet sekä lain- ja oikeusvoiman taustalla olevat, hakijan vastapuolta suojaavat oikeusrauhaa ja oikeusvarmuutta koskevat periaatteet) vaikuttavat Scheininin mukaan punninnan tyyppisessä tilanteessa siihen, mihin kohtaan vaa’an kieli asettuu kyseisen purkuperusteen ”määrällisellä asteikolla”. Tämän jälkeen seuraa joko–tai-tyyppinen ratkaisu: vaa’an osoittama lukema joko kvalifioidaan ”ilmeisen” väärää lainsoveltamista (tai muuta purku- tai poistamisperustetta) vastaavaksi tai sitten ei.²⁸⁰

Prosessioikeudellisessa tulkintadoktriinissa etenkin väärän lainsoveltamisen ilmeisyyttä ei ole perinteisesti mielletty kovinkaan ”avoimeksi” tunnusmerkiksi, jonka tulkintaan luontevasti kuuluisi ainakaan laajalti punnita erilaisia vastasuuntaisia intressejä. Yleisenä purkunormien tulkintaperiaatteena on pikemminkin ollut niiden laajentavan tulkinnan välttäminen.²⁸¹ Toisaalta useimmat ylimääräisen muutoksenhaun normit

²⁷⁹ Ks. HE 200/2017 vp, s. 21.

²⁸⁰ Ks. Scheinin 1991, s. 31–32.

²⁸¹ Ks. Koponen 2017, s. 15 ja Rautio 2017, s. 1209 viitteineen.

ovat noin 60 vuotta vanhoja eikä tänä aikana tapahtunut oikeusjärjestyksen, oikeuskulttuurin ja yhteiskunnan muuttuminen voi olla vaikuttamatta siihen, miten esimerkiksi lainsoveltamisen ”virheellisyys” ymmärretään. Säättämisen aikoihin ei ole voitu ennakoida esimerkiksi perus- ja ihmisoikeuksien sekä ylikansallisen oikeuden merkityksen kasvua. Ylipäätään punninnan merkitys on oikeudellisessa tulkintaopissa kasvanut eikä vähiten juuri perus- ja ihmisoikeuksien vuoksi. Myös Koponen on todennut perus- ja ihmisoikeuksien merkityksen kasvun tuoneen jännitteitä suhteessa siihen Suomessa perinteisesti vallinneeseen doktriiniin, että ylimääräisen muutoksenhaun edellytyksiä tulkitaan suppeasti.²⁸²

Vaikka olemassa olevien purkuedellytysten tulkinnaissa totta kai saadaan ottaa huomioon myös vastapuolen oikeusrauhaan ym. liittyvät intressit, lainkäyttäjän tulisi EIT:n tuomioiden täytäntöönpanossa kuitenkin pidättäytyä sellaisten uusien purku- tai poistamisedellytysten luomisesta, jotka eivät ilmene lain säännöksistä. Vähemmistöön jääneet seitsemän jäsentä lausuivat *ne bis in idem* -loukkauksia koskevissa purkuratkaisuissa KKO 2014:93 ja 2014:94 seuraavaa:

”Tapausten erottelemineen siinä suhteessa, johtuuko virheellinen lainkäyttöratkaisu yleisestä järjestelmäongelmasta vai onko kysymyksessä yksittäinen lain soveltamisvirhe, olisi sellainen uusi arviointiperuste, joka rajoittaisi ylimääräisen muutoksenhaun edellytyksiä laissa säädetystä. ... *Olisikin periaatteellisesti ongelmallista asettaa lainkäytössä uusia, asianosaisten kannalta vaikeasti ennakoitavia edellytyksiä ylimääräiselle muutoksenhauulle viimekätisenä oikeussuojakeinona.*”

6.3.2 Ilmeisesti väärää lainsoveltamista koskeva purkuperuste

Oikeudenkäymiskaaren 31:7.1:n 4 kohdan mukaan lainvoiman saanut tuomio riita-asiassa voidaan purkaa, jos tuomio perustuu ilmeisesti väärään lainsoveltamiseen. OK 31:8.1:n 4 kohdan mukaan lainvoiman saanut tuomio rikosasiassa voidaan syytetyn eduksi purkaa, jos tuomio perustuu ilmeisesti väärään lainsoveltamiseen. ”Lailla” tarkoitetaan tuomion normatiivista perustaa kokonaisuutena – kattaen myös esimerkiksi vakiintuneen kansallisen tai ylikansallisen oikeuskäytännön taikka yleisten oikeusperiaatteiden muodostamat normit – eikä esimerkiksi pelkkiä eduskuntalakeja.²⁸³

²⁸² Koponen 2017, s. 16. Hän jatkaa: ”Yksilön oikeusturvaa koskevia periaatteita voi joissakin tilanteissa olla vaikea sovittaa yhteen osin vanhentuneiden ja epäloogisten tai ainakin vaikeaselkoisten [purkunormien] kanssa.”

²⁸³ Esim. Leppänen – Välimaa 1998, s. 147; Koponen 2017, s. 524. Vrt. toisensuuntaisesti – ja mielestäni vähemmän osuvasti (ks. myös Vähätalo 2016, s. 225) – Rautio 2017, s. 1235.

”Ilmeisyydellä” viitataan virheen selvyyteen ja kiistattomuuteen.²⁸⁴

Jo ennen kuin mainitut normit vuonna 1960 säädettiin, Suomessa oli vanhastaan tunnustettu purkuperusteena virheellinen lainsoveltaminen.²⁸⁵ Näin ei suinkaan ole ollut asianlaita kaikissa Euroopan valtioissa eikä välttämättä ole vielääkään.²⁸⁶ Siksi ihmisoikeusloukkaukseen perustuva tuomionpurku ei ole ollut Suomessa samanlainen ”innovation majeure”²⁸⁷ tai ”quiet revolution of procedural law”²⁸⁸ kuin eräissä muissa maissa. Voidaan arvella, että Suomella on ollut etumatkaa sopeutua tilanteeseen, jossa EIS:n rikkominen voi tarvita korjauskeinokseen tuomionpurkua.²⁸⁹

Sittemmin etumatka on menetetty: useimmat muut sopimusvaltiot ovat sääätäneet ihmisoikeusloukkauksiin liittyvän *lex specialis* -purkunormin ja Suomessa on jääty ilmeisesti väärää lainsoveltamista koskevan kansallisen purkuperusteen varaan. Kitkaa aiheutuu erityisesti siitä, että kansallisen tulkintadoktriinin mukaan²⁹⁰ lainsoveltamisen on täytynyt olla ilmeisen virheellistä jo nimenomaan ratkaisun antamisen hetkellä. Tämä sinänsä hyvin ymmärrettävä lähtökohta voi joutua jännitteeseen erityisesti EU-tuomioistuimen tulkintakannanottojen kanssa – niillä on myös kyseisen oikeusjutun ulkopuolelle ulottuva (*erga omnes*) sekä taannehtiva (*ex tunc*) vaikutus – ja myös EIT:n yksittäisen tuomion tehokkaan täytäntöönpanon kanssa. EIT:lla on EIS 32 artiklan mukaisesti toimivalta ratkaista EIS:n tulkintaa koskeva kysymys sen käsiteltäväksi saatetussa asiassa – tämä tulkinta on aina taannehtivaa suhteessa tapauksen tosiseikkoihin, mukaan lukien EIT-käsittelyn pohjalla olevat kansalliset lainkäyttöratkaisut. EIT:n tuomion täytäntöönpanossa ei katsota siihen, onko juttu aikanaan vallinneen oikeustilan valossa ratkaistu ”oikein”. Kyse on EIT:n toteaman ihmisoikeusloukkauksen korjaamisesta ja lopettamisesta. Näiden velvollisuuksien täyttäminen voi edellyttää tai olla edellyttämättä tuomionpurkua. Silloin kun purku on näissä suhteissa tarpeen, jaksossa 6.1 esitetyt normatiiviset mekanismit voivat edellyttää irtaantumista sellaisesta kansallisesta tulkinnasta, että lain soveltamisen on tullut olla kiistattoman väärää jo kansallisen ratkaisun antamisen aikaan. Tämän suuntaista valmiutta osoittaa ratkaisu

²⁸⁴ Ks. esim. KKO 2009:80, k. 6; KKO 2011:43, k. 13; Koponen 2017, s. 427 ja 519.

²⁸⁵ Ks. esim. Koponen 2017, s. 425.

²⁸⁶ Ks. Vähätalo 2016, s. 229 viitteineen.

²⁸⁷ Lambert-Abdelgawad 2001, s. 715.

²⁸⁸ Keller – Stone Sweet 2008, s. 704.

²⁸⁹ Yhtenä osoituksena tästä voitaneen pitää sitä, että ulkomaisessakin kirjallisuudessa tuomioon Z v. Finland 25.2.1997 liittyvä purkuratkaisu KKO 1998:33 mainitaan usein verrattain varhaisena esimerkkinä EIS-perusteisen purun toteutumisesta (esim. Lambert-Abdelgawad 2001, s. 726).

²⁹⁰ Esim. Koponen 2017, s. 529.

KKO 2009:80.²⁹¹ Myös ilmeisyysvaatimusta tulisi tulkita hakijan kannalta sitä suopeammin, mitä tarpeellisemmalla korjauskeinolta tuomionpurku vaikuttaa EIS 46 artiklan kannalta.²⁹²

6.3.3 *Uutta seikkaa koskeva purkuperuste*

Oikeudenkäymiskaaren 31:7.1:n 3 kohdan mukaan lainvoiman saanut tuomio voidaan *riita-asiassa* purkaa, jos vedotaan seikkaan (tai todisteseen), jota ei aikaisemmin ole esitetty, ja sen esittäminen todennäköisesti olisi johtanut toiseen lopputulokseen.²⁹³ Purkuhakemus on tehtävä vuoden kuluessa siitä, kun uusi seikka tulee hakijan tietoon, kuitenkin viimeistään viiden vuoden kuluessa tuomion lainvoimaiseksi tulosta lukien. Viiden vuoden kattosäännöstäkin voidaan poiketa erittäin painavin syin, joten kaiken kaikkiaan uutta seikkaa koskeva peruste on hakijalle määräaikojen puolesta huomattavasti houkuttelevampi kuin ilmeisesti väärää lainsoveltamista koskeva peruste. *Rikosasiassa* annettu tuomio voidaan OK 31:8:n 3 kohdan nojalla purkaa syytetyn eduksi, jos vedotaan seikkaan tai todisteseen, jota ei aikaisemmin ole esitetty, ja a) sen esittäminen todennäköisesti olisi johtanut syytetyn vapauttamiseen tai b) siihen, että rikokseen olisi ollut sovellettava lievempiä rangaistussäännöksiä, taikka c) on erittäin painavia syitä, katsoen siihen mihin näin vedotaan ja mitä muutoin käy ilmi, saattaa uudelleen tutkittavaksi kysymys, onko syytetty tehnyt sen rikollisen teon, joka on luettu hänen syykseen.

Säännöksissä edellytetty *uuden seikan kausaaliyhteys erilaiseen lopputulokseen* ei olisi EIT:n langettavan tuomion jälkeen ongelma: kansallisen ratkaisun lopputuloksen *tiedetään* olevan – uusi seikka eli EIT:n toteama aineellinen sopimusloukkaus huomioon ottaen – erilainen kuin se olisi ollut ilman loukkausta (esimerkiksi rangaistusseuraamus on 7 artiklaan

²⁹¹ KKO 2009:80, k. 36: ”... itsekriminointisuojaan sisältöä ei ole tulkittu silloin tunnetun ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännön valossa sillä tavoin ilmeisesti väärin kuin edellä 6 kohdassa todetun mukaisesti yleensä edellytetään. Nytemmin täsmentyneen oikeuskäytännön perusteella arvioituna Korkeimman oikeuden omaksuma tulkinta on kuitenkin ristiriidassa ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännön kanssa. A on purettavaksi vaaditulla tuomiolla tuomittu vankeusrangaistukseen ja velvoitettu suorittamaan vahingonkorvausta eikä tuomiota ole vielä pantu täytäntöön. Koska nämä ihmisoikeussopimuksen vastaisesta lain soveltamisesta johtuvat seuraukset ovat vielä estettävissä purkamalla tuomio, siihen on painavat perusteet.” – Ks. myös ratkaisun k. 8.

²⁹² Vrt. tältä osin enemmistön ja vähemmistön perusteluja asiassa KKO 2008:24. Ks. myös edellä alaviite 268.

²⁹³ Lisäksi 2 momentin mukaan asianosaisen on kyettävä saattamaan todennäköiseksi, ettei hän ole voinut vedota puheena olevaan seikkaan tai todisteseen siinä oikeudessa, joka tuomion on antanut, tai hakemalla muutosta tuomioon taikka että hän muutoin on pätevistä syistä ollut siihen vetoamatta. – Rikosasiassa ei ole vastaavaa ns. purkupreklusiosäännöstä.

nähdessä liian ankara, 10 artiklan sallimasta sananvapauden käyttämisestä ei olisi saanut tuomita tiettyyn oikeusseuraamukseen jne.). Sen sijaan ongelmaksi nousee se, ettei uusia *tuomioita* (edes EIT:n tuomioita²⁹⁴) ole KKO:n oikeuskäytännössä lähtökohtaisesti²⁹⁵ pidetty purkusäännöksessä tarkoitettuina uusina seikkoina. Uusi seikka tarkoittaa *oikeustosisekkää*.²⁹⁶ Hyväksyn sen, ettei tuomiota oikein voida nähdä oikeustosisekkana silloin, kun sitä tarkastellaan oikeustilaa kehittävässä tai jonkin oikeusnormin sisältöä osoittavassa roolissa. Sitä vastoin tuomiosta ilmenevä tosiseikka tulisi voida nähdä oikeustosisekkana sen estämättä, että seikan ilmene-
misen kontekstina on tuomio.

EIT:n tuomioiden kannalta tämä tarkoittaisi, että oikeustosisekaksi voitaisiin katsoa ainakin tiettyä henkilöä X koskevassa purkuprosessissa *se ihmisoikeusloukkaus, jonka nimenomaan hänen tapauksessaan on (EIT:n suulla) vahvistettu tapahtuneen*. Tällöin kyse ei ole normista eikä edes ”tuomiosta”, vaan pääasiassa vaaditun oikeusseuraamuksen kannalta relevantista tosiseikasta (esimerkiksi siitä vastatosiseikasta, että henkilö olikin käyttänyt EIS:n turvaamaa sananvapauttaan menetellessään tavalla, joka purettavaksi haetun tuomion mukaan oli rikollista).²⁹⁷ Silloin, kun purku olisi EIS 46 artiklan mukaisessa arvioinnissa (ei välttämättä edes ”ainut” vaan) sopivin tai sopiva keino loukkauksen korjaamiseksi tai lopettamiseksi, tällöin sanottu artikla puhuu vahvasti esittämäni kaltaisen tulkinnan puolesta.²⁹⁸ Myöskään seikan ”uutuutta” koskevan kriteerin osalta ei synny ristiriitoja kansallisen tulkintadoktriinin kanssa: tosiseikka eli ihmisoikeusloukkaus *on ollut olemassa* jo kansallisen (ensi)prosessin aikaan ja se *käy ilmi* vasta kansallisen tuomion tultua lainvoimaiseksi (EIT:n annettua tuomionsa).²⁹⁹

Uuden seikan käsitteen ahdas tulkinta on siinä mielessä valitettavaa, että lainsäätäjät näyttäisi suosivansa Rec(2000)2 implementoidessaan olettaneen, että ”uusi seikka” todella toimisi tarvittaessa purkuperusteena.

²⁹⁴ Ks. KKO 2008:24, k. 8; 2011:100, k. 13.

²⁹⁵ Ks. poikkeuksista Koponen 2017, s. 486 ss.

²⁹⁶ Oikeustosisekkalla puolestaan tarkoitetaan oikeudenkäynnissä vaaditun oikeusseuraamuksen kannalta välittömästi merkityksellistä tosiseikkää. Esimerkiksi velkomusta koskevassa riita-asiassa oikeustosisekkoja voivat olla muun muassa velan erääntymistä ja maksamatta jättämistä tarkoittavat tapahtumat.

²⁹⁷ Ks. myös Määttä 2008, s. 3: ”Vaikka uutta tuomiota ei sellaisenaan hyväksyttäisikään lainkohdan tarkoittamaksi ’uudeksi seikaksi’, uudella tuomiolla voi tulla vahvistetuksi uusi tosiseikka (tapauksessa ihmisoikeusloukkaus, josta seuraa, että syytettyä ei olisi tullut tuomita), jolla voi olla välitön merkitys lainvoimaisesti ratkaistussa asiassa.”

²⁹⁸ On korostettava, ettei tällöin edes jouduttaisi tulkintaan *contra legem*.

²⁹⁹ Ks. näiltä osin kansallisesta tulkinnasta esim. Leppänen – Välimaa 1998, s. 143–144.

Muutoksenhakukomitean – jossa näyttää olleen myös varsin vahva tuomariedustus – jatkokomietinnössä 2002:8 on todettu:

”Kansainvälisen ihmis- ja perusoikeuksien valvontaelimen ratkaisu, jolla kansallisen tuomioistuimen ratkaisu todetaan sisällöllisesti jonkin Suomea sitovan ihmis- tai perusoikeusvelvoitteen vastaiseksi, voidaan yleensä ottaa huomioon uutena seikkana tai toisinaan myös osoituksena siitä, että kohderatkaisu oli perustunut ihmisoikeusvelvoitteiden vastaisesti ilmeisesti väärään lainsoveltamiseen.

Purkuhakemus siihen uuteen seikkaan nojautuvana, että kansainvälinen ihmisoikeuksien valvontaelin on todennut sopimusloukkauksen, on mahdollinen loukkauksen toteamisajankohdasta laskettavassa määräajassa eikä siten ole tarvetta säätää erityistä määräaikaa näissä asioissa.”³⁰⁰

Toisaalta mikään ei estä lainsäätäjää arvioimasta purkunormiston riittävyttä uudelleen tai lainkäyttäjää kehittämästä uutta seikkaa koskevia tulkintojaan väljempään suuntaan kuin mihin tulkintadoktriini on 2000-luvun kuluessa täsmentynyt.³⁰¹

6.3.4 Kanteluperusteet

Soveltamisalaltaan laajin tuomion poistamisen aineellisia edellytyksiä koskeva säännös on OK 31:1.1:n 4 kohta. Tuomio voidaan säännöksen mukaan poistaa, jos oikeudenkäynnissä on tapahtunut muu oikeudenkäyntivirhe, jonka havaitaan tai voidaan otaksua olennaisesti vaikuttaneen jutun lopputulokseen. Jos EIT on todennut 6 artiklan loukkauksen, hakijan on varsin helppo osoittaa, että kansallisessa oikeudenkäynnissä on tapahtunut oikeudenkäyntivirhe. Virheen ja lopputuloksen kausaaliyhteyttä koskeva edellytys on puolestaan linjassa suosituksen Rec(2000)2 ideologian kanssa. Suomessa kausaaliyhteyksivaatimusta tulkitaan hakijan kannalta varsin suopeasti eli kynnystä ei ole asetettu korkealle etenäkään silloin, kun kyse on asianosaisen kannalta keskeisistä prosessuaalisista oikeuksista (jollaisia EIS 6 artiklan suojaamien oikeuksien voidaan katsoa olevan).³⁰² Kansallisen oikeuskäytännön valossa hakijalla on varsin hyvät mahdollisuudet saada tuomio poistetuksi todetun 6 artiklan loukkauksen jälkeen.³⁰³

³⁰⁰ OM-komiteanmietintö 2002:8, s. 28. Samanlainen kannanotto ”uuden seikan” soveltumisesta tarvittaessa EIT:n toteamaan loukkaukseen esitetään myös mietintöön liitettyssä Pauliine Koskelon eriyvässä lausumassa (s. 123).

³⁰¹ Koponen (2017, s. 256) on kommentoinut edellä mainitussa vuoden 2002 komiteanmietinnössä esitettyä käsitystä seuraavasti: ”Uutta seikkaa koskeva tulkinta on viime vuosina täsmentynyt, mutta tämän oikeustilan olisi pitänyt olla todettavissa jo mietinnön laatimisen aikaan.”

³⁰² Ks. Leppänen – Välimaa 1998, s. 161–162; Jokela 2015, s. 803; Koponen 2017, s. 351; Rautio 2017, s. 1226; KKO 1995:95; KKO 1999:84.

³⁰³ Ks. esim. tuomioihin Laaksonen v. Finland 12.4.2007 ja Suuripää v. Finland 12.1.2010

Ne bis in idem-kiellon loukkauksiin sovelletaan OK 31:1.1:n 1 kohtaa, jonka mukaan lainvoimainen tuomio voidaan poistaa, jos oikeus ei ole ollut tuomionvoipa taikka jos asia on otettu tutkittavaksi, vaikka on ollut olemassa sellainen seikka, jonka johdosta oikeuden olisi omasta aloitteestaan pitänyt jättää asia tutkittavaksi ottamatta. Säännöksen soveltuminen tällaiseen loukkaukseen on sinänsä kiistatonta. Asioissa KKO 2014:93, 2014:94 ja 2014:95 kanteluiden hylkääminen liittyi siihen, ettei korkein oikeus katsonut oikeustilan (eli lähinnä EIT:n oikeuskäytännön) estäneen syytteiden tutkimista vielä poistettavaksi haettujen tuomioiden antamisen aikaan.

6.3.5 Mahdollinen *lex specialis*ksen tarve

Yksi aika ajoin esiin nouseva kysymys on, pitäisikö suomalaisen purku- ja kantelunormistoon säätää nimenomaan ihmisoikeusloukkaukseen liittyvä erityissäännös – siis säännös, joka kattaisi myös aineelliset purku- ja poistamisedellytykset.³⁰⁴ Valtaosassa muita sopimusvaltioita näin on menetelty.³⁰⁵ Tällaisen normin säätäminen voisi olla perusteltua, ja se osaltaan vähentäisi niitä vaikeuksia, joita lainkäyttäjät kohtaa EIS:sta johtuvien paineiden ja vanhentuneiden suomalaisten purkusäännösten välisessä ristivedossa. Toisaalta *lex specialista* ei tulisi muotoilla ”purkuautomaatiksi” (eli säännökseksi, jossa EIT:n loukkaustuomio sellaisenaan riittäisi täyttämään purun edellytykset), vaan sen soveltamisessa olisi perusteltua ottaa huomioon mahdollisen kansallisen vastapuolen oikeudet ja se, kuinka suuri tarve purkuun on korjaamis- ja lopettamisvelvollisuuksien näkökulmasta. Niissäkään maissa, joissa on säädetty *lex specialis*, ei ole välttämättä lähdetty siitä, että EIT:n toteama loukkaus olisi sellaisenaan riittävä edellytys. Inspiraatiota lisäedellytyksiin on saatettu hakea esimerkiksi suosituksen Rec(2000)2 kriteereistä.³⁰⁶

*Lex specialis*ksen säätämisen ei tulisi johtaa muiden aineellisten purkuedellytysten kaventamiseen. Hakijan käyttöön voisivat jäädä rinnakkaisina myös kotoperäisten purku- ja kantelunormien tarjoamat mahdollisuudet. Niiden henkilöiden osalta, jotka eivät ole valittaneet asiassaan EIT:een

liittyen annetut poistopäätökset KKO 2009:84 ja KKO 2012:52.

³⁰⁴ Ks. esim. Jokela 2009, s. 362–363; Heikkilä 2016, s. 333–334; Hiivanainen 2018, s. 161; Jokela 2018, s. 956.

³⁰⁵ Ks. *Moreira Ferreira v. Portugal* (no. 2) [GC] 11.7.2017, tuomari Pinto de Albuquerque ym. eriävä mielipide, k. 28.

³⁰⁶ Ks. esim. edeltävässä alaviitteessä mainitun eriävän mielipiteen k. 31 sekä laajempänä oikeusvertailevana katsauksena ”Compilation of written contributions on the provisions in the domestic legal order for re-examination or reopening of cases following judgments of the Court” (saatavilla osoitteesta <https://rm.coe.int/1680654d4f>).

(rinnakkaistapaukset), käytössä olisivat todennäköisesti ainoastaan jälkimmäisenä mainitut normit (ks. yhdenvertaisuusnäkökohdista jakso 8). Saattaisi nimittäin olla hankalaa soveltaa säännöstä, joka edellyttäisi sen tutkimista, ovatko EIT:n käsittelemä tapaus ja rinnakkaistapaus riittävän samanlaiset.

6.4 Purkuproblematiikkaan liittyviä erityiskysymyksiä

6.4.1 Aineelliset vanhentumisajat

Jos rikostuomio puretaan tai poistetaan EIT:n langettavan tuomion johdosta pitkähkön ajan kuluttua, merkitseekö tämä sitä, että uusi oikeudenkäynti samaa henkilöä vastaan estyy aineellisoikeudellisen vanhentumisajan umpeen kulumisen johdosta? Vastaus on *syyteoikeuden vanhentumisen* osalta kieltävä. Syyteoikeus on tullut rikoslain (39/1889, RL) 8:3:ssä tarkoitetulla tavalla katkaistuksi jo silloin, kun syyte on nostettu siinä asiassa, jossa annettua tuomiota haetaan purettavaksi.³⁰⁷ *Rangaistuksen tuomitsemisen estävä vanhentuminen* voi sen sijaan muodostua esteeksi. Toisaalta tätä koskevat RL 8:6:n mukaiset määräajat ovat pitkiä. Siten ei voida mielestäni väittää, että EIT:n tuomioiden täytäntöönpano johtaisi muodollisista syistä ”rankaisemattomuuteen”. Eri asia on, että erityisesti näytön heikentymiseen saattaa liittyä tämän tyyppisiä tosiasiallisia riskejä (ks. jakso 5).

Jos kysymys on siviiliasista, jossa on riideltä velan vanhentumisesta annetun lain (728/2003) soveltamisalaan kuuluvasta saatavasta, ylimääräisen muutoksenhaun merkityksestä säädetään sanotun lain 13 §:n 2 momentissa. Jos lainvoimainen tuomio tai päätös puretaan, velan ei katsota vanhentuneen kyseisen tuomion antamisen jälkeen kuluneena aikana. Saatavan lopullisen vanhentumisen määräaika taas on pitkä, 20 tai 25 vuotta velan erääntymisestä (13 a §). Siten pitkänkään ajan jälkeen tapahtuva, todettuun ihmisoikeusloukkaukseen perustuva purku ei näyttäisi muodostuvan vanhentumissääntelyn kannalta esteeksi asian uudelle käsittelylle.³⁰⁸ Toisaalta erityislainsäädännössä saattaa olla vanhentumisaikoja, joiden kohdalla pulmia syntyy. Laajempaan tarkasteluun ei ole tässä yhteydessä mahdollisuutta.

³⁰⁷ Ks. myös KKO 2005:67, k. 3.

³⁰⁸ HE 187/2002 vp, s. 68; Linna – Saarnilehto 2016, s. 119. – Säännöksessä jää auki se, koskeeko vastaava periaate myös kantelua. Ilmeisesti näin voidaan katsoa olevan. Lain säätämisen aikaan ei vielä ollut säädetty oikeudenkäymiskaaren 31:2.3:ia, jonka johdosta kantelu voidaan tehdä vielä hyvinkin pitkän ajan kuluttua ratkaisun lainvoimaiseksi tulosta.

6.4.2 Kansallisen vastapuolen hallussa jo olevat varat

Eräs käytännön kannalta kiinnostava kysymys on se, mitä EIT:een valittaneen henkilön *kansallisen vastapuolen hallussa jo oleville varoille tapahuu*, jos sanotun vastapuolen eduksi annettu siviilituomio (tai rikosasian yhteydessä tuomittu korvausvelvollisuus³⁰⁹) vuosien päästä EIT:n tuomion johdosta puretaan (erityisesti olettaen, että purkaa seuraavassa uudessa oikeudenkäynnissä – tai tuomion välittömässä oikaisemisessa – asia ratkeaa sanotun vastapuolen kannalta nyt kielteisesti³¹⁰).

Ulosottokaaren (UK, 705/2007) 2 luvun 15 §:ssä on säännökset ulosottooperusteen (tuomion) kumoamiseen liittyvistä peruuttamistoimista ja 16 §:ssä velkojan palautusvelvollisuudesta. Linna ja Leppänen ovat todenneet näiltä osin seuraavaa:

”UK 2:13-17 koskevat varsinaista muutoksenhakua, mikä ilmenee luvun systematiikasta. Täytäntöönpanon keskeytysmääräyksen antamisesta ylimääräisen muutoksenhaun johdosta säädetään 2:3.2:ssa. Myös täytäntöönpanon peruuttamiseen liittyvät kysymykset nousevat esiin, jos lainvoiman saanut tuomio poikkeuksellisesti kumotaan tai sitä muutetaan ylimääräisen muutoksenhaun johdosta, mahdollisesti vasta pitkänkin ajan kuluttua. *Ulosottomiehen on tällöin suoritettava käytettävissään olevat peruuttamistoimet (arg. 2:15), joskaan yleensä peruuttamistoimiin ei*

³⁰⁹ Vaikka yksityisoikeudellista vaatimusta koskevaan tuomion osaan sovelletaan lähtökohdaisesti riita-asian purkunormeja, tuomio voidaan edellä sanotun estämättä purkaa myös yksityisoikeudellisen vaatimuksen osalta, jos syyksilukeminen puretaan (ks. OK 31:15). Toisaalta oikeuskirjallisuudessa on todettu, että mikäli korvausvelvollisuus on olemassa rikoksesta riippumatta, ei korvaustuomiota voitane purkaa (Leppänen – Välimaa 1998, s. 154). Ks. myös Lappalainen 1986, s. 507: ”Mikäli rikostuomio puretaan esim. sillä perusteella, että tuomio on perustunut virheelliseen lain soveltamiseen ja tekoa ei voidakaan katsoa rikokseksi, ei tämä sellaisenaan oikeuta purkamaan rikostuomion ohessa annettua korvaustuomiota OK 31:15:n nojalla, mikäli korvausvelvollisuus on olemassa rikoksesta riippumatta.” – Siten adheesioperiaatteen ja tuomionpurun suhde vaatii tapauskohtaista arviointia. Kysymys lienee pitkälti analoginen sille, millä tavoin rikossyytteen hylkääminen tavanomaisessa muutoksenhaussa vaikuttaa korvaussaatavaan. Ks. tältä osin esim. KKO 1998:121, tapauksen otsikko, sekä KKO 2011:35, k. 35: ”...Vahingonkorvausta määrättäessä onkin arvioitava itsenäisesti, täyttääkö korvausvaatimuksen perusteena oleva menettely vahingonkorvauksen tuomitsemisen edellytykset. Tässä arvioinnissa ei ole merkitystä sillä seikalla, että rikossyytettä ei voida tutkia ja rangaistusta määrätä ne bis in idem -kiellon vuoksi. Näin ollen asiassa ei ole perusteita puuttua hovioikeuden määräämään vahingonkorvausvelvollisuuteen verovuosilta 1997–1999, vaikka lausuma A:n tuomitsemisesta rangaistukseen törkeästä veropetoksesta ajanjaksoa 31.10.1998–31.10.2000 koskien poistetaankin.”

³¹⁰ Jos jutun lopputulos pysyy ennallaan, tämän alajakson kysymyksenasettelu ei ole relevantti. – Lisäksi on huomattava, että riita-asioissa purkuinstanssi yleensä määrää, että juttu on asianosaisen toimenpiteistä saatettava uudelleen käsiteltäväksi. Jos asianosainen laiminlyö tämän, purku raukeaa ja vanhaa tuomiota noudatetaan kuin purkua ei olisi tapahtunut (OK 31:14.2 ja esim. Välimaa 1994, s. 47).

juuri enää ole mahdollisuutta. Velkoja on luonnollisesti palautusvelvollinen, mutta velvollisuus lienee toteutettava kanneteitse, eivätkä 2:16:n erityissäännökset sovellu.”³¹¹

Jos peruuttaminen ulosoton puitteissa ei enää ole mahdollista, ihmisoikeusvalituksessa ja tuomionpurussa menestynyt henkilö voinee viime kädessä ajaa kannetta perusteettoman edun palautuksesta, jos hänen kansallinen vastapuolensa kieltäytyy palauttamasta varoja, joiden on uuden lopputuloksen valossa katsottava olevan perusteettomasti hänen hallussaan.³¹² Estettä ei liene myöskään sille, että palautusvelvollisuudesta lausutaan jo siinä tuomiossa, joka annetaan myönteistä purkuratkaisua seuraavassa uudessa oikeudenkäynnissä, jos tällainen vaatimus on esitetty.³¹³

Vaikka aiheen lähempi tarkastelu ei ole tässä yhteydessä mahdollista, tutkimusaiheeni kannalta on joka tapauksessa tehtävissä seuraava johtopäätös. Ihmisoikeusvalituksen laatineen henkilön kansalliselta vastapuolelta pystytään tavalla tai toisella (ulosoton puitteissa, jos tämä vielä käy päinsä; kanneteitse; tai mahdollisesti lausumalla asiasta tuomiossa, joka annetaan purkuratkaisua seuraavassa uudessa oikeudenkäynnissä) perimään takaisin ne varat, joita hän on kansallisen tuomion lainvoimaisuuteen luottaen saattanut pitää jo vuosia hallussaan ja kuluttaa muihin tarkoituksiin. Kutsuttiinpa tätä valtion lukuun laskettavan virheen (ihmisoikeusloukkauksen) maksumieheksi joutumiseksi tai ei, tämäkin näkökulma kannattaa pitää mielessä, kun pohditaan tuomionpurun tarkoituksenmukaisuutta ihmisoikeusloukkauksen korjauskeinona.

³¹¹ Linna – Leppänen 2014, s. 155. Ks. myös Välimaa 1994, s. 46: ”Sinänsä pelkästään tuomion purkamista tai menetetyt määräajan palauttamista koskeva hakemus taikka kan- telu tuomiovirheen perusteella ei estä täytäntöönpanoa (UL 3:13.3), mutta mikäli tuomio muutetaan tai kumotaan, on täytäntöönpano pääsääntöisesti peruutettava (UL 3:14.1). ... Ongelmia aiheuttava tilanne syntyy, kun täytäntöönpano on ehtinyt pitemmälle kuin mitä kysymyksessä olevan ratkaisun kohdalla olisi sallittua lainvoimaa vaille olevana. Esimerkiksi kun hakijalle palautetaan määräaika hakea muutosta alioikeuden velkomusasiassa julistamaan tuomioon ja täytäntöönpano on tuolloin ehtinyt jo realisoituvaiheeseen. Järkevänä ratkaisuna tämän kaltaisissa tilanteissa on UL 3:14.1 analoginen soveltaminen: täytäntöönpano peruutetaan, jos se käy päinsä.” Välimaan viittaama kumotun ulosottolain (UL 37/1895) 3:14.1 pitkälti vastaa nykyistä UK 2:15:ää (ks. HE 216/2001 vp, s. 74).

³¹² Ks. myös Hakulinen 1931, s. 190 (jossa mainitaan paitsi ulosoton kautta tapahtuneen, myös vapaaehtoisesti tehdyn suorituksen palauttamisesta) ja erityisesti s. 291; Tirkkonen 1937, s. 262–263 (jossa kuitenkin rajataan tarkastelun ulkopuolelle mahdolliset luottamuk- sensuojaan – ”hyvän uskon periaatteeseen” – liittyvät näkökohdat).

³¹³ Ks. myös päätöslauselmaa ratkaisussa KKO 2019:6: ”... C vapautetaan tuomitusta rangaistuksesta ja velvollisuudesta suorittaa vahingonkorvausta Verohallinnolle ... C:llä on oikeus saada takaisin, mitä häneltä on nyt puretun tuomion nojalla peritty.”

6.4.3 Oikeus vahingonkorvaukseen todetun ihmisoikeusloukkauksen perusteella?

Tunnettua on, ettei EIT voi ryhtyä kovin hienojakoiseen ja kattavaan arviointiin rahahyvityksen suuruutta määrittäessään.³¹⁴ Tätä on korostanut se tendenssi, että EIT ratkaisee loukkausta koskevan kysymyksen ja hyvityskysymyksen nykyisin yleensä samalla kertaa, jolloin tiedossa ei vielä ole, mitkä korjauskeinot kansallisella tasolla lopulta toteutuvat. EIT saattaa myös ilmaista luottamuksensa siihen, että purku tulee toteutumaan, ja jättää tällä perusteella hyvityksen määräämättä.³¹⁵ Jos sitten purku ei kansallisesti toteudukaan – eikä mahdollinen ministerikomitean taholta tuleva paine onnistu tätä tilannetta muuksi muuttamaan – nousee (viimeistään tällöin!) esiin kysymys siitä, voiko valittaja saada valtiolta täydentävää rahallista korvausta, jotta *restitutio in integrum* -velvollisuus saadaan täytetyksi. Siten tärkeä kysymys on, mahdollistaako Suomen voimassa oleva oikeus vahingonkorvauksen saamisen valtiolta todetun ihmisoikeusloukkauksen perusteella, jos valitusasiassaan menestynyt henkilö pystyy osoittamaan, että korjauskeinot ovat jääneet riittämättömiksi (esim. EIT:n mahdollisesti määräämä korvaus ei riitä kattamaan kaikkea vahinkoa).

Kysymys on olennainen, sillä jos näin on, tämä olisi ensinnäkin valitukSENSA voittaneiden henkilöiden kannalta merkittävä oikeuskeino ja parantaisi mahdollisuuksia *restitutio in integrum*in tosiasialliseen ja täydelliseen toteutumiseen. Toiseksi, se olisi systeemitasolla tärkeä lievennys sitä painetta kohtaan, joka EIS:n tasolta johtuu kansallista oikeusvoimaa kohtaan (ja tätä kautta mahdollisen yksityisen vastapuolen oikeusrauhaodotuksia vastaan).³¹⁶ Vertailun vuoksi, EU-oikeudessa Francovich/Köbler-oikeuskäytännössä³¹⁷ muotoiltu jäsenvaltion vahingonkorvausvastuun periaate on mielestäni yksi merkittävä syy siihen, ettei kansalliseen oikeusvoimaan ole ollut tarvetta kovin syväälle käyvästi puuttua.³¹⁸ Myös oikeudenmukaisuusnäkökulmasta olisi perusteltua, että *valtio* vastaa virheistään, eikä virhettä säilytetä mahdollisen yksityisen vastapuolen kannettavaksi.

Valitettavasti tämän artikkelin puitteissa ei ole mahdollista kunnollisesti vastata edellä esitettyyn kysymykseen. Tämä edellyttäisi perusteellista tarkastelua omine korvausoikeudellisine metodeineen, kysymyksenasetteluineen ja rajauksineen. Tyydyn seuraavissa muutamien päälinjojen esittämiseen.

³¹⁴ Ks. vertailuna vahingonkorvausoikeuteen myös esim. Hakalehto-Wainio 2010, s. 754.

³¹⁵ Esim. Rinas v. Finland 27.1.2015, k. 61; Österlund v. Finland 10.2.2015, k. 56.

³¹⁶ Ks. myös esim. van Kempen 2005, s. 115.

³¹⁷ EUT: C-6/90 ja C-9/90 Francovich 19.11.1991; C-224/01 Köbler 30.9.2003.

³¹⁸ Ks. Vähätalo 2016, esim. s. 192, 202, 263 ja 275. Ks. myös Vähätalo 2017, s. 515–516.

Lähtökohtana voidaan todeta, ettei Suomen lainsäädännössä ole nimenomaista korvaussäännöstä todetun ihmisoikeusloukkauksen hyvittämisestä. Korkein oikeus on suostunut purkunormin sanamuodon sivuuttamiseen ratkaisussa KKO 2011:100 osaltaan juuri sen vuoksi, ettei valittajan mahdollisuus saada vahingonkorvausta vaikuttanut kovinkaan realistiselta (tehokkaalta) oikeuskeinolta.³¹⁹ Vahingonkorvauslain (412/1974) 3 luvussa on kyllä julkisyhteisön korvausvastuuta koskevat säännökset – jotka soveltuvat myös tuomitsemistoimintaan³²⁰ – mutta esimerkiksi apulaisoikeusasiamiehen sijaisen vuonna 2016 toteamin tavoin ”vahingonkorvauslain mukainen korvausvastuu on niin pitkälti rajoitettua, että sääntelyn ei voi sanoa tarjoavan tehokasta oikeussuojakeinoa perus- ja ihmisoikeusloukkausten hyvittämiseksi”.³²¹ Suomen vahingonkorvausoikeuden rajoittuneisuus tässä suhteessa on eräissä muissakin yhteyksissä tuotu esiin.³²² Vertailun vuoksi voidaan todeta, että Ruotsin vahingonkorvauslakiin lisättiin 1.4.2018 voimaan tulleella lailla nimenomainen säännös valtion ja kunnan velvollisuudesta korvata EIS:n loukkauksesta aiheutunut vahinko siltä osin kuin tämä on loukkauksen korjaamiseksi välttämätöntä (skadeståndslag, 1972:207, 3:4).

Toisaalta myös Suomessa oikeuskäytäntö näyttää viime vuosina kulke-
neen siihen suuntaan, että oikeus valtiolta saatavaan vahingonkorvaukseen voi syntyä ihmisoikeusloukkauksen perusteella ilman nimenomaista lain säännöstäkin, kunhan vahingonkorvausvastuulla on riittävä oikeudellinen peruste (esim. KKO 2008:10, k. 9 ja 21; KKO 2011:38, k. 11, 15 ja 16; KKO 2012:81, k. 16; KKO 2016:20, k. 22 ja 31). Kaikkien mainittujen ratkaisujen perusteluissa on viitattu EIS 13 artiklaan. Katsoisin, että silloin kun taustalla on EIT:n jo toteama ihmisoikeusloukkaus, EIS 46(1) artiklan sisältämä reparaatiovelvollisuutta koskeva normi voi tarjota varsin vahvan oikeudellisen perustan valtion vahingonkorvausvastuulle.³²³ Itse asiassa 46 artiklan soisi voivan vaikuttaa vahingonkorvauskanteen käsittelyssä jopa suuremmalla intensiteetillä kuin ylimääräisessä muutoksenhaussa: tällöin korjaamiskeino kohdistuu jo edellä todetuin tavoin loukkauksen aiheuttaneeseen tahoon (valtioon) eikä järkytä mahdollisen yksityisen vastapuolen oikeusrauhaodotuksia. EIS:sta johtuva korjaamisvelvollisuus

³¹⁹ KKO 2011:100, k. 17.

³²⁰ Hakalehto-Wainion (2008, erit. s. 315–326) väitöskirjassa on käsitelty tuomitsemistoimintaa vahingonkorvausvelvollisuuden näkökulmasta.

³²¹ Apulaisoikeusasiamiehen sijaisen päätös 31.5.2016 asiassa 2243/2/15, s. 2.

³²² Ks. esim. Hakalehto-Wainio 2008, s. 122–123; Hakalehto-Wainio 2010; Pellonpää et al. 2018, s. 987–988 viitteineen.

³²³ Ks. myös Heikkilä 2016, s. 124 ja 327.

voi aiheuttaa tarvetta tulkita korvausoikeudellisia normeja uudella tavalla tai jopa vakiintuneita kansallisia normeja sivuuttaen.³²⁴

Selvää on, että kantajan pitää kyetä näyttämään muun muassa vahingon aiheutuminen ja se, miksi EIT:n määräämä korvaus on jäänyt riittämättömäksi. Pelkästään se, että valittaja on vaatinut EIT:ssa 100 000 euroa ja saanut 10 000 euroa, ei tietenkään riitä osoittamaan valittajan oikeutta 90 000 euron suuruiseen jatkokorvaukseen kansallisella tasolla. Mutta myöskään se seikka, että EIT on ”on an equitable basis” määrännyt valittajalle 10 000 euroa, ei sellaisenaan tarkoita, etteikö valittajalle olisi voinut syntyä tätä enemmänkin korvausta edellyttävää vahinkoa (joka voi myös olla kohteeltaan eri tavoin painottunut kuin EIT:n määräämä rahahyvitys).

7 EIT:N TUOMION TÄYTÄNTÖÖNPANON RIITTÄMÄTTÖMYYS

7.1 EIS 46(4) artiklassa tarkoitettu rikkomusmenettely

EIS 46(4) artiklan mukaan, jos ministerikomitea katsoo, että sopimusvaltio kieltäytyy noudattamasta lopullista tuomiota jutussa, jonka osapuolena se on, se voi, annettuaan virallisen huomautuksen kyseiselle valtiolle ja komiteassa mukana olemaan oikeutettujen edustajien kahden kolmasosan ääntenemmistöllä hyväksytyllä päätöksellä, siirtää EIT:lle kysymyksen siitä, onko kyseinen valtio epäonnistunut 46(1) artiklan mukaisen velvollisuutensa noudattamisessa. EIS 46(5) artiklan mukaan, jos tuomioistuin katsoo 46(1) artiklaa loukatun, se siirtää asian ministerikomitealle toteutettavien toimenpiteiden harkintaa varten. Jos taas EIT ei katso sanottua sopimusmääräystä loukatun, se siirtää asian ministerikomitealle, joka päättää asian käsittelyn. Tarkoituksena ei ole ollut, että rikkomusmenettelyyn liittyisi rahallisten sanktioiden määrääminen. Rikkomusmenettelyn tarkoituksena on lisätä valtiota kohtaan painetta ja antaa tietynlainen viimeinen varoitus ennen kuin on tarpeen siirtyä pohtimaan äänioikeuden pidättämistä tai EN:n jäsenyydestä erottamista.³²⁵

³²⁴ Ks. myös Hakalehto-Wainio 2008, s. 132 (tosin EIS 46 artiklaan viittaamatta): ”Kansallisen vahingonkorvausjärjestelmän sisältö on alisteinen ihmisoikeussopimuksen tulkintakäytännön sille asettamille vaatimuksille. Tämä saattaa edellyttää vahingonkorvauslain ihmisoikeusmyönteistä tulkintaa. Joissakin tilanteissa vaatimus voi johtaa vahingonkorvauslain säännösten tai kansallisen vahingonkorvausoikeuden oppien sivuuttamiseen.”; Hakalehto-Wainio 2010, s. 757–758.

³²⁵ Explanatory Report to Protocol No. 14, s. 17–18.

Oikeudelliselta kannalta katsottuna juuri rikkomusmenettely vaikuttaa loogiselta ratkaisukeinolta silloin, kun täytäntöönpano jää tuomionpurun tai jonkin muun korjauskeinon osalta puutteelliseksi. Käytännössä rikkomusmenettely on kuitenkin tarkoitettu vain poikkeuksellisiin tapauksiin, ja sen on ajateltu vaikuttavan ennen muuta pelotteena.³²⁶ Käytäntö tukee tätä käsitystä. Vaikka rikkomusmenettelyä koskevat sopimusmääräykset tulivat voimaan vuonna 2010 ja vaikka varsin monessa tapauksessa täytäntöönpano on kangerrellut – vähintäänkin viipynyt huomattavasti³²⁷ – menettelyyn ryhdyttiin ensimmäistä kertaa vasta syksyllä 2017 Ilgar Mammadovin asiassa.³²⁸ Lambert-Abdelgawad on todennut, ettei Mammadov-tapaus näytä suunnanmuutokselta ministerikomitean strategiassa, vaan rikkomusmenettelyyn ryhtyminen johtui pitkälti kyseiseen yksittäistapaukseen liittyvistä seikoista, kuten valittajan henkilöstä, Azerbaidzanin tilanteesta ja poliittisesta kontekstista.³²⁹ Näyttääkin siltä, ettei rikkomusmenettelyllä ole tuomionpurkuproblematiikan ratkaisukeinona sanottavaa käytännön merkitystä. Rikkomusmenettely on radikaali keino, johon ryhtyessään Euroopan neuvosto panee ”kaiken peliin” arvovaltansa säilyttääkseen. Vertailun vuoksi voidaan todeta, että myöskään EU:n komissio ei ole ollut kovin karkäs nostamaan Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen 258 artiklan mukaista rikkomuskannetta valtiota vastaan yksittäisen lainkäyttöraikaisun perusteella.³³⁰ Sitä vastoin uskon rikkomusmenettelymahdollisuuden olleen omiaan lisäämään sen seikan yleistä tuntemusta, että EIT:n tuomioista todella seuraa valtioille oikeudellisia velvollisuuksia EIS 46(1) artiklan nojalla, ja siten nostamaan 46 artiklan uskottavuutta.

7.2 Samaan asiakokonaisuuteen liittyvän uuden valituksen tutkiminen

7.2.1 Aluksi

Eräs tuomionpurun kannalta kiinnostava kysymys on, voiko EIT:n langettavan tuomion täytäntöönpanon tuloksiin tyytymätön valittaja ajaa menestyksekkäästi uutta valitusta katsoessaan, että a) ihmisoikeussopimusta loukkaava tila jatkuu tai b) tuomionpurun epääminen sisältää ihmisoi-

³²⁶ Explanatory Report to Protocol No. 14, s. 18.

³²⁷ Ks. maakohtaisia ja muita tilastoja osoitteessa www.coe.int/execution > Factsheets.

³²⁸ Ilgar Mammadov v. Azerbaijan [GC] 29.5.2019.

³²⁹ Lambert-Abdelgawad 2018.

³³⁰ Ks. Vähätalo 2016, s. 203 viitteineen.

keusloukkauksen. Jos voi, kysymyksessä on ainakin *de facto* paine kansallisen tuomion oikeusvoimaa kohtaan, sillä tällöin ihmisoikeussopimusta loukkaava tila voisi periaatteessa joko jatkua tai uusiutua yhä uudelleen ja uudelleen, kunnes tuomionpurku myönnetään.

Peruseriaatteena on, että EIT ei voi tutkia samaa asiaa koskevaa uutta valitusta³³¹ eikä etenäkään kysymystä tuomionsa täytäntöönpanon riittävydestä, koska tämän arvioiminen kuuluu – rikkomusmenettelyä lukuun ottamatta – ministerikomitean toimivaltaan. Toisaalta jos valittaja pystyy esittämään aiempaan valitukseen verrattuna relevanttia uutta tietoa, uuden valituksen tutkimista ei estä sen enempää valituksen samanlaisuus (EIT:n aiemmin käsittelemän asian oikeusvoimavaikutus) kuin ministerikomitean toimivalta.³³² Esimerkiksi vapaudenriiston tai oikeudenkäynnin pitkittyminen entisestään voi olla sellaista uutta tietoa, joka oikeuttaa tutkimaan valituksen pitkittyneiltä osin.³³³ Samoin purkuhakemuksen hyväksymisen jälkeen käyty uusi oikeudenkäynti voi luonnollisesti sisältää uuden valituskelpoisen ihmisoikeusloukkauksen.³³⁴

Seuraavassa tutkitaan muutaman keskeisimmän oikeustapauksen avulla, voiko valittaja, jonka mielestä EIT:n tuomion johdosta olisi pitänyt myöntää tuomionpurku, saada tutkittavaksi uuden valituksen, jos tuomionpurkua ei ole myönnetty.

7.2.2 Oikeuskäytäntöä

Asiassa *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) v. Switzerland (no. 2)*³³⁵ taustalla oli EIT:n aiemmin, vuonna 2001 antama langettava tuomio³³⁶. Kyseisen aiemman tuomion mukaan hallinnollinen päätös, joka oli estänyt valittajaa esittämästä televisiossa eläinsuojeluun liittyvää mainostaan, loukasi sananvapautta koskevaa EIS 10 artiklaa. Valittaja oli EIT:n tuomion antamisen jälkeen turvautunut kansallisella tasolla ylimääräisen muutoksenhaun kaltaiseen oikeussuojakeinoon saadakseen aiemman hallintopäätöksen uuteen tutkintaan. Kansallinen tuomioistuin hylkäsi kyseisen hakemuksen

³³¹ EIS 35(2)(b) artiklan mukaan EIT ei voi tutkia valitusta, joka on asiasisällöltään olennaisesti sama kuin tuomioistuimen jo tutkima asia eikä sisällä asiaan vaikuttavaa uutta tietoa (no relevant new information).

³³² Näiden kahden esteen tutkiminen on käytännössä pitkälti sidoksissa toisiinsa juuri siksi, että molemmat edellyttävät uuden informaation käsillä olon tutkimista. Ks. esim. Egmez v. Cyprus (dec.) 18.9.2012, k. 55–56.

³³³ Ks. esim. Hirvelä – Heikkilä 2017, s. 1352; Harris et al. 2018, s. 70–71; Egmez v. Cyprus (dec.) 18.9.2012, k. 53 tapausviitteineen.

³³⁴ Bochan v. Ukraine (no. 2) [GC] 5.2.2015, k. 46 viitteineen.

³³⁵ Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) v. Switzerland (no. 2) [GC] 30.6.2009.

³³⁶ VgT Verein gegen Tierfabriken v. Switzerland 28.6.2001.

vedoten muun ohessa siihen, ettei hakija ollut näyttänyt, miksi sillä oli vielä lähes kahdeksan vuoden kuluttua intressi saman mainoksen julkaisuun ja miksi tuomionpurku oli ainut mahdollinen keino tilanteen korjaamiseen.³³⁷ Ministerikomiteaa ei ollut informoitu tästä hylkäyspäätöksestä, ja se oli 22.7.2003 antamassaan ratkaisussa ResDH(2003)125 katsonut tuomion täytäntöönpanon riittäväksi. EIT katsoi uudessa valitusasiassa, että purkuhakemuksen hylkäyspäätös osittain uusine perusteluineen merkitsi riittävässä määrin sellaista relevanttia uutta informaatiota, joka oikeutti uuden EIS 10 artiklaa koskevan valituksen tutkimiseen.³³⁸ EIT kiinnitti huomiota myös siihen, että ministerikomitea oli katsonut tuomion täytäntöönpanon loppuun suoritetuksi, vaikka se ei ollut ollut tietoinen kansallisesta purkuratkaisusta hallituksen laiminlyötyä ilmoittaa asiasta. Myös asiaratkaisu oli valittajalle myönteinen: EIT totesi 10 artiklan loukkauksen.³³⁹ Asia oli suuren jaoston tutkittavana vain 10 artiklaa koskevilta osin. Jaosto oli jättänyt valituksen tutkimatta 6 artiklaa koskevilta osin sen vakiintuneen periaatteen nojalla, ettei sanottu artikla sovellu ylimääräisessä muutoksenhaussa.³⁴⁰ Tältä osin jaosto viittasi Sablon- ja Fischer-ratkaisuihin.³⁴¹

Verein gegen Tierfabriken Schweiz (no. 2) -asialla on tiettyä yhtäläisyyttä jo vuonna 1995 annettuun *Oberschlick*-ratkaisuun.³⁴² *Oberschlick*-asiassa valittaja laati uuden ihmisoikeusvalituksen kansallisen purkuinstanssin kieltäytyttyä purkamasta rikostuomiota, joka aiemman loukkaustuomion mukaan oli ristiriidassa 10 artiklan kanssa. Tuolloinkaan ihmisoikeusvalituksen samuutta koskeva edellytys ei muodostanut estettä valituksen tutkimiselle 10 artiklaa koskevilta osin.³⁴³ Toisaalta ihmisoikeustoimikunta katsoi, ettei pelkkä purkumenettelyssä annettu kielteinen ratkaisu muodostanut uutta sananvapauden loukkausta, ja jätti valituksen ilmeisen perusteettomana tutkimatta.³⁴⁴ EIS 6 artiklaa koskevan valituksen tutkiminen estyi jo sillä perusteella, ettei sanottu artikla soveltunut ylimääräisessä muutoksen-

³³⁷ Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) v. Switzerland (no. 2) [GC] 30.6.2009, tuomion k. 23.

³³⁸ Tuomion k. 63–68.

³³⁹ Uuden loukkaustuomion täytäntöönpano oli valittajan kannalta menestyksellinen. Ministerikomitean 15.9.2010 tekemästä päätöksestä ResDH(2010)113 ilmenee, että Sveitsissä purettiin tarvittavat tuomiot ja määrättiin, että valittajan tuottamaa mainosta sai esittää televisiossa.

³⁴⁰ Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) v. Switzerland (no. 2) 4.10.2007, k. 24.

³⁴¹ Sablon c. Belgique 10.4.2001, k. 86; Fischer v. Austria (dec.) 6.5.2003.

³⁴² Oberschlick v. Austria (dec.) [Plenary] 16.5.1995.

³⁴³ Päätöksen k. 3(a), jossa perusteluna esitetään vain se, että uusi valitus ei koskenut aiemman valituksen kohteena ollutta rikostuomiota vaan EIT:n tuomion jälkeen annettua purkuratkaisua.

³⁴⁴ Päätöksen k. 3(c).

haussa, kun valittajan ei voitu katsoa olleen sen puitteissa ”charged with a criminal offence”.³⁴⁵

Edellä mainitut sananvapautta koskevat ratkaisut ovat tutkimusteemani kannalta kiinnostavia, koska kielteinen purkuratkaisu ja sen mahdollistama loukkauksen jatkuminen katsottiin lähes sellaisenaan uudeksi informaatioksi, joka oikeutti valituksen tutkimiseen aiemmasta valituksesta huolimatta. Molemmissa tapauksissa arviointi oli sidoksissa loukattavana olleeseen aineelliseen ihmisoikeusmääräykseen. Saman tyyppinen asetelma näyttäisi 8 artiklan osalta olleen käsillä Emre-tapauksessa.³⁴⁶ Sen sijaan seuraavana käsiteltävissä Bochan- ja Moreira Ferreira -asioissa arvioitiin nimenomaan *purkuinstanssin omaa toimintaa* EIT:n aiemman loukkaustuomion huomioon ottamisessa, mikä tuo tapaukset kenties vieläkin lähemmäs tutkimusongelmaani. Asioissa oli taustalla 6 artiklan loukkaus. Koska 6 artiklan loukkaus ei lähtökohtaisesti luo jatkuvan loukkauksen tilannetta,³⁴⁷ arvioitavana ei ollut aiemman 6 artiklan loukkauksen jatkuminen vaan nimenomaan purkuinstanssin toiminta.

Bochan v. Ukraine (no. 2) -asiassa³⁴⁸ taustalla oli EIT:n aiemmin, vuonna 2007 toteama 6 artiklan loukkaus liittyen kansallisen tuomioistuimen puolueettomuuteen ja perusteluvollisuuteen sekä oikeusvarmuuteen siviiliprosessissa. Kyseiseen aiempaan tuomioon ei sisältynyt varsinaista täytäntöönpanolausumaa tuomionpurusta, mutta EIT viittasi – perustellessaan pecuniary damage -korvauksen tarpeettomuutta – kansalliseen purkunormiin, joka mahdollisti tuomionpurun EIT:n toteaman loukkauksen johdosta.³⁴⁹ Loukkaustuomion jälkeinen purkuhakemus oli hylätty, minkä johdosta valittaja laati uuden ihmisoikeusvalituksen vedoten ennen muuta siihen, että purkuratkaisun perustelut olivat ristiriidassa EIT:n toteamusten kanssa. EIT korosti, ettei se voinut tutkia valitusta siltä osin kuin valittaja katsoi vuonna 2007 annetun EIT:n tuomion täytäntöönpanon jääneen riittämättömäksi purkuhakemuksen hylkäämisen myötä.³⁵⁰ Se kuitenkin totesi *purkumenettelyn oikeudenmukaisuutta koskevien väitteiden olevan sillä tavoin uusia* ja aiempaan loukkaustuomioon nähden jälkikäteisiä,

³⁴⁵ Päätöksen k. 5.

³⁴⁶ Emre v. Switzerland (no. 2) 11.10.2011. Alkuperäiseen loukkaukseen (Emre c. Suisse 22.5.2008) johtanutta lainvoimaista karkotuspäätöstä oli EIT:n ensimmäisen tuomion jälkeen muutettu kestoltaan rajatuksi. Estettä uuden valituksen tutkimiselle ei ollut, ja uusi 8 artiklan loukkaus todettiin. Tapauksen poikkeuksellisenä piirteenä oli se, että EIT totesi samalla myös 46 artiklan loukkauksen, vaikka kyse ei ollut rikkomusmenettelystä.

³⁴⁷ Esim. Moreira Ferreira v. Portugal (no. 2) [GC] 11.7.2017, k. 91; Tsalkitzis v. Greece (no. 2) 19.10.2017, k. 56.

³⁴⁸ Bochan v. Ukraine (no. 2) [GC] 5.2.2015.

³⁴⁹ Bochan v. Ukraine 3.5.2007, k. 97.

³⁵⁰ Bochan v. Ukraine (no. 2) [GC] 5.2.2015, k. 35.

ettei 46 artiklasta ilmenevä toimivallanjako estänyt sitä tutkimasta uutta valitusta.³⁵¹ Ratkaisun voidaan katsoa yhdessä Verein gegen Tierfabriken Schweiz (no. 2) -ratkaisun kanssa etäännyvän aiemmasta, vielä vuoden 2003 Lyons-ratkaisussa noudatetusta linjasta.³⁵²

Seuraavaksi EIT tarkasteli, soveltuiko 6 artikla kysymyksessä olleeseen kansalliseen ylimääräiseen muutoksenhakukeinoon. Se totesi ensinnäkin, ettei EIS takaa oikeutta lopullisten tuomioiden purkamiseen eikä 6 artikla pääsääntöisesti sovellu ylimääräiseen muutoksenhakuun – edes purkukemuksen perustuesa EIT:n toteamaan sopimusloukkaukseen – koska vielä sen puitteissa ei lähtökohtaisesti päätetä yksilön oikeuksista ja velvollisuuksista tai häneen kohdistuvasta rikossyytteestä (joista päätetään vasta myönteisen purkupäätöksen jälkeisessä uudessa oikeudenkäynnissä).³⁵³ Kuitenkin eräissä tapauksissa ”ylimääräinenkin” oikeussuojakeino saattoi luonteensa, ulottuvuutensa ja ominaispiirteidensä puolesta rinnastua tavanomaiseen muutoksenhakuun ja tulla 6 artiklan soveltamisalaan.³⁵⁴ EIT arvioi kyseessä olleen oikeussuojakeinon pitkälti rinnastuvan tavanomaiseen kassaatiovalitukseen.³⁵⁵ Se kiinnitti huomiota myös siihen, että Ukrainassa lainsäädäntö tunnusti nimenomaisesti tarpeen tarjota purku EIT:n toteaman loukkauksen nojalla, mikä puolsi kyseisen oikeussuojakeinon katsomista aiemman prosessin jatkeeksi. Käsitystä vahvasti vielä se, että purkuinstanssi oli arvioinut ensimmäisen prosessin aineistoa, eli jo purkumenettely näytti sisältävän päätelmien tekoa valittajan oikeuksista ja velvollisuuksista.³⁵⁶ *Siten 6 artikla soveltuu.* Merkillepantavaa on, että 6 artiklan soveltumista koskevilla perusteluilla viitataan myös EIT:n tuomioiden täytäntöönpanoon ja kansalliseen tuomionpurkuun tärkeänä osana tuota täytäntöönpanoa.³⁵⁷ Myös asiaratkaisu oli valittajalle myönteinen: *EIT totesi kansallisen purkuinstanssin loukkanneen 6 artiklaa perustellessaan kielteistä purkuratkaisuaan mielivaltaisesti ja EIT:n aiempaan tuomioon sisältyviä päätelmiä vääristellen.* Vaikka EIT ei normaalisti voikaan arvioida

³⁵¹ Tuomion k. 36–38.

³⁵² Yksimielisessä päätöksessään Lyons and Others v. the United Kingdom (dec.) 8.7.2003 EIT ei pitänyt loukkaustuomion jälkeistä purun epäämistä uuden valituksen tutkimiseen oikeuttavana uutena seikkana, vaan loukkaustuomion täytäntöönpanoa koskeva dialogi tuli käydä ministerikomiteassa EIT:n voimatta ottaa osaa siihen. – Aiemmasta, Lyons-tapauksen ilmentämästä linjasta poikkeaminen tuodaan kriittisessä valossa ilmi jo tuomioon Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) v. Switzerland (no. 2) [GC] 30.6.2009 liitetystä, tuomareiden Malinverni, Birsan, Myjer ja Berro-Lefèvre eriävässä mielipiteessä (k. 11).

³⁵³ Bochan v. Ukraine (no. 2) [GC] 5.2.2015, k. 44–45 tapausviitteinen.

³⁵⁴ Tuomion k. 47–50.

³⁵⁵ Tuomion k. 51.

³⁵⁶ Tuomion k. 52–54.

³⁵⁷ Tuomion k. 58.

sitä, miten kansalliset tuomioistuimet tulkitsevat kansallista lainsäädäntöä tai arvioivat näyttökysymyksiä, käsillä olleen kaltainen ”denial of justice” loukkasi raikeydessään oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuutta.³⁵⁸ EIT:n ratkaisu oli yksimielinen.

Moreira Ferreira v. Portugal (no. 2) -asiassa³⁵⁹ taustalla oli EIT:n vuonna 2011 antama aiempi tuomio, jossa oli todettu 6 artiklan loukkaus, ja tätä seurannut kielteinen purkuratkaisu.

Aiemmin todettu loukkaus oli perustunut siihen, ettei muutoksenhaku-
tuomioistuimien ollut henkilökohtaisesti kuullut älyllisiltä kyvyiltään rajoittunutta valittajaa syyntakeisuuskysymyksestä. Samassa yhteydessä EIT oli antanut verrattain lievän reopening-lausuman: ”... a retrial or the reopening of the case, if requested, represents in principle an appropriate way of redressing the violation. In that regard, it notes that Article 449 of the Portuguese Code of Criminal Procedure permits the reopening of proceedings at domestic level where the Court has found a violation...”³⁶⁰

Loukkaustuomion jälkeen valittaja oli hakenut tuomionpurkua. Syyttäjä puolsi hakemusta. Korkein oikeus kuitenkin hylkäsi hakemuksen vedoten ennen muuta siihen, ettei voitu tietää, että valittajan henkilökohtainen kuuleminen olisi muuttanut syyksilukemista, eli syyksilukemisen oikeellisuudesta ei ollut vakavaa epäilyä. Korkeimman oikeuden käsityksen mukaan EIT itsekin oli ”täysin poissulkenut” sen, että oikeellisuudesta olisi vakavia epäilyjä. Tämän käsityksen korkein oikeus perusti siihen EIT:n varsin tavanomaiseen lausumaan, jossa se pecuniary damage -korvaukset evätessään toteaa, ettei se voi spekuloida, millaiseksi kansallisen oikeudenkäynnin lopputulos olisi muodostunut 6 artiklan vaatimuksia noudattavassa oikeudenkäynnissä. Lisäksi korkein oikeus totesi, että EIT oli jo myöntänyt valittajalle non-pecuniary damage -korvauksen juuri sen vuoksi, ettei kansallisella tasolla ollut aina mahdollista myöntää tuomionpurkua.³⁶¹

Valittaja perusti uuden 6 artiklaa koskevan valituksensa siihen, että purkuinstanssi oli tulkinnut kansallista rikosprosessilakia ja EIT:n aiempaa tuomiota niin virheellisesti, että tämä ylsi oikeuden epäämiseen (denial of justice). EIT tutki ensiksi, *estikö EIS 46 artiklasta ilmenevä, tuomioiden täytäntöönpanoa koskeva toimivallanjako tutkimasta uutta valitusta*. EIT totesi, että vaikka uusi valitus kiistatta koski aiemman tuomion täytäntöönpanoa, joka oli vieläpä edelleen vireillä ministerikomiteassa, uuden valituksen

³⁵⁸ Tuomion k. 61–65.

³⁵⁹ *Moreira Ferreira v. Portugal (no. 2)* [GC] 11.7.2017.

³⁶⁰ *Moreira Ferreira c. Portugal* 5.7.2011, k. 41 (käännettynä englanniksi myöhemmässä suuren jaoston tuomiossa).

³⁶¹ *Moreira Ferreira v. Portugal (no. 2)* [GC] 11.7.2017, tuomion k. 24–27.

kohteena oli kuitenkin aiemmin käsiteltyyn asiaan nähden uusi (purku) prosessi ja erityisesti kansallisen tuomioistuimen perusteluvelvollisuus tuossa prosessissa. Siten *estettä valituksen tutkimiselle ei tältä osin ollut*. Tuomarit Raimondi, Nussberger, De Gaetano, Keller, Mahoney, Kjolbro ja O’Leary olivat asiasta eri mieltä todeten, että käsillä ei todellisuudessa ollut yhtäkään uutta tosiseikkaa, joka oikeuttaisi valituksen tutkimiseen, ja että ministerikomitean toimivalta tuomioiden täytäntöönpanon valvonnassa oli yksinomainen.

Seuraavaksi EIT tutki, soveltuiko 6 artikla pääsäännöstä poiketen ylimääräiseen muutoksenhakuun. Kysymys on hyvin merkittävä, sillä Bochan (no. 2) -asiaan verrattuna kyse näyttäisi nyt olleen esimerkiksi Pohjoismaiden prosessioikeuteen nähden melko tyypillisestä ylimääräisen muutoksenhaun ilmenemismuodosta. EIT aloitti muistuttamalla siitä, ettei EIS takaa oikeutta tuomionpurkuun ja että ylimääräisessä muutoksenhaussa ei tavallisesti päätetä yksilön oikeuksista ja velvollisuuksista tai häneen kohdistuvasta rikossyytteestä siten, että 6 artikla soveltuisi. Kuitenkin 6 artikla saattoi soveltua tietyissä tapauksissa, joissa kansallinen ”ylimääräiseksi” nimetty oikeussuojakeino rinnastui luonteeltaan ja soveltamisalaltaan tavanomaiseen muutoksenhakuun. Tuomionsa kohdissa 62–64 EIT käsitteli melko tarkoitushakuisella ja osin harhaanjohtavalla tavalla – kuten presidentti Raimondin ynnä muiden eriyvän mielipiteen kohtiin 15–24 sisältyvästä analyysistä ilmenee – oikeustapauksia, joissa tuomion lopullisuuden ja oikeusvarmuuden vaatimusten ei ole katsottu olevan ehdottomia. EIT irrottautui tuomion kohdissa 66–67 vain kaksi vuotta aiemmin tapauksessa Bochan (no. 2) omaksutusta lähestymistavasta sillä perustelulla, että tuolloin kyse oli siviiliasiaista ja että rikosasioihin korostetusti liittyvät oikeusturvavaatimukset edellyttävät 6 artiklan herkempää soveltuvuutta ylimääräiseen muutoksenhakuun. Kritiikille alttiilla tavalla EIT lausui, että siinä missä siviiliprosessissa asianosaisten oikeudet voivat olla keskenään jännitteisiä, rikosprosessissa tällaisilla näkökohdilla ei ole relevanssia.

EIT totesi Portugalin lainsäädännön tarjoavan oikeussuojakeinon, jolla valittajalla oli oikeus saattaa kysymys rikostuomion yhteensopivuudesta EIT:n tuomion kanssa korkeimman oikeuden tutkittavaksi ja jossa purkumenettely oli siten omiaan vaikuttamaan määräävästi rikossyytteestä päättämiseen (determination of a criminal charge). Vaikka korkeimman oikeuden tehtävänä oli ollut päättää vain siitä, myönnetäänkö purku vai ei, sen oli EIT:n mukaan kuitenkin tullut samalla tutkia myös niitä substanssikysymyksiä, jotka olivat johtaneet aiempaan loukkaustuomioon (valittajan henkilökohtaisen kuulematta jättämisen merkitys). Korkein oikeus oli katsonut, ettei rikostuomion ja EIT:n päätelmien välillä ollut purkuun oikeuttavaa ristiriitaa ja että EIT oli jo rahallisesti hyvittänyt valittajaa.

Tällaiset korkeimman oikeuden tutkimisvallan laajuutta koskevat piirteet tarkoittivat EIT:n mielestä, että tutkiminen oli nähtävä alkuperäisen rikosprosessin jatkeena ja siten *6 artiklan soveltumiseen johtavana rikossyyttestä päättämisenä*.³⁶² Tämäkin kysymys jakoi EIT:n kokoonpanoa voimakkaasti.

Tuomarit Raimondi, Nussberger, De Gaetano, Keller, Mahoney, Kjolbro ja O’Leary katsoivat enemmistön sekoittaneen toisiinsa a) lainvoimaisen langettavan rikostuomion pysyttämistä/purkamista koskevan arvioinnin (joka on ylimääräisessä muutoksenhaussa tehtävän lainkäyttöratkaisun kohteena) ja b) alkuperäisen rikossyytettä koskevan arvioinnin (determination of the criminal charge). Jos Portugalin korkein oikeus olisi a-kohdan arvioinnissa päätenyt myönteiseen purkuratkaisuun, vasta tämän jälkeen varsinaisen rikossyytteen arviointi olisi käynnistynyt uudelleen, jolloin 6 artiklan soveltaminen olisi ajankohtaistunut. Sen enemmistön argumentin, että ylimääräisellä muutoksenhaulla on joitakin samankaltaisia piirteitä normaalin kassaatiovalituksen kanssa, vähemmistö katsoi olevan ”not only exaggerated, but would apply generally to extraordinary review procedures in most countries empowering convicted defendants to seek the reopening of terminated criminal proceedings – thereby overturning by stealth the well-established existing case-law on this point. That is hardly a very judicial way for the Court to proceed only two years after the delivery of the Grand Chamber judgment in *Bochan* (no. 2).”

Itse pääasiasratkaisukin oli hyvin täpärä: *EIT katsoi äänin 9–8, ettei sopimusta ollut loukattu*. Vakiintuneena yleisperiaatteena oli, että 6 artiklan loukkaukseen yltävä mielivaltaisuus on käsillä vain silloin, kun ratkaisun perustelut puuttuvat kokonaan tai kun ne perustuvat karkeille, oikeuden epäämiseen (denial of justice) yltäville virheille oikeussäntöjen tai tosiseikkojen arvioinnissa. Tässä tapauksessa korkeimman oikeuden perusteluissa vastattiin keskeisimpiin valittajan väitteisiin eikä mielivaltaiselta vaikuttanut sellainen purkuedellytystä koskeva tulkinta, jonka mukaan EIT:n loukkausta koskeva *lex specialis* -purkunormi ei taannut automaattista purkua. EIT huomautti tässä yhteydessä, ettei EIS taannut oikeutta tuomionpurkuun eikä sopimusvaltioissa ollut yhtenäistä linjaa suhteessa ylimääräisen muutoksenhaun prosesseihin. Lisäksi taustalla olleessa vuoden 2011 loukkaustuomiossa purkua koskeva perustelulausuma oli ollut sillä tavoin lievä, ettei se kuvannut purkua välttämättömänä tai ainoana reparaatiokeinona.³⁶³

Loukkauksen toteamisen puolesta äänestäneet, vähemmistöön jääneet tuomarit Pinto de Albuquerque, Karakas, Sajó, Lazarova Trajkovska,

³⁶² Tuomion k. 68–72.

³⁶³ Tuomion k. 85–98.

Tsotsoria, Vehabovic ja Kuris jättivät siinä määrin – jopa huolestuttavuuteen asti – innovatiivisen eriävän mielipiteen, että sen päälinjat on vielä syytä esittää tässä yhteydessä. Eriävässä mielipiteessä ei sitouduttu sellaisiin arviointeihin, joita on perinteisesti pidetty välttämättöminä osatarkasteluina (estääkö EIS 46 artikla valituksen tutkimisen; soveltuuko 6 artikla ylimääräisessä muutoksenhaussa; onko 6 artiklaa loukattu). Sen sijaan heti mielipiteen alussa nähdään kysymyksenasetteluksi seuraava: ”Moreira Ferreira (no. 2) concerns the *competence* of the European Court of Human Rights (the Court) *to impose individual measures, namely the retrial*... In the case at hand, the retrial clause included in Moreira Ferreira was not implemented by the domestic authorities...”³⁶⁴

Eriävässä mielipiteessä tarkasteltiin EIT:n toimivaltaa antaa reopening-lausumia sekä suositusta Rec(2000)2 ja sen toteutumista EN:n jäsenvaltioiden purkunormistoissa. Niistä johdettiin ajatus siitä, että EIT:n loukkaustuomio, johon sisältyy reopening-lausuma, oikeuttaa tuomionpurkuun 6 artiklan loukkauksen uhalla. Siten kyse olisi suorasta oikeudesta purkuun aineellisten purkuedellytysten³⁶⁵ estämättä: ”There is today a *European consensus on the individual right of reopening* of criminal proceedings on the basis of a finding of a violation by the Court, *with no discretion* on the part of the competent domestic authorities to reject it on the basis of *material admissibility criteria*.”³⁶⁶ Mielipiteessä vieläpä myönnetään suoraan, että tosiasiaa portugalilaista purkumennettelyä *ei* olisi tullut pitää oikeudenkäynnin jatkeena tai rikossyytteen päättämisenä, mutta katsotaan tarkoituksen pyhittävän keinot.³⁶⁷ Eriävän mielipiteen mukaan 6 artiklan loukkaus olisi pitänyt todeta ennen muuta siksi, että aiempi loukkaustuomio ja siihen sisältynyt reopening-lausuma olivat selvästi osoittaneet, ettei kansallisella tuomioistuimella tosiasiaa ollut harkintavaltaa.³⁶⁸

³⁶⁴ Pinto de Albuquerque ym. eriävä mielipide, k. 6.

³⁶⁵ Eriävässä mielipiteessä (k. 48) on tehty sinänsä ansiokas jaottelu muodollisiin ja aineellisiin purkuedellytyksiin: ”The argument advanced by the majority that ‘in most of those States the reopening of proceedings is not automatic and is subject to admissibility criteria’ simply misses the point. The point is not whether the reopening is automatic or not. In fact, reopening is never automatic, as the comparative-law review conclusively demonstrates. *There are always formal admissibility criteria, like those pertaining to locus standi*. But this is not the point. *The point is whether there are material admissibility criteria or not.*” – Mielestäni eriävä mielipide menee kuitenkin liian pitkälle antaessaan ymmärtää (k. 34), että vain pienessä vähemmistössä EIS:n sopimusvaltioita tunnettaisiin aineellisia purkuedellytyksiä silloin, kun tuomioita puretaan EIT:n toteaman loukkauksen nojalla. Ks. oikeusvertailuna ”Compilation of written contributions on the provisions in the domestic legal order for re-examination or reopening of cases following judgments of the Court” (saatavilla osoitteesta <https://rm.coe.int/1680654d4f>).

³⁶⁶ Eriävän mielipiteen k. 58.

³⁶⁷ Eriävän mielipiteen k. 37 ja 40.

³⁶⁸ Eriävän mielipiteen k. 54.

7.2.3 Arviointia

Verein gegen Tierfabriken Schweiz (no. 2) -asia voidaan nähdä osoituksena siitä, että jatkuvissa loukkauksissa valittajalla on realistinen mahdollisuus saada tutkittavaksi uusi valitus, joka perustetaan sinänsä saman loukkauksen ajallisesti ”uuteen” osuuteen. Tältä osin voi syntyä painetta tuomionpurkuun, jos nimenomaan kansallisen tuomion lainvoima ja kielteinen purkuratkaisu estävät loukkauksen lopettamisen – lainkäyttäjän (purkuinstanssin) tulisi pyrkiä lopettamaan loukkaus. Käytännön kannalta uuden valituksen mahdollisuus on siinä mielessä merkittävä, että lopettamisvelvollisuuden toteutumista koskeva ministerikomitean valvonta on tuskin kaikissa tapauksissa aukotonta – esimerkkinä juuri Verein gegen Tierfabriken Schweiz (no. 2) -asia, jossa täytäntöönpano oli katsottu loppuun suoritetuksi ilman tietoa lopettamisvelvollisuuden todellisesta toteutumisesta. Toisaalta mahdollisuus uuteen valitukseen on tuskin kategorinen: kysymys on aina viime kädessä ”relevantin uuden informaation” käsilläolon *tapauskohtaisesta* arvioinnista.

Kertaluonteisissa loukkauksissa (esimerkiksi 6 artiklan loukkaukset) uutta valitusta ei voitane ”uuden informaation” perusteella tutkia, sillä loukkaus ei ole edellisen EIT:n tuomion jälkeen jatkunut eikä pelkästään loukkauksen *seurausten* jatkumista voida katsoa relevantiksi uudeksi informaatioksi. Tältä osin kysymykseksi jää se, voiko purkuinstanssin oma toiminta muodostaa valitusperusteen.

Juuri mainitun kysymyksen osalta Bochan (no. 2)- ja Moreira Ferreira (no. 2) -tuomiot ovat monessa suhteessa käänteentekeviä. Perinteisenä lähtökohtana on ollut, ettei EIS 6 artikla sovellu ylimääräisessä muutoksenhaussa (saati, että EIS turvaisi oikeutta tuomionpurkuun) ja ettei EIT:n toimivaltaan kuulu arvioida aiemman tuomionsa täytäntöönpanoa esimerkiksi kansallisen tuomionpurun osalta. Viimeistään Moreira Ferreira (no. 2) -ratkaisussa näiden lähtökohtien voidaan sanoa jopa kääntyvän ympäri, enkä tässä suhteessa kiinnittäisi kovinkaan suurta huomiota siihen, että itse loukkausta koskeva pääasiantarkaisu oli Moreira Ferreira -asiassa täpärästi päinvastainen kuin Bochan-asiassa. EIT näyttää olevan valmis tulkitsemaan laajasti niin ”uuden seikan” käsitettä, joka siis avaa EIT:lle toimivallan ministerikomitean toimivallasta huolimatta, kuin myös 6 artiklan soveltamisalaa ylimääräisessä muutoksenhaussa, *jotta se voisi de facto valvoa kansallisten purkuinstanssien toimintaa*. Vaikka tässä valvonnassa muodollisesti olisikin kyseessä ”vain” prosessuaalisten seikkojen – oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin osatekijöiden, erityisesti purkuratkaisun perustelujen laadun – tutkiminen, käytännössä EIT on sekä Bochan- että Moreira Ferreira -asioissa tutkinut substanssikysymystä siitä,

onko kielteinen purkuratkaisu ollut *EIT:n aiempaan loukkaustuomioon nähden asianmukainen* (tai ainakin ”ei-mielivaltainen”).³⁶⁹

Tässä kehityssuunnassa voidaan nähdä sekä etuja että riskejä. Omasta puolestani yhtyisin Moreira Ferreira (no. 2) -ratkaisuun liitettyssä presidentti Raimondin ym. eriävässä mielipiteessä esitettyihin (k. 30) huoliin siitä, että EIT tulee tällä tavoin lisänneeksi jo ennestään lukuisia tehtäviään – eli kärjistetympin sanoen se tulee muodostaneeksi itsestään juuri sellaisen neljännen oikeusasteen tuomioistuimen, jollaiseksi tulemista se on vuosikymmenet yrittänyt välttää. Nyt nimittäin valittajilla ei ole enää ainoastaan kannustinta valittaa EIT:een kansallinen tuomionpurku mielessään vaan vieläpä laatia uusi valitus kielteisen purkuratkaisun jälkeen. Vielä selvemmin tähän kehityssuuntaan viittaa tuomari Pinto de Albuquerque ym. eriävässä mielipiteessä esitetty ”right to reopening”-retoriikka. Vaikka EIT:n kapasiteettia koskevat huolet sivuutettaisiin, Moreira Ferreira (no. 2) -tuomiosta ei käy ilmi, että EIT:ssa olisi kovinkaan syvällisesti pohdittu kaikkia seurannaisvaikutuksia, joita ”right to reopening”-kehityskulusta voisi kansallisella tasolla seurata. Kielteisiä seurauksia voi olla niin yleiselle oikeusvarmuudelle³⁷⁰ kuin esimerkiksi niiden kansallisten prosessien vastapuolille (asianomistajille tai siviilijutun vastapuolille), joissa ketjutettuja ihmisoikeusvalituksia ja purkuhakemuksia laaditaan. Toivottavaa olisi, ettei EIT:n uusi linja kehittyisi ”purkuautomaatin” suuntaan, vaan EIT jättäisi tilaa sille, että kansallinen purkuinstanssi saa asiaa huolellisesti tutkittuaan ja asianmukaisesti perustellen myös päätyä epäämään tuomionpurun, jollei sitten käsillä ole suoranainen purkuvelvollisuus (esimerkiksi jos purku on ainut keino loukkauksen lopettamiseksi).³⁷¹

Huolta herättää myös EIT:n jokseenkin epäkoherentti lähestymistapa tuomionpurkukysymyksen käsittelyssä. Oppiriita siitä, kuinka suuri rooli EIT:lla tulisi tuomioidensa täytäntöönpanossa olla, vaikuttaa etenkin

³⁶⁹ Myöhempanä, pitkälti Moreira Ferreira (no. 2) -tapauksen asetelmaa vastaavana esimerkkinä voidaan mainita tuomio *Kontalexis c. Grèce* (no. 2) 6.9.2018, jossa EIT:n 1. jaosto yksimielisesti yhtäältä otti tutkittavaksi valituksen mutta niin ikään yksimielisesti katsoi, ettei 6 artiklan loukkausta ollut käsillä.

³⁷⁰ Vaikka yksittäistapauksessa EIT:n tuomion maksimaalisen tehokas täytäntöönpano (myös tuomionpurkumielessä) olisi ihmisoikeuksien riemuvoitto, yleisemmällä tasolla on huomattava, että todellisen ja pysyvän lainvoimaisen ratkaisun saavuttaminen voi nyt kestää jopa vuosikymmeniä, kun portti on tullut avatuksi EIT:n valvonnalle suhteessa kielteisiin purkuratkaisuihin.

³⁷¹ Tältä kannalta seuraava lausuma Moreira Ferreira (no. 2) -tuomion kohdassa 93 on tervetullut: ”Moreover, the Court reiterates that it cannot prejudge the outcome of the domestic courts’ assessment of whether it would be appropriate, in view of the specific circumstances of the case, to grant a retrial or the reopening of proceedings.” Lausumaa on tosin luettava siinä kontekstissa, että kyseisessä asiassa purkua koskeva EIT:n täytäntöönpanolausuma oli ollut sanamuodoltaan varsin lievä ja harkintavaltaa jättävä.

Moreira Ferreira -asiassa ajaneen sen edelle, että EIT olisi systemaattisten ja loogisten perustelujen kautta joko pitäytynyt perinteisissä tulkintakysymyksissä (estääkö 46 artikla valituksen tutkimisen; onko käsillä uusi seikka; soveltuuko 6 artikla ylimääräisessä muutoksenhaussa) tai avoimesti perustellen ja vaikutuksia punniten irtautunut niistä. Tämä on näkyvis- sä erityisesti 6 artiklan soveltamisalan osalta: Raimondin ym. eriävän mielipiteen mukaan enemmistö tuli jopa vääristelleeksi EIT:n aiempaa oikeuskäytäntöä ja poikenneeksi vakiintuneista yleisperiaatteista ilman kunnollisia perusteita; Pinto de Albuquerque ym. eriävässä mielipiteessä tämä epäloogisuus myönnetään, mutta sitä pidetään tervetulleena loppu- tuloksen vuoksi oikeutettuna. Mielestäni niin enemmistön perusteluissa kuin vähemmistön eriävissä mielipiteissä tunnutaan myös tarpeettoman pitkälti samastavan toisiinsa a) kysymys siitä, onko EIT:lla toimivalta antaa (sitovia) lausumia tai määräyksiä tietystä täytäntöönpanokeinosta X tai Y, ja b) kysymys siitä, onko EIT:lla toimivalta myöhemmän asian yhteydessä valvoa, onko kyseiseen täytäntöönpanokeinon X tai Y ryhdytty. Mielestäni voidaan aivan hyvin myöntää, että EIT:lla on toimivalta tarvittaessa antaa tuomionpurkua koskevia lausumia tai jopa määräyksiä³⁷² ilman, että tästä on automaattisesti seurattava, että EIT tulee toimivaltaiseksi tutkimaan myöhempiä ”jatkovalituksia”, jotka tosiasiallisesti kohdistuvat sanotun tuomionpurun epäämiseen kansallisella tasolla.³⁷³

Bochan- ja Moreira Ferreira -asioiden lähestymistavassa voidaan nähdä myös etuja. Valittajien näkökulmasta se voidaan katsoa edistysaskeleeksi *restitutio in integrum* -periaatteen ja siten ihmisoikeuksien tehokkaan suojelun kannalta. Seurauksena on nimittäin sen korostuminen, että kansallisten purkuinstanssien on aiempaa huolellisemmin perustelta- va purkuratkaisujaan. Niiden on vilpittömässä mielessä tarkasteltava EIT:n tekemiä päätelmiä, peilattava niitä yhtäältä kansallisia purkunor- meja ja toisaalta EIS 46 artiklan velvollisuuksia vasten (onko valittajan tilanne jo kokonaisuudessaan korjattu jne.) sekä pidättäytyttävä purku- normien ahtaasta tai vääristelevästä tulkinnasta. Tällaisia vaikutuksia saattaa syntyä Suomessakin, vaikka yleisesti ottaen ainakin julkaistut purkuratkaisumme ovat varsin laadukkaasti perusteltuja. Näyttää nimittäin siltä, että Moreira Ferreira -asian oikeusohje 6 artiklan soveltamisalasta

³⁷² Raimondin ym. eriävässä mielipiteessä annetaan helppoja aseita niin tuomarikollegojen kuin tutkijoiden (ks. Paraskeva 2018, s. 54) käsiin väittämällä, ettei EIT:lla ole toimivaltaa antaa tällaisia määräyksiä.

³⁷³ Argumenttiani voidaan auttavasti verrata siihen, että aivan kiistattomasti a) EIT:lla on toimivalta määrätä EIS 41 artiklassa tarkoitettu kohtuullinen hyvitys mutta b) EIT:lla ei tästä huolimatta ole toimivaltaa tutkia valitusta, jonka kohteena on sanotun hyvityksen maksun laiminlyönti (poikkeuksena luonnollisesti rikkomusmenettely).

soveltuu myös suomalaiseen ylimääräiseen muutoksenhakuun ainakin Moreira Ferreira -asiaan rinnastuvissa olosuhteissa, siis valittajan hakiessa rikostuomion purkamista tai poistamista EIT:n toteaman sopimusloukkauksen jälkeen.³⁷⁴

8 RINNAKKAISTAPAUKSET SEKÄ YHDEN- VERTAISUUTTA JA OIKEUSKÄYTÄNNÖN DYNAAMISUUTTA KOSKEVAT ARGUMENTIT TUOMIONPURUSSA

8.1 Mahdollisesta purkuvelvollisuudesta rinnakkaistapauksissa

Kaikki edellä oleva tarkastelu painottuu vahvasti *sopimusloukkauksen toteamisen* seurauksiin yksittäisissä EIT:n käsittelemissä asioissa. Tässä jaksossa tutkitaan, voiko EIS:sta johtua velvollisuus purkaa myös sellaisia henkilöitä koskevia tuomioita, jotka eivät ole valittaneet EIT:een, vaikka ovat kärsineet samanlaisesta ihmisoikeusloukkauksesta (rinnakkaistapaukset).

Euroopan ihmisoikeussopimuksesta ei näyttäisi johtuvan normatiivista velvollisuutta³⁷⁵ korjata ainakaan sellaisia *kertaluonteisia*, jo päättäneitä ihmisoikeusloukkauksia, joissa kansallinen tuomio on tullut lainvoimaiseksi³⁷⁶ ja joista ei määräjasssa valitettu EIT:een – tällaista ei voida johtaa

³⁷⁴ Mielestäni ratkaisevaa 6 artiklan soveltumista koskevalle EIT:n päätelmälle ei näytä olleen niinkään se, että Portugalissa on säädetty ihmisoikeusloukkauksiin liittyvä *lex specialis*-purkunormi, vaan se, että purkumenettelyn yhteydessä arvioitiin jossain määrin – hieman tavallisen muutoksenhaun tapaan – myös valittajan syyllisyyteen liittyvää ”substanssia” (tuomion k. 69–70). Kuten Raimondin ym. erivässä mielipiteessä (k. 25) osuvasti todetaan, tämä enemmistön perustelu ontuu ja itse asiassa sopimusvaltiosta riippumatta ylimääräisessä muutoksenhaussa joudutaan jossain määrin arvioimaan myös ”substanssia”. Näin on myös Suomessa aineellisten purku- ja kanteluudellytysten osalta. Kun arvioidaan esimerkiksi väärän lainsoveltamisen ilmeisyyttä, oikeudenkäyntivirheen vaikutusta jutun lopputulokseen tai uutta seikkaa, tätä arviointia ei voida tehdä ikään kuin ”tyhjiössä”, ilman minkäänlaista perehtymistä jutun tosiseikkoihin tai ilman minkäänlaista arviointia esitettyjen purku- tai kanteluperusteiden merkityksestä jutun (oikean) lopputuloksen kannalta.

³⁷⁵ Totta kai purkaminen voi silti olla *suositeltavaa* ja EIS:n hengen mukaista, jos sopimusvaltion lainsäädäntö sen mahdollistaa. Ks. esim. KKO 2009:80.

³⁷⁶ Eri asia on, jos juttu on vielä vireillä tuomioistuimissa eli vailla lainvoimaa: tällöin esimerkiksi muutoksenhakutuomioistuimilla on velvollisuus ottaa tuoreistakin EIT:n tuomioista ilmenevät oikeusohjeet huomioon. Tilanne voidaan vielä helposti oikaista, kun tuomion lainvoimaisuudesta johtuvaa estettä ei ole. Pidän tätä – ainakin Suomessa – siinä määrin yleisesti hyväksyttynä asiana, etten näe tarvetta lähemmin tutkia EIT:n tulkintakannanottojen vaikutuksia EIT:n käsittelemien tapausten ulkopuolella.

edes 1 artiklan yleisestä turvaamisvelvollisuudesta.³⁷⁷ Keskustella voidaan sen sijaan siitä, kykeneekö 1 artiklan turvaamisvelvoite aikaansaamaan purkuvelvollisuuden *edelleen jatkuvan loukkauksen* kohteena olevissa (lainvoimaisesti käsitellyissä) rinnakkaistapauksissa.³⁷⁸ Yhtäältä 1 artikla velvoittaa kunkin valtio-organin tekemään toimivaltansa puitteissa voitavansa, jotta sen lainkäyttöpiirissä ei tapahdu ihmisoikeusloukkauksia ja jo meneillään olevat ihmisoikeusloukkaukset lopetetaan EIT:n käsittelystä riippumatta. Joskus nimenomaan tuomionpurku voi olla tarpeellinen keino loukkauksen lopettamiseksi. Toisaalta 1 artikla on varsin yleisluonteinen määräys, joka jättää runsaasti liikkumavaraa kansalliselle tasolle. Artiklasta ei esimerkiksi ole johdettavissa velvollisuutta edes siihen, että kansallisessa lainkäytössä olisi annettava EIS:n määräyksille välitön oikeusvaikutus.³⁷⁹ Lisäksi, kun edelleen jatkuvan loukkauksen kohteena olevilla rinnakkais- tapausten henkilöillä on yhä mahdollisuus valittaa EIT:een ja tätä kautta aikaansaada valtiolle 46 artiklan mukaiset täytäntöönpanovelvollisuudet, ei liene pitäviä perusteita väittää, että olemassa olisi puhtaasti 1 artiklaan perustuva purkuvelvollisuus.

Keskustella voidaan myös siitä, voisiko 46 artiklaan sisältyvästä *general measures* -velvollisuudesta johtua rinnakkaistapauksiin ulottuva purkuvelvollisuus, jos rinnakkaistapauksissa loukkaus jatkuu edelleen. Henkilön X tapauksessa todettu loukkaus nimittäin velvoittaa valtion varmistamaan, ettei sen lainkäyttöpiirissä tapahdu vastaavia loukkauksia *tulevaisuudessa*. Jos henkilöitä Y ja Z koskeva loukkaus jatkuu edelleen, olisi periaatteessa ajateltavissa, että sanottu tulevien loukkausten ehkäisemisvelvollisuus ei tule täytetyksi, jos jo käynnissä olevia jatkuvia loukkauksia ei lopeteta.³⁸⁰ Tällaista tulkintaa tukisi sinänsä EIS:n järjestelmän – mukaan lukien suositukset Rec(2000)2 ja Rec(2004)6³⁸¹ – vahva pyrkimys ehkäistä samaa ihmisoikeusongelmaa koskevien valitustulvien päätymistä EIT:n käsiteltäväksi. Toisaalta tulkintaa vastaan puhuu ensinnäkin 46(1) artiklan rajautuminen ”jut[tuihin], joiden osapuolena [valtiot] ovat” – siis EIT:n käsittelemiin yksittäistapauksiin. Lainsäädäntömuutokset toki tapahtuvat

³⁷⁷ Ks. myös Ruedin 2009, s. 145, jossa todetaan, että korjaamisvelvollisuus – toisin kuin edelleen jatkuvien loukkausten lopettamisvelvollisuus – ei ylipäänsä saa lisäpönttä 1 artiklasta.

³⁷⁸ Ks. myös van Kempen 2005, s. 111 ja 113–114.

³⁷⁹ Schabas 2015, s. 90.

³⁸⁰ Ks. myös täytäntöönpanosääntöjen k. 6(b)(ii): ”... *general measures* have been adopted, preventing new violations similar to that or those found or putting an end to continuing violations.”

³⁸¹ Recommendation Rec(2004)6 of the Committee of Ministers to member states on the improvement of domestic remedies, 12.5.2004.

kaikkien valtion oikeudenkäyttöpiiriin kuuluvien henkilöiden hyväksi, mutta on hyvin kyseenalaista, voidaanko general measures -velvollisuudesta johtaa rinnakkaistapauksiin ulottuvuutta velvollisuutta ryhtyä individual measures -toimenpiteisiin (kuten tuomionpurkuun). Ruedinin väitöskirjassa tähän kysymykseen vastataan kieltävästi.³⁸² Toiseksi, general measures -velvollisuuden *ex nunc* -luonne³⁸³ (loukkausten estäminen tulevaisuudessa) ei tunnu tukevan sellaista ajatusta, että sanottu velvollisuus edellyttäisi jo lainvoimaisiksi tulleiden tuomioiden purkamista.

Kun myöskään tehokkaita oikeussuojakeinoja koskeva 13 artikla ei velvoita tarjoamaan ylimääräisiä muutoksenhakukeinoja, jää kaiken kaikkiaan heikohkot perusteet väittää, että EIS:sta johtuisi normatiivinen purkuvelvollisuus rinnakkaistapauksiin. Jos tällainen velvollisuus olisi olemassa, se voisi nähdäkseni perustua lähinnä 1 artiklaan ja rajautuisi vain edelleen jatkuviin loukkauksiin.

8.2 Yhdenvertaisuus- ja taannehtivuusargumentit

Edeltä ilmenevin tavoin EIT:n käsittelemän tapauksen ja rinnakkaistapauksen välillä on ilmeinen epäsymmetria, mitä tulee EIS:sta johtuvaan (mahdolliseen) purkuvelvollisuuteen. Eräänä argumenttina purkamista vastaan esitetäänkin toisinaan se, että EIT:een valittanutta henkilöä ja rinnakkaistapausta kohdeltaisiin epäyhdenvertaisesti, jos vain ensin mainittu saa edukseen tuomionpurun.³⁸⁴ Yhtenä taustalla olevana ajatuskulkuna saattaa olla, että kun laajamittaisissa ihmisoikeusongelmissa mahdollinen

³⁸² Ks. Ruedin 2009, s. 205.

³⁸³ Näin Ruedin 2009, s. 217. Ks. myös Lambert 1999, s. 84; Polakiewicz 2001, s. 62; Marckx v. Belgium [Plenary] 13.6.1979, k. 58; Vermeire v. Belgium 29.11.1991, k. 22. Frowein on todennut, että on usein vaikeaa tehdä eroa sen välillä, milloin taannehtivat vaikutukset omaavia lainsäädäntöratkaisuja tulisi tehdä ja milloin on riittävää rajata vaikutukset EIT:n tuomion antamisen ajankohdasta alkaviksi (Frowein 2007, s. 268). – Taannehtivuusnäkökulma voi nousta esiin pilottituomioissa ja niiden kaltaisissa tuomioissa, ks. esim. Broniowski v. Poland [GC] 22.6.2004, k. 193: ”... general measures at national level are undoubtedly called for in execution of the present judgment, measures which must take into account the many people affected. ... Once such a defect has been identified, it falls to the national authorities, under the supervision of the Committee of Ministers, to take, *retroactively if appropriate* (...), the necessary remedial measures in accordance with the subsidiary character of the Convention, so that the Court does not have to repeat its finding in a lengthy series of comparable cases.”

³⁸⁴ Esim. KHO 2016:33: ”Yhdenvertaisen ja tasapuolisen kohtelun kannalta ei ole perusteltua katsoa, että purkuhakemuksen menestyminen ratkeaa yksinomaan sillä perusteella, onko rinnakkaisten veronkorotusmenettelyn ja rikosprosessin kohteeksi joutunut henkilö tehnyt asiassaan ihmisoikeusvalituksen.” Ks. myös KKO 2014:94, k. 19. Argumentin tuo esiin siihen kantaa ottamatta myös Lambert-Abdelgawad 2001, s. 718.

purkaminen olisi yhdenvertaisuuden vuoksi tarjottava myös kaikille rinnakkaistapausten asianosaisille, on purkuhakemusten tulvan hyväksymisen sijasta hallitumpaa olla purkamatta keneltäkään mitään ja jättää tilanteen korjaaminen lainsäätäjälle.³⁸⁵

On sinänsä kiistatonta, että tuomionpurulla on heikkoutensa laajojen systeemitason ongelmien ratkaisukeinona.³⁸⁶ Myös suosituksen Rec(2000)2 selitysmuistiossa (k. 14) on todettu, että suurta henkilömäärää koskevissa järjestelmäongelmissa sopimusvaltioiden harkittavaksi jää, onko tuomionpurku realistinen vaihtoehto vai käytetäänkö muita toimenpiteitä. Yhdenvertaisuusargumentin osalta on kuitenkin mielestäni myös perusteltavissa, etteivät ihmisoikeusvalituksen tehnyt henkilö ja rinnakkaistapausten asianosainen ole sillä tavoin vertailukelpoisessa (relevantly similar) asemassa, että yhdenvertaisuuden loukkausta syntyisi, vaikka valituksen tehnyt henkilö saisi edukseen sellaisen korjauskeinon, jota rinnakkaistapauksessa ei myönnetä. Tai jos olisivatkin, erilaiselle kohtelulle olisi nähtävissä hyväksyttävä peruste (reasonably justified).³⁸⁷ Oikeusjärjestelmä nimittäin palkitsee aktiivisuudesta eri tavoin. Kanteen nostanut ja juttunsa voittanut henkilö voi päästä parempaan asemaan kuin oikeussuojakeinoihin turvautumatta jättänyt naapuri. Samoin muutosta käräjäoikeuden tuomioon hakenut syytetty voi päästä jopa radikaalisti parempaan asemaan kuin ratkaisuun tyytynyt kanssavastaja (tai kokonaan erillisen – mutta oikeudellisesti samanlaisen – prosessin asianosainen), olipa kyse lain soveltamisesta tai näytön arvioinnista. Muutoksenhausta johtuvaa aseman parantumista tai heikentymistä ei liene meillä pidetty yhdenvertaisuusongelmana eikä myöskään purkuperusteena.³⁸⁸ Siten ei liene pakottavaa syytä pyrkiä EIT:n toteaman loukkauksen jälkeen yhdenvertaisuuteen niin tiukasti, että purkutie olisi jopa ihmisoikeusvalituksensa menestyksekkäästi ajaneelta henkilöltä ”varmuuden vuoksi” tukittava.³⁸⁹

³⁸⁵ Tältä osin on kiinnostavaa katsoa *ne bis in idem* -purkuratkaisuja ja verrata enemmistön ja vähemmistön perusteluja toisiinsa niin KKO:ssa kuin KHO:ssa (KKO 2014:93; KHO 2016:33).

³⁸⁶ Ks. esim. Sundberg 2004, s. 1526; KKO 2014:35, k. 11: ”Yksittäisillä lainkäyttöratkaisuilta ei voida ratkaista ihmisoikeustuomioistuimen toteamia, kansallisesta lainsäädännöstä johtuvia järjestelmäongelmia myös yhdenvertaisuusnäkökohdat huomioon ottavalla tavalla yhtä kattavasti kuin lainsäädäntöä uudistamalla.”; KKO 2014:93, k. 31.

³⁸⁷ Käsitteet liittyvät yhdenvertaisuutta koskevan EIS 14 artiklan tulkintaan (ks. esim. *Fábián v. Hungary* [GC] 5.9.2017, k. 113).

³⁸⁸ Ks. esim. KKO 1998:30.

³⁸⁹ Vrt. toisin KKO 2014:94, k. 19: ”Lopputulosten erilaisuus johtaisi tällaisissa tapauksissa yhdenvertaisuuden kannalta vaikeasti hyväksyttäviin seurauksiin etenkin, kun otetaan huomioon, ettei ihmisoikeusvalitusta voida eikä pidä rinnastaa kansallisen tason säännölliisiin muutoksenhakukeinoihin. Ihmisoikeustuomioistuinta ei ole tarkoitettu ’neljänneksi oikeusasteeksi’ eikä se sovellu sellaiseksi.”

Järjestelmätason ihmisoikeusongelmiin liittyy myös argumentti siitä, että kun uuden *lain* säätäminenkään ei johda vanhan lain aikana tehtyjen ratkaisujen purkamiseen, miksi muuttuvalle (EIT:n) *oikeuskäytännölle* tulisi antaa *taannehtiva* purkuvaikutus (eli purkaa tuomioita, jotka ovat tulleet lainvoimaisiksi ennen EIT:n uuden oikeusohjeen kiteytymistä).³⁹⁰ Onkin kiistatonta, että EIS:n tulkinta kehittyy dynaamis-evolutiivisesti eikä EIT:n oikeuskäytännöstä voida aina päätellä, minä hetkenä ja kuinka laajana mikäkin muutos on tarkkaan ottaen tapahtunut.³⁹¹ Näin lienee asian laita missä tahansa oikeusjärjestelmässä, jossa prejudikaateilla on oikeustilan kehittämisessä merkittävä rooli. Tässäkin syntyy jännite EIT:een valittanutta henkilöä (jota 46 artikla suojaa) ja rinnakkaistapausten henkilöä koskevien tapausten välille. Hahmottelen asiaa esimerkillä.

Jos EIT:n 1.3.2019 antamasta loukkaustuomiosta käy selvästi ilmi, että kansallisen tuomioistuimen 1.2.2016 antamassa lainvoimaisessa tuomiossa on sovellettu ihmisoikeussopimusta väärin, ei kansallisen purkuinstanssin tulisi spekuloida sillä, onko laintulkinta jo 1.2.2016 olemassa olleen EIT:n käytännön valossa varmasti ollut virheellinen vai ei. EIT:lla on nimittäin EIS 32 artiklan mukaisesti toimivalta ratkaista EIS:n tulkintaa koskeva kysymys sen käsiteltäväksi saatetussa asiassa – tämä tulkinta on aina taannehtivaa suhteessa tapauksen tosiseikkoihin (mukaan lukien EIT-käsittelyn pohjalla olevat kansalliset lainkäyttöratkaisut). Kyse on siten yksittäistapauksessa annetun EIT:n loukkaustuomion 46 artiklan mukaisesta täytäntöönpanosta, joka voi edellyttää tai olla edellyttämättä purkua.³⁹² Tästä erillinen – ja kuten edellä kävi ilmi, käytännössä kansalliseen harkintavaltaan jäävä – kysymyksensä on se, miten aikavälillä 1.2.2016–1.3.2019 annettujen muiden vastaavien kansallisten tuomioiden (rinnakkaistapausten) suhteen menetellään. Tältä osin harkinta palautuu pitkälti siihen, millainen painoarvo yhdenvertaisuudelle, oikeusjärjestyksen ja lainkäytön koherenssille, purkuinstanssien toimintakyvyn turvaa-

³⁹⁰ Esim. KKO 2014:93, k. 19.

³⁹¹ Toki kansallisen tuomioistuimen tulisi pyrkiä paikkaamaan EIT:n oikeuskäytännön epäselvyyksiä *mieluummin tulkitseamalla* EIS:ta saman tyyppisten tulkintametodien avulla kuin EIT itse *kuin päättelällä*, että kun tietty avoin tulkintakysymys ei ole vielä ollut nimenomaisesti EIT:n ratkaistavana, kysymys voidaan automaattisesti ratkaista ihmisoikeussuojan näkökulmasta kielteisellä tavalla. Nähtäväksi jää, tuleeko uusista *neuvoa-antavista lausunnoista* olemaan käytännössä apua aukollisten tulkintakysymysten selvittelyssä. Elokuussa 2018 voimaan tulleen 16. lisäpöytäkirjan mukaan sopimusvaltion ylimmät tuomioistuimet voivat pyytää EIT:ta antamaan neuvoa-antavia lausuntoja EIS:ssa tai sen pöytäkirjoissa määriteltyjen oikeuksien ja vapauksien tulkintaan tai soveltamiseen liittyvistä periaatekysymyksistä. EIT:n suuren jaoston lautakunta päättää, hyväksytäänkö vai hylätäänkö lausunnon antamista koskeva pyyntö. Neuvoa-antavat lausunnot eivät ole sitovia.

³⁹² Ks. Suomen purkunormiston kannalta myös jaksoa 6.3.2.

miselle ja muille oikeuspoliittisesti tärkeinä pidetyille arvoille annetaan. En missään nimessä vähättele sanottujen arvojen tärkeyttä. Tarkoitukseni oli vain hahmotella se skaala, jolla purkuinstanssit joutuvat operoimaan (puretaan tuomioita myös rinnakkaistapauksissa – puretaan vain EIT:een valittaneilta – ei pureta keneltäkään) ja osoittaa mahdollisuus jännitteen syntymisestä suhteessa EIS 46 artiklaan, jos skaalalta käytetään tietyssä valtiossa ainoastaan viimeistä vaihtoehtoa.

9 YHTEENVETO

Kun EIT on todennut EIS:n loukkauksen, sopimuksen 46 artikla velvoittaa sopimusvaltion – kaikki sen valtio-organit omien toimivaltuuksiensa puitteissa – lopettamaan loukkauksen aiheuttaneen toiminnan, jos se jatkuu edelleen (lopettamisvelvollisuus), korjaamaan loukkauksesta aiheutuneet seuraukset (korjaamisvelvollisuus eli *restitutio in integrum*) sekä estämään samanlaisten loukkausten tapahtumisen vastaisuudessa. Näiden ylätason velvollisuuksien suhteen valtiolla ei ole harkintavaltaa, kun taas niiden konkreettisten toteuttamiskeinojen suhteen sitä on tapauksesta riippuen enemmän tai vähemmän. Tuomionpurkua voidaan tarvita jommankumman ensin mainitun velvollisuuden täyttämiseksi. Lopettamisvelvollisuuden osalta näin voi kuitenkin olla vain sellaisten loukkausten osalta, joiden katsotaan jatkuvan vielä lainvoimaisen tuomion jälkeenkin (erityisesti useat 7–11 artiklan loukkaukset). Korjaamisvelvollisuus taas voi edellyttää purkua tyypiltään hyvin monenlaisten ihmisoikeusloukkausten jälkeen. Oikeudenmukaista oikeudenkäyntiä koskevat loukkaukset ovat keskeisin esimerkki tästä, vaikka kaikkiin tapauksiin ulottuvaa purkuvelvollisuutta ei missään nimessä ole tältäkin osin.

Siinä missä lopettamisvelvollisuus ei riipu kansallisen oikeuden tarjoamista mahdollisuuksista, korjaamisvelvollisuus edellyttää valittajan saattamista (vain) ”niin pitkälle kuin mahdollista” tilanteeseen, jossa hän olisi ilman loukkauksen tapahtumista. Silloin kun kansallinen purkunormisto edellyttää purkamista tai tulkintateitse mahdollistaa sen, purun ei voida katsoa olevan korjaamisvelvollisuusnormin tarkoittamalla tavalla mahdotonta. Tällöin myös korjaamisvelvollisuus voi aikaansaada tuomionpurkuvelvollisuuden, jos juuri purku on keino, jolla valittaja voidaan parhaiten saattaa tilanteeseen, jossa hän olisi ilman loukkauksen tapahtumista. Mitä suurempia vaikeuksia korjaamisvelvollisuuden toteuttaminen aidon restitutiion keinoin (esim. tuomionpurku) kohtaa, sitä enemmän painopiste siirtyy korjaamisvelvollisuuden sisällä rahahyvityksen hyväksyttävyyden

suuntaan. Rahahyvitystä koskeva 41 artikla ilmentää tätä rahahyvityksen toissijaisuutta ja heijastelee tässä yleisen kansainvälisen oikeuden periaatteita. Alun perin EIT – 41 artiklan ideologiaa paremmin vastaten – lykäksi yleensä rahahyvitystä koskevan ratkaisun antamista tarjoten valtiolle mahdollisuuden toteuttaa korjaamisvelvollisuuden edellyttämät toimet (joihin tuomionpurku saattaa kuulua) omaehtoisesti. Nykyisin rahahyvitys määrätään yleensä heti loukkauksen toteamisen yhteydessä ilman, että EIT tutkisi, ovatko tarvittavat korjauskeinot kansallisella tasolla mahdollisia vai eivät. Tällainen tuomio ei sammuta sopimusvaltion velvollisuutta arvioida – ministerikomitean valvonnassa – tarvitaanko korjaamisvelvollisuuden täyttämiseksi kokonaan (”in integrum”) vielä muitakin keinoja kuin EIT:n (usein melko summaarisesti) määrittämä rahahyvitys. Lopettamisvelvollisuudella ei ole samanlaisia riippuvuussuhteita rahahyvitykseen, joka on siis yksi korjaamisvelvollisuuden toteuttamiskeinoista.

Sillä, lausuuko EIT tuomionsa perusteluissa tuomionpurusta, ei ole ratkaisevaa merkitystä tuomionpurun tarpeellisuuden arvioinnissa. Valtiolla on velvollisuus panna EIT:n tuomiot täytäntöön EN:n ministerikomitean valvonnassa riippumatta EIT:n mahdollisista lausumista tai niiden puutteesta. EIT:n purkulausumia koskeva käytäntö on varsin tuoretta ja epäyhtenäistä, ja se rajoittuu toistaiseksi lähes yksinomaan 6 artiklan loukkauksiin. Tuomiolauselmaan sisältyviä purkumääräyksiä ei juurikaan ole, mistä ei pidä tehdä tuomionpurun tarpeeseen liittyviä vastakohtaispäätelmiä.

Ministerikomitean valvontakäytäntöä on vaikea systematisoida oikeudellisesti, mutta komitea vaikuttaa vaativan purkua ”loppuun asti” lähinnä suosituksen Rec(2000)2 tiukahkot edellytykset täyttävissä tilanteissa. Jos kansallinen lainsäädäntö ei tällaisessa tilanteessa mahdollista purkua, ministerikomitea voi edellyttää valtion ryhtyvän lainsäädäntömuutoksiin ja pitää valvonta-asiaa vireillä aina purun toteutumiseen asti.

Jos kansallinen purkunormisto konkreettisesti tapauksessa estää 46 artiklan edellyttämän tuomionpurun eikä estettä voida poistaa tulkintateitse, ylikansallisen ja kansallisen normin välille voi syntyä purkuinstanssin kannalta hankala suora normikollisio. Vaikka *pacta sunt servanda* -maksimin mukaisesti sopimusvaltio ei voi vedota kansalliseen lainsäädäntöönsä kansainvälisoikeudellisen loukkauksen oikeuttamiseksi, tämä ei tarkoita, että EIS kykenisi kuitenkaan määräämään itselleen etusijaa kuvatun kaltaisessa konkreettisesti ratkaisutilanteessa. EIS noudattaa tässä yleisen kansainvälisen oikeuden linjaa ja poikkeaa EU:n oikeudesta. Ratkaisukeinot vaihtelevat sopimusvaltioittain. Artikkelissa on hahmoteltu mahdollisia ratkaisuperusteita Suomen osalta. Suomessa kuitenkin sekä muodolliset että aineelliset purku- ja poistamisedellytykset pääosin mahdollistavat tuomion purkamisen tai poistamisen tarvittavissa tilanteissa, kunhan edellytyksiä ei

tulkita ahtaasti tilanteissa, joissa EIS 46 artikla edellyttäisi pikemminkin väljää tulkintaa. Riita-asioissa tuomionpurun määräaikasäännös voi kuitenkin edellyttää suoranaista *contra legem* -soveltamista. Ainakin yhdessä kotimaisessa oikeustapauksessa näin on tehtykin.

Jos todetun sopimusloukkauksen uhri katsoo valtion panneen EIT:n tuomion täytäntöön riittämättömästi, hän voi toimittaa käsityksensä ministerikomitean tietoon, jos valvonta-asia on vielä vireillä. Asianosaisasemaa loukkauksen uhrilla ei kuitenkaan ministerikomiteassa ole. Jos kysymys on ns. jatkuvasta loukkauksesta, valittajalla on varsin hyvät mahdollisuudet saada EIT:n tutkittavaksi uusi, loukkauksen pitkittänyttä osaa koskeva valitus (esim. Verein gegen Tierfabriken Schweiz (no. 2)). Jos kyse ei ole (enää lainvoimaisen tuomion jälkeen) jatkuvasta loukkauksesta – tyyppiesimerkkinä 6 artiklan loukkaus – mahdollisuudet ovat heikommät. Aivan viime vuosina EIT näyttää kuitenkin tiukentaneen otettaan purkuinstanssien oman toiminnan valvomisessa. Tämä on tapahtunut laajentamalla 6 artiklan soveltamisalaa ylimääräisessä muutoksenhaussa (Bochan (no. 2) ja Moreira Ferreira (no. 2), joissa arvioitiin, oliko purkuinstanssi perusteluisaan 6 artiklan vastaisesti ”vääristellyt” EIT:n aiemman loukkaustuomion päätelmiä). Kehityssuunta on siinä mielessä kyseenalainen, ettei EIT ole toimivaltainen tutkimaan omien tuomioidensa täytäntöönpanon riittävyttä muutoin kuin 46(4) artiklan mukaisessa rikkomusmenettelyssä.

Euroopan ihmisoikeussopimuksesta ei vaikuta johtuvan oikeudellista velvollisuutta purkaa lainvoimaisia tuomioita tapauksissa, joita ei ole viety EIT:een (ns. rinnakkaistapaukset). Tästä seuraavat – muun muassa yhdenvertaisuutta ja lainkäytön koherenssia koskevat – mahdolliset pulmat jäävät kansalliseen harkintavaltaan, kunhan pulmia ei ratkaista tavalla, joka johtaa 46 artiklan velvollisuuksien rikkomiseen EIT:n käsittelyssä olleissa tapauksissa. Yhdenvertaisuusargumenttia ei tulisi ylikorostaa ainakaan EIT:ssa menestyneiden valittajien vahingoksi.

Merkittävin tuomionpurun ongelma EIT:n tuomion täytäntöönpanokeinona on mahdollisen kansallisen vastapuolen asema. Tämä ei ole yllättävää, sillä tuomioiden lopullisuuden funktiona on ennen kaikkea suojata oikeusrauhaa oikeusjutun osapuolten välillä. Ihmisoikeusloukkaus on aina valtion syyksi luettava virhe, jonka seurausten sälyttämistä yksityisen vastapuolen kannettaviksi tulisi välttää. Vaikka purkua seuraa yleensä uusi oikeudenkäynti, mahdollisuudet aineellisesti oikean ratkaisun saavuttamiseen voivat olla huonot muun muassa näytön heikennyttyä vuosia kestäneen EIT:n käsittelyn aikana. Julkisyhteisön vahingonkorvausvelvollisuutta koskevien järjestelmien kehittäminen voisi olla yksi keino vähentää tuomionpurun tarvetta ja siten riskiä kohtuuttomien seurausten aiheutumisesta kansalliselle vastapuolelle. Toisaalta ihmisoikeusloukkauksen uhrin kannalta

rahallinen kompensatio ei useinkaan kykene tyydyttävästi korjaamaan loukkauksen seurauksia, esimerkkinä väärästä rikostuomiosta aiheutuvat muut kuin rahalliset seuraukset.

LÄHTEET

Kirjallisuus

- Aaltonen, Anna-Kaisa, Lapsioikeus ja lapsen oikeus tuomioistuimissa. Edita 2009.
- Alexy, Robert, *A Theory of Constitutional Rights*. Oxford University Press 2002.
- Birsan, Corneliu, Les aspect nouveaux de l'application des articles 41 et 46 de la Convention dans la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, s. 19–44 teoksessa Hanno Hartig (éd.), *Trente ans de droit européen des droits de l'homme*. Bruylant 2007.
- Buyse, Antoine, Lost and Regained? Restitution as a Remedy for Human Rights Violations in the Context of International Law. *Heidelberg Journal of International Law* 2008 (saatavilla Internet-julkaisuna osoitteesta <https://dspace.library.uu.nl/handle/1874/32809>, 2.6.2019).
- Cassese, Antonio, *International Law*. Second edition. Oxford University Press 2005.
- Cremer, Hans-Joachim, Prescriptive Orders in the Operative Provisions of Judgments by the European Court of Human Rights: Beyond *res judicanda?*, s. 39–58 teoksessa Anja Seibert-Fohr – Mark Villiger (eds), *Judgments of the European Court of Human Rights – Effects and Implementation*. Nomos 2014.
- Donald, Alice, Judges at odds over Court's authority to order remedies. Blogikirjoitus 28.7.2017 (saatavilla osoitteesta <https://strasbourgobservers.com/2017/07/28/judges-at-odds-over-courts-authority-to-order-remedies/>, 2.6.2019).
- Dreyer, Emmanuel, A quoi sert le réexamen des décisions pénales après condamnation à Strasbourg? *Recueil Dalloz* 2008, s. 1705–1708.
- Drzewicki, Krzysztof, The Status of International Human Rights Instruments in Domestic Law, s. 1–14 teoksessa Allan Rosas (ed.), *International Human Rights Norms in Domestic Law*. Lakimiesliiton Kustannus 1990.
- Frowein, Jochen, The Binding Force of ECHR Judgments and its Limits, s. 261–269 teoksessa Stephan Breitenmoser et al. (eds), *Human Rights, Democracy and the Rule of Law*. Liber Amicorum Luzius Wildhaber. Dike – Nomos 2007.
- Gray, Christine, *Judicial Remedies in International Law*. Clarendon 1987.
- Hakalehto-Wainio, Suvianna, Valta ja vahinko – Julkisen vallan käyttäjän vahingonkorvausvastuu vahingonkorvauslaissa. Talentum 2008.
- Hakalehto-Wainio, Suvianna, Strasbourgista Suomeen – Ihmisoikeusloukkauksen korvaaminen Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen käytännössä ja kansallisella tasolla. *Defensor Legis* 2010, s. 747–763.
- Hakulinen, Yrjö, *Perusteettoman edun palautus*. Väitös, Helsingin yliopisto 1931.
- Harris, David – O'Boyle, Michael – Bates, Ed – Buckley, Carla, *Law of the European Convention on Human Rights*. Fourth Edition. Oxford University Press 2018. (Harris et al. 2018)
- Havansi, Erkki, *Määräajat ja oikeudenkäynti – tutkimus prosessiliitännäisistä määräajoista*. WSOY lakitieto 2004.
- Heikkilä, Satu, *From final judgment to final resolution: effectiveness of the execution of judgments of the European Court of Human Rights in Finland*. Wolf Legal Publishers 2016.

- Hiivanainen, Tiitus, Tuomion purkaminen rikosasiassa syytetyn eduksi. *Oikeustiede–Jurisprudentia* 2018, s. 83–175.
- Hirvelä, Päivi – Heikkilä, Satu, Ihmisoikeudet: käsikirja EIT:n oikeuskäytäntöön. 2., uudistettu painos. Alma Talent 2017.
- Hunt, Murray, State Obligations following from a Judgment of the European Court of Human Rights, s. 25–47 teoksessa Theodora Christou – Juan Pablo Raymond (eds), *European Court of Human Rights – Remedies and Execution of Judgments*. British Institute of International and Comparative Law 2005.
- Jokela, Antti, Ylimääräisen muutoksenhaun asemasta oikeusjärjestelmässämme, s. 343–367 teoksessa Kari Raulos – Pertti Välimäki – Timo Esko (toim.), *Da mihi factum, dabo tibi ius – Korkein oikeus 1809–2009*. WSOYpro 2009.
- Jokela, Antti, Pääkäsitely, todistelu ja tuomio – Oikeudenkäynti III. 2. uudistettu painos. Talentum 2015.
- Jokela, Antti, Rikosprosessioikeus. 5., uudistettu painos. Alma Talent 2018.
- Kamminga, Menno, Legal Consequences of an internationally wrongful act of a state against an individual, s. 65–74 teoksessa Tom Barkhuysen – Michiel van Emmerik – Piet Hein van Kempen (eds), *The Execution of Strasbourg and Geneva Human Rights Decisions in the National Legal Order*. Martinus Nijhoff Publishers 1999.
- Keller, Helen – Stone Sweet, Alec, Assessing the Impact of the ECHR on National Legal Systems, s. 677–710 teoksessa Helen Keller – Alec Stone Sweet (eds), *A Europe of Rights – The Impact of the ECHR on National Legal Systems*. Oxford University Press 2008.
- van Kempen, Piet Hein, Framework for a National Post-Trial Procedure for Redressing Violations of the European Convention on Human Rights, s. 107–115 teoksessa Theodora Christou – Juan Pablo Raymond (eds), *European Court of Human Rights – Remedies and Execution of Judgments*. British Institute of International and Comparative Law 2005.
- Klami, Hannu Tapani, Legal Heuristics: a Theoretical Skeleton. *Oikeustiede–Jurisprudentia* 1982, s. 5–66.
- Koponen, Pekka, Ylimääräinen muutoksenhaku. Alma Talent 2017.
- Koulu, Risto, KKO 2011:100 – Tuomion purkamisen pidennetty määräaika, s. 394–401 teoksessa Pekka Timonen (toim.), *KKO:n ratkaisut kommentein 2011:II*. Talentum 2012.
- Laffranque, Julia, Can’t Get Just Satisfaction, s. 75–114 teoksessa Anja Seibert-Fohr – Mark Villiger (eds), *Judgments of the European Court of Human Rights – Effects and Implementation*. Nomos 2014.
- Lambert, Elisabeth, Effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l’homme. Contribution à une approche pluraliste du droit européen des droits de l’homme. Bruylant 1999.
- Lambert-Abdelgawad, Elisabeth, Le réexamen de certaines affaires suite à des arrêts de la Cour Européenne des Droits de l’Homme. *Revue Trimestrielle des Droits de l’Homme* 2001, s. 715–742.
- Lambert-Abdelgawad, Elisabeth, Les procédures de réouverture devant le juge national en cas de ”condamnation” par la cour européenne, s. 197–258 teoksessa Gérard Cohen-Jonathan et al. (eds), *De l’effectivité des recours internes dans l’application de la Convention européenne des droits de l’homme*. Bruylant 2006.

- Lambert-Abdelgawad, Elisabeth, The execution of the judgments of the European Court of Human Rights. Human Right Files, No. 19. 2nd edition. Council of Europe Publishing 2008 (saatavilla osoitteesta [https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/DG2/HRFILES/DG2-EN-HRFILES-19\(2008\).pdf](https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/DG2/HRFILES/DG2-EN-HRFILES-19(2008).pdf), 2.6.2019).
- Lambert-Abdelgawad, Elisabeth, Is There a Need to Advance the Jurisprudence of the European Court of Human Rights with Regard to the Award of Damages?, s. 115–136 teoksessa Anja Seibert-Fohr – Mark Villiger (eds), *Judgments of the European Court of Human Rights – Effects and Implementation*. Nomos 2014.
- Lambert-Abdelgawad, Elisabeth, The First Infringement Proceedings within the European System of Human Rights. *European Human Rights Law Review* 2018, s. 325–335.
- Lappalainen, Juha, Vahingonkorvausvaatimuksesta rikosjutussa: prosessioikeudellinen tutkimus. *Suomalainen lakimiesyhdistys* 1986.
- Leach, Philip, No longer offering fine mantras to a parched child? The European Court’s developing approach to remedies, s. 142–180 teoksessa Andreas Follesdal – Birgit Peters – Geir Ulfstein (eds), *Constituting Europe – The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context*. Cambridge University Press 2013.
- Leppänen, Tatu, Tapauskommentti KKO 1998:33, s. 208–212 teoksessa Pekka Timonen (toim.), *KKO:n ratkaisut kommentein 1998*. I. Kauppakaari – Lakimiesliiton kustannus 1998.
- Leppänen, Tatu – Välimaa, Asko, Muutoksenhaun pääpiirteet. 4. painos. Helsingin yliopisto 1998.
- Linna, Tuula, KKO 2011:100 – Itse asetetun säännön seuraaminen contra analogiatulkinta. *Defensor Legis* 2012, s. 177–182.
- Linna, Tuula – Leppänen, Tatu, Ulosotto-oikeus I – Ulosottomenettely. 3., uudistettu painos. Talentum 2014.
- Linna, Tuula – Saarnilehto, Ari, Velan vanhentuminen. Alma Talent 2016.
- Loucaides, Loukis, Reparation for Violations of Human Rights under the European Convention and Restitutio in Integrum. *European Human Rights Law Review* 2008, s. 182–192.
- Marchadier, Fabien, L’exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l’homme en matière civile. *Revue Trimestrielle des Droits de l’Homme* 2015, s. 877–907.
- Mowbray, Alastair, An Examination of the European Court of Human Rights’ Indication of Remedial Measures. *Human Rights Law Review* 2017, s. 451–478.
- Mäenpää, Olli, Hallintoprosessioikeus. 2. uudistettu painos. WSOYpro 2007.
- Määttä, Pekka, Ihmisoikeusloukkaus (syyttömän tuomitseminen) ei ole OK 31:8 §:n tarkoittama tuomion purkuperuste. *Oikeustieto* 2/2008, s. 2–4.
- Nguyen Quoc, Dinh – Daillier, Patrick – Pellet, Alain, *Droit international public*. 6e édition. LGDJ 1999.
- Papier, Hans-Jürgen, Execution and effects of the judgments of the European Court of Human Rights from the perspective of German National Courts. *Human Rights Law Journal* 2006, s. 1–4.
- Paraskeva, Costas, European Court of Human Rights: From Declaratory Judgments to Indications of Specific Measures. *European Human Rights Law Review* 2018, s. 46–56.
- Pellonpää, Matti, Individual Reparation Claims under the European Convention on Human Rights, s. 109–129 teoksessa Albrecht Randelzhofer – Christian Tomuschat (eds), *State Responsibility and the Individual*. Kluwer Law International 1999.

- Pellonpää, Matti – Gullans, Monica – Pölönen, Pasi – Tapanila, Antti, Euroopan ihmisoikeussopimus. 6., uudistettu painos. Alma Talent 2018. (Pellonpää et al. 2018)
- Polakiewicz, Jörg, Die Verpflichtungen der Staaten aus den Urteilen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte. Springer-Verlag 1993.
- Polakiewicz, Jörg, The Execution of Judgments of the European Court of Human Rights, s. 55–76 teoksessa Robert Blackburn – Jörg Polakiewicz (eds), *Fundamental Rights in Europe – The European Convention on Human Rights and its Member States 1950–2000*. Oxford University Press 2001.
- Rautio, Jaakko, Ylimääräinen muutoksenhaku, s. 1205–1255 teoksessa Frände, Dan – Helenius, Dan – Hietanen-Kunwald, Petra – Hupli, Tuomas – Koulu, Risto – Lappalainen, Juha – Lindfors, Heidi – Niemi, Johanna – Rautio, Jaakko – Saranpää, Timo – Turunen, Santtu – Virolainen, Jyrki – Vuorenperä, Mikko, *Prosessioikeus*. 5. painos. Alma Talent 2017.
- Reid, Karen, *A Practitioner’s Guide to the European Convention on Human Rights*. 5th Edition. Sweet & Maxwell 2015.
- Ress, Georg, The Effect of Decisions and Judgments of the European Court of Human Rights in the Domestic Legal Order. *Texas International Law Journal* 2005, s. 359–382.
- Ruedin, Xavier, *Exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l’homme – Procédure, obligations des Etats, pratique et réforme*. Bruylant, LGDJ and Helbing Lichtenhahn 2009.
- Schasas, William, *The European convention on human rights: a commentary*. Oxford University Press 2015.
- Scheinin, Martin, Ihmisoikeudet Suomen oikeudessa: valtiosääntöoikeudellinen tutkimus kansainvälisten ihmisoikeussopimusten valtiosisäisestä voimassaolosta sekä ihmisoikeus- ja perusoikeusnormien sovellettavuudesta Suomen oikeusjärjestyksessä. Suomalainen Lakimiesyhdistys 1991.
- Shany, Yuval, *Assessing the Effectiveness of International Courts*. Oxford University Press 2014.
- Shaw, Malcolm, *International Law*. 8th Edition. Cambridge University Press 2017.
- Shelton, Dinah, *Remedies in international human rights law*. 3rd edition. Oxford University Press 2015.
- Sicilianos, Linos-Alexander, The Role of the European Court of Human Rights in the Execution of its own Judgments: Reflections on Article 46 ECHR, s. 285–315 teoksessa Anja Seibert-Fohr – Mark Villiger (eds), *Judgments of the European Court of Human Rights – Effects and Implementation*. Nomos 2014.
- Ståhlberg, Pauli – Karhu, Juha, *Suomen vahingonkorvaus oikeus*. 6., uudistettu painos. Alma Talent 2013.
- Sundberg, Fredrik, Le contrôle de l’exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l’homme, s. 1515–1535 teoksessa Libertés, justice, tolerance – Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan. Volume II. Bruylant 2004.
- Sundberg, Fredrik, Control of Execution of Decisions under the European Convention on Human Rights – A Perspective on Democratic Security, Inter-governmental Cooperation, Unification and Individual Justice in Europe, s. 465–485 teoksessa Gudmundur Alfredsson – Jonas Grimheden – Bertrand Ramcharan – Alfred de Zayas (eds), *International Human Rights Monitoring Mechanisms*. Martinus Nijhoff Publishers 2009.

- Sundberg, Fredrik, Le principe de l'octroi subsidiaire des dommages-intérêts – coté Comité des Ministres, s. 27–51 teoksessa Jean-François Flauss – Elisabeth Lambert-Abdelgawad (éds), *La pratique d'indemnisation par la Cour Européenne des Droits de l'Homme*. Bruylant 2011.
- Tirkkonen, Tauno, Tuomionpurku – Prosessioikeudellinen tutkimus. Suomalainen Lakimiesten Yhdistys 1937.
- Turunen, Santtu, KKO 2008:24 – Tuomion purkaminen Euroopan ihmisoikeustuomioistuinten tuomion johdosta, s. 192–198 teoksessa Pekka Timonen (toim.), KKO:n ratkaisut kommentein 2008:I. Talentum 2008.
- Vandenhoele, Wouter, Execution of Judgments, s. 105–121 teoksessa Paul Lemmens – Wouter Vandenhoele (eds), *Protocol No. 14 and the Reform of the European Court of Human Rights*. Intersentia 2005.
- Verhoeven, Joe, A propos de l'autorité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme et de la responsabilité internationale liée à leur observation. *Revue critique de jurisprudence belge* 1984, s. 275–285.
- Villiger, Mark, Binding Effect and Declaratory Nature of the Judgments of the European Court of Human Rights: An Overview, s. 33–37 teoksessa Anja Seibert-Fohr – Mark Villiger (eds), *Judgments of the European Court of Human Rights – Effects and Implementation*. Nomos 2014.
- Vähätalo, Tuukka, EU-oikeus ja kansallisen tuomion oikeusvoima. *Oikeustiede–Jurisprudentia* 2016, s. 187–288.
- Vähätalo, Tuukka, EU-oikeus, virallistutkinta ja ylimääräinen muutoksenhaku siviiliprosessissa, s. 492–519 teoksessa Juhana Riekkinen (toim.), *Oikeutta oikeudenkäynnistä täytäntöönpanoon – Juhlajulkaisu Tuula Linna 1957 – 25/9 – 2017*. Alma Talent 2017.
- Välimaa, Asko, Lainvoimaa vailla olevan siviilituomion täytäntöönpanosta. *Lakimiesliiton Kustannus* 1994.
- Welamson, Lars – Munck, Johan, *Processen i hovrätt och högsta domstolen – Rättegång VI*. Femte upplagan. Wolters Kluwer 2016.

Virallislähteet ja raportit

- Compilation of written contributions on the provisions in the domestic legal order for re-examination or reopening of cases following judgments of the Court. Steering committee for human rights (CDDH) – Committee of Experts on the Reform of the Court (DH-GDR). Strasbourg 31.3.2016. Saatavilla osoitteesta <https://rm.coe.int/1680654d4f> (kaikkien Internet-lähteiden vierailupäivänä 2.6.2019)
- Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries, International Law Commission 2001. Saatavilla osoitteesta http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf (*ILC-artiklojen kommentaari*)
- Euroopan neuvoston ministerikomitean Recommendation No. R (2000) 2 of the Committee of Ministers to member states on the re-examination or reopening of certain cases at domestic level following judgments of the European Court of Human Rights, 19.1.2000. Saatavilla selitysmuistioineen osoitteesta https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805e2f06 (*Rec(2000)2*)

- Euroopan neuvoston ministerikomitean Recommendation Rec(2004)6 of the Committee of Ministers to member states on the improvement of domestic remedies, 12.5.2004. Saatavilla osoitteesta https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016805dd18e
- Explanatory Report to Protocol No. 14 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, amending the control system of the Convention. Council of Europe Treaty Series – No. 194. Strasbourg 13.5.2004. Saatavilla osoitteesta <https://rm.coe.int/16800d380f> (*Explanatory Report to Protocol No. 14*)
- HE 1/1998 vp – Hallituksen esitys Eduskunnalle uudeksi Suomen Hallitusmuodoksi
- HE 216/2001 vp – Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi ulosottolain muuttamisesta ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi
- HE 9/2005 vp – Hallituksen esitys eduskunnalle eräiden muutoksenhakua korkeimpaan oikeuteen koskevien säännösten muuttamiseksi
- HE 200/2017 vp – Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi oikeudenkäymiskaaren muuttamisesta ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi
- LaVM 6/2005 vp – Lakivaliokunnan mietintö 6/2005 vp (Hallituksen esitys laiksi korkeimmasta oikeudesta; Hallituksen esitys eräiden muutoksenhakua korkeimpaan oikeuteen koskevien säännösten muuttamiseksi)
- Oikeusministeriön muutoksenhakutoimikunnan jatkomietintö 20.11.2002 (komiteamietintö 2002:8). (*OM-komiteamietintö 2002:8*)
- PeVL 2/1990 vp – Perustuslakivaliokunnan lausunto 2/1990 vp (Hallituksen esitys ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojaamiseksi tehdyn yleissopimuksen ja siihen liittyvien lisäpöytäkirjojen eräiden määräysten hyväksymisestä)
- PeVM 10/1998 vp – Perustuslakivaliokunnan mietintö 10/1998 vp (Hallituksen esitys uudeksi Suomen Hallitusmuodoksi)
- PeVM 1/2010 vp – Perustuslakivaliokunnan mietintö 1/2010 vp (Hallituksen toimenpidekertomus vuodelta 2008)
- Report of the Committee of Experts of 16.3.1950. Kokoelmassa Collected Edition of the 'Travaux Préparatoires', vol. IV. Martinus Nijhoff, The Hague 1977.
- Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, International Law Commission, 2001. Saatavilla osoitteesta http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_6_2001.pdf (*ILC-artiklat*)
- Rules of Court, European Court of Human Rights 1.8.2018. Saatavilla osoitteesta https://www.echr.coe.int/Documents/Rules_Court_ENG.pdf
- Rules of the Committee of Ministers for the supervision of the execution of judgments and of the terms of friendly settlements 10.5.2006, as amended on 18.1.2017. Saatavilla osoitteesta <https://rm.coe.int/16806eebf0> (*täytäntöönpanosäännöt*)
- Statute of the Council of Europe 5.5.1949. Saatavilla osoitteesta <https://rm.coe.int/1680306052> (*EN:n perussääntö*)

OIKEUSTAPAUKSET JA VALVONTAKÄYTÄNTÖ

Kansainliiton alainen pysyvä kansainvälinen tuomioistuin (PCIJ)

Chórzow Factory (Germany v. Poland) 13.9.1928

Treatment of Polish Nationals and Other Persons of Polish Origin or Speech in the Danzig Territory 4.2.1932

YK:n kansainvälinen tuomioistuin (ICJ)

LaGrand Case (Germany v. United States of America) 27.6.2001

Case concerning Avena and other Mexican nationals (Mexico v. United States of America) 31.3.2004

YK:n ihmisoikeuskomitea

Violeta Setelich v. Uruguay 28.10.1981, Communication No. 63/1979, U.N. Doc. CCPR/C/OP/1, s. 101 (1985)

Des Fours Walderode v. the Czech Republic 30.10.2001, Communication No. 747/1997, U.N. Doc. CCPR/C/73/D/747/1997

Amerikan ihmisoikeustuomioistuin (IACtHR)

Velásquez Rodríguez v. Honduras (Compensatory damages) 21.7.1989

Castillo Petruzzi et al. v. Peru (Merits, Reparations and Costs) 30.5.1999

Cantoral-Benavides v. Peru (Reparations and Costs) 3.12.2001

Herrera-Ulloa v. Costa Rica (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs) 2.7.2004

EU:n tuomioistuin (EUT)

Yhdistetyt asiat C-6/90 ja C-9/90 Francovich, tuomio 19.11.1991 ECR I-5357

Yhdistetyt asiat C-46/93 ja C-48/93 Brasserie du pêcheur, julkisasiamies Tesauron ratkaisuehdotus 28.11.1995 sekä tuomio 5.3.1996 Kok. I-1029

Asia C-224/01 Köbler, julkisasiamies Légerin ratkaisuehdotus 8.4.2003 sekä tuomio 30.9.2003 Kok. I-10239

Euroopan ihmisoikeustoimikunta

X. v. Switzerland (dec.) [Plenary] 12.7.1976

Oberschlick v. Austria (dec.) [Plenary] 16.5.1995

Euroopan ihmisoikeustuomioistuin (EIT)

Tuomioihin viitataan ranskankielisillä nimillä niiltä osin kuin tuomioista ei ole käytettävissä englanninkielistä versiota.

De Wilde, Ooms and Versyp v. Belgium (Article 50) [Plenary] 10.3.1972

Neumeister v. Austria (Article 50) 7.5.1974

Marckx v. Belgium [Plenary] 13.6.1979

Airey v. Ireland 9.10.1979

Le Compte, Van Leuven and De Meyere v. Belgium (Article 50) 18.10.1982

Eckle v. Germany (Article 50) 21.6.1983
Piersack v. Belgium (Article 50) 26.10.1984
Vermeire v. Belgium 29.11.1991
Windisch v. Austria (Article 50) 28.6.1993
Saïdi v. France 20.9.1993
Barbera, Messegué and Jabardo v. Spain (Article 50) [Plenary] 13.6.1994
Hentrich v. France 22.9.1994
Pelladoah v. the Netherlands 22.9.1994
Schuler-Zraggen v. Switzerland (Article 50) 31.1.1995
Papamichalopoulos and Others v. Greece (Article 50) 31.10.1995
Z v. Finland 25.2.1997
Brumarescu v. Romania [GC] 28.10.1999
Scozzari and Giunta v. Italy [GC] 13.7.2000
A.D.T. v. the United Kingdom 31.7.2000
Nikula v. Finland (dec.) 30.11.2000
Malhous v. the Czech Republic (dec.) [GC] 13.12.2000
Brumarescu v. Romania (Article 41) [GC] 23.1.2001
Lucà v. Italy 27.2.2001
Sablon c. Belgique 10.4.2001
VgT Verein gegen Tierfabriken v. Switzerland 28.6.2001
Fischer v. Austria (dec.) 6.5.2003
Lyons and Others v. the United Kingdom (dec.) 8.7.2003
Gençel c. Turquie 23.10.2003
Tahir Duran c. Turquie 29.1.2004
Görgülü v. Germany 26.2.2004
Assanidze v. Georgia [GC] 8.4.2004
Somogyi v. Italy 18.5.2004
Broniowski v. Poland [GC] 22.6.2004
Ilaşcu and Others v. Moldova and Russia [GC] 8.7.2004
Selistö v. Finland 16.11.2004
Mamatkulov and Askarov v. Turkey [GC] 4.2.2005
Öcalan v. Turkey [GC] 12.5.2005
Claes et autres c. Belgique 2.6.2005
R.R. c. Italie 9.6.2005
Bracci c. Italie 13.10.2005
Lungoci c. Roumanie 26.1.2006
Krasniki v. the Czech Republic 28.2.2006
Sejdovic v. Italy [GC] 1.3.2006
Sannino v. Italy 27.4.2006
Yanakiev v. Bulgaria 10.8.2006
Paulik v. Slovakia 10.10.2006
Pessino c. France 10.10.2006
Kaste and Mathisen v. Norway 9.11.2006
Csikos v. Hungary 5.12.2006

Mattei c. France 19.12.2006
Laaksonen v. Finland 12.4.2007
Bochan v. Ukraine 3.5.2007
Dragotoniou et Militaru-Pidhorni c. Roumanie 24.5.2007
Mehmet and Suna Yiğit v. Turkey 17.7.2007
Freitag v. Germany 19.7.2007
Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) v. Switzerland (no. 2) 4.10.2007
Drassich c. Italie 11.12.2007
Iosif et autres c. Roumanie 20.12.2007
Kostadin Mihaylov v. Bulgaria 27.3.2008
Spinu c. Roumanie 29.4.2008
Emre c. Suisse 22.5.2008
Ünel c. Turquie 27.5.2008
Malininas v. Lithuania 1.7.2008
Salduz v. Turkey [GC] 27.11.2008
Panovits v. Cyprus 11.12.2008
Dacia S.R.L. v. Moldova (Just Satisfaction) 24.2.2009
Natunen v. Finland 31.3.2009
Trgo v. Croatia 11.6.2009
Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) v. Switzerland (no. 2) [GC] 30.6.2009
Ilatovskiy v. Russia 9.7.2009
Scoppola v. Italy (no. 2) [GC] 17.9.2009
Kari-Pekka Pietiläinen v. Finland 22.9.2009
Maksimov v. Azerbaijan 8.10.2009
Suuripää v. Finland 12.1.2010
Lesjak v. Croatia 18.2.2010
Cudak v. Lithuania [GC] 23.3.2010
Laska and Lika v. Albania 20.4.2010
Vusic v. Croatia 1.7.2010
Öcalan c. Turquie (dec.) 6.7.2010
Karandja v. Bulgaria 7.10.2010
Henryk Urban and Ryszard Urban v. Poland 30.11.2010
Abuyeva and Others v. Russia 2.12.2010
Putter v. Bulgaria 2.12.2010
Block v. Hungary 25.1.2011
Lalas v. Lithuania 1.3.2011
Brezovec v. Croatia 29.3.2011
Bulfracht Ltd v. Croatia 21.6.2011
Giuran v. Romania 21.6.2011
Idakiev v. Bulgaria 21.6.2011
Moreira Ferreira c. Portugal 5.7.2011
Majski v. Croatia (no. 2) 19.7.2011
T.Ç. et H.Ç. c. Turquie 26.7.2011
Emre v. Switzerland (no. 2) 11.10.2011

Gladysheva v. Russia 6.12.2011
Ajdaric v. Croatia 13.12.2011
Pohoska v. Poland 10.1.2012
Stanev v. Bulgaria [GC] 17.1.2012
Stoyanov v. Bulgaria 31.1.2012
İbrahim Gürkan v. Turkey 3.7.2012
Hummer v. Germany 19.7.2012
Egmez v. Cyprus (dec.) 18.9.2012
Ateş Mimarlık Mühendislik A.Ş. v. Turkey 25.9.2012
Vojtěchová v. Slovakia 25.9.2012
Baltiņš v. Latvia 8.1.2013
Oleksandr Volkov v. Ukraine 9.1.2013
Petko Petkov v. Bulgaria 19.2.2013
Ivan Stoyanov Vasilev v. Bulgaria 4.6.2013
Cēsnieks v. Latvia 11.2.2014
Grande Stevens v. Italy 4.3.2014
Stoyanov-Kobuladze v. Bulgaria 25.3.2014
Glantz v. Finland 20.5.2014
Nykänen v. Finland 20.5.2014
Davydov v. Russia 30.10.2014
Rinas v. Finland 27.1.2015
Bochan v. Ukraine (no. 2) [GC] 5.2.2015
Österlund v. Finland 10.2.2015
Butnaru et Bejan-Piser c. Roumanie 23.6.2015
Perak v. Slovenia 1.3.2016
Guță Tudor Teodorescu v. Romania 5.4.2016
Kardoš v. Croatia 26.4.2016
Tence v. Slovenia 31.5.2016
Gyuleva v. Bulgaria 9.6.2016
Žaja v. Croatia 4.10.2016
A and B v. Norway [GC] 15.11.2016
Pătrașcu v. Romania 14.2.2017
Moreira Ferreira v. Portugal (no. 2) [GC] 11.7.2017
Fábián v. Hungary [GC] 5.9.2017
Navalnyye v. Russia 17.10.2017
Tsalkitzis v. Greece (no. 2) 19.10.2017
Strand Lobben and Others v. Norway 30.11.2017
Correia de Matos v. Portugal [GC] 4.4.2018
Cabral v. the Netherlands 28.8.2018
Kontalexis c. Grèce (no. 2) 6.9.2018
Beuze v. Belgium [GC] 9.11.2018
İlgar Mammadov v. Azerbaijan [GC] 29.5.2019

Korkein oikeus

KKO 1995:95
KKO 1998:30
KKO 1998:33
KKO 1998:121
KKO 1999:84
KKO 2003:20
KKO 2005:67
KKO 2008:10
KKO 2008:24
KKO 2009:80
KKO 2009:84
KKO 2011:35
KKO 2011:38
KKO 2011:43
KKO 2011:100
KKO 2012:11
KKO 2012:13
KKO 2012:52
KKO 2012:81
KKO 2014:35
KKO 2014:93
KKO 2014:94
KKO 2014:95
KKO 2015:14
KKO 2015:36
KKO 2015:97
KKO 2016:20
KKO 2019:6

Korkein hallinto-oikeus

KHO 2016:33

Eduskunnan oikeusasiamies

Apulaisoikeusasiamiehen sijaisen päätös 31.5.2016 asiassa 2243/2/15

EN:n ministerikomitean valvontakäytäntö

Final resolutions

DH(63)2 Pataki and Dunshirn v. Austria 16.9.1963
DH(64)1 Glaser and Others v. Austria 5.6.1964
DH(89)2 Unterpertinger v. Austria 18.1.1989

- ResDH(99)24 Z v. Finland 18.1.1999 (654th meeting of the Ministers' Deputies)
ResDH(2001)4 Hakkar v. France 14.2.2001 (741st meeting of the Ministers' Deputies)
ResDH(2003)125 VGT Verein gegen Tierfabriken v. Switzerland 22.7.2003 (847th meeting of the Ministers' Deputies)
ResDH(2003)177 D.N. v. Switzerland 6.1.2004 (863rd meeting of the Ministers' Deputies)
ResDH(2004)41 Stambuk v. Germany 20.7.2004 (891st meeting of the Ministers' Deputies)
ResDH(2004)88 Saunders v. the United Kingdom 21.12.2004 (906th meeting of the Ministers' Deputies)
ResDH(2005)86 Lucà v. Italy 12.10.2005 (940th meeting of the Ministers' Deputies)
ResDH(2005)93 Gabarri Moreno v. Spain 26.10.2005 (940th meeting of the Ministers' Deputies)
ResDH(2007)1 Öcalan v. Turkey 14.2.2007 (987th meeting of the Ministers' Deputies)
ResDH(2007)79 Yvon v. France 20.6.2007 (997th meeting of the Ministers' Deputies)
ResDH(2007)118 Krasniki v. the Czech Republic 31.10.2007 (1007th meeting of the Ministers' Deputies)
ResDH(2009)4 Görgülü v. Germany 9.1.2009 (1043rd meeting of the Ministers' Deputies)
ResDH(2010)113 Verein gegen Tierfabriken (VgT) v. Switzerland (no. 2) 15.9.2010 (1092nd meeting of the Ministers' Deputies)
RedDH(2010)118 A.D.T. v. the United Kingdom 15.9.2010 (1092nd meeting of the Ministers' Deputies)
ResDH(2011)6 Yanakiev v. Bulgaria 10.3.2011 (1108th meeting of the Ministers' Deputies)
ResDH(2013)104 Panovits v. Cyprus 6.6.2013 (1172nd meeting of the Ministers' Deputies)
RedDH(2013)195 Paulik v. Slovakia 26.9.2013 (1179th meeting of the Ministers' Deputies)
ResDH(2018)326 Grönmark v. Finland and three other cases 20.9.2018 (1324th meeting of the Ministers' Deputies)

Interim Resolutions

- ResDH(2005)85 Dorigo Paolo v. Italy 12.10.2005 (940th meeting of the Ministers' Deputies)
ResDH(2007)150 Hulki Günes v. Turkey 5.12.2007 (1013th meeting of the Ministers' Deputies)

Muut ministerikomitean menettelyyn liittyvät asiakirjat

- Annotated Agenda for the 1065th DH-meeting of the Ministers' Deputies, on 15–16 September 2009. Saatavilla osoitteesta https://search.coe.int/cm/pages/result_details.aspx?objectid=09000016805ae7d4
DH-DD(2012)339, Action plan 27.3.2012 – Communication from Italy concerning the cases of Sejdovic and Kollcaku v. Italy (Applications No. 56581/00 and 25701/03)
DH-DD(2018)621, Action report 1.6.2018 – Communication from Finland concerning the case of Grönmark v. Finland (Application No. 17038/04)

LYHENTEET

EIS	Euroopan ihmisoikeussopimus (SopS 19/1990)
EIT	Euroopan ihmisoikeustuomioistuin
EN	Euroopan neuvosto
EU	Euroopan unioni
EUT	Euroopan unionin tuomioistuin
GC	Grand Chamber (suuri jaosto)
IACtHR	Inter-American Court of Human Rights
ICJ	International Court of Justice
ILC	International Law Commission
KHO	korkein hallinto-oikeus
KKO	korkein oikeus
KP-sopimus	kansalaisyhteisöjä ja poliittisia oikeuksia koskeva kansainvälinen yleissopimus (SopS 8/1976)
OK	oikeudenkäymiskaari (4/1734)
PCIJ	Permanent Court of International Justice
RL	rikoslaki (39/1889)
SopS	Suomen säädöskokoelman sopimussarja
UK	ulosottokaari (705/2007)
UL	kumottu ulosottolaki (37/1895)
YK	Yhdistyneet kansakunnat

A VIOLATION OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS AND THE FINALITY OF NATIONAL JUDGMENTS

This article examines how the European Convention on Human Rights (ECHR) affects the finality (*res judicata*) of national judgments that are materially incompatible with the ECHR or have been rendered in a procedure incompatible with the fair-trial guarantees of the Convention. The central question is whether, how and when the Convention can affect the conditions under which national judgments that have acquired *res judicata* status may be reopened. While the Convention is silent on these delicate questions, state parties have undertaken to abide by the judgments of the European Court of Human Rights (the Court) in accordance with Article 46 of the ECHR. This not only entails paying the sums awarded by the Court by way of just satisfaction but also, in line with the general principles of international law, includes the obligations to (1) put an end to the violation (obligation of cessation), (2) redress the effects of the violation, the aim being to put the applicant, as far as possible, in the position he or she would have been in had the requirements of the Convention not been disregarded (*restitutio in integrum*, or the obligation of reparation) and (3) prevent similar violations in future. It is the obligation of cessation and that of reparation that may require the reopening of final judgments, although not in every case.

The article first discusses the above-mentioned obligations, including the question of how monetary compensation awarded by the Court, on one hand, and the reopening of national judgments, on the other, interrelate within the general obligation of reparation. Furthermore, the article studies the respective competences of the Court, the Committee of Ministers and the state parties in the execution of the Court's judgments. It is noted that, even though the Court itself may nowadays indicate some appropriate measures of execution (such as reopening), a lack of such indications in no way liberates the state parties from assessing, under the supervision of the Committee of Ministers, whether reopening, for instance, is necessary in the execution. From an institutional perspective, Recommendation Rec(2000)2 still provides a notable yardstick in the assessment of whether there is an obligation to reopen, as the Committee of Ministers seems reluctant to truly insist on that measure in cases falling outside the criteria of the Recommendation. In any event, when the Committee decides to insist on a reopening, it may even require amendments in national provisions if the reopening would otherwise fail.

Some substantive articles of the ECHR will be explored in order to demonstrate the role that a reopening may play in connection with certain violations. Furthermore, the key problems arising from reopening will be briefly studied, including, most notably, the position of national *bona fide* adverse parties of those who have litigated against the state in Strasbourg.

While national organs, such as the courts resolving applications for reopening, enjoy a margin of appreciation in the execution of the Court's judgments, such a margin may in certain circumstances be close to non-existent. For instance, the reopening of a criminal judgment may sometimes be the only way to put an end to a violation. In such a case, a direct conflict between international and national norms may arise when national provisions clearly preclude reopening. It is submitted that the resolution of such a conflict of norms will depend on the constitutional system of each state party, as the law of the ECHR – in contrast to EU law – does not include a doctrine of primacy. However, a study of relevant Finnish procedural norms will indicate that such a direct conflict of norms is possible only in certain very limited circumstances and that the crucial questions are, rather, how restrictively the national courts interpret the norms of reopening in the execution of human-rights judgments and how much weight they put on the obligations of reparation and cessation under Article 46.

The applicants may find themselves disappointed with the execution measures that have been found sufficient by the Committee of Ministers, for instance when a reopening has been denied. The Court is, with the exception of infringement proceedings under Article 46(4), not competent to entertain applications regarding insufficient execution of a previous judgment. However, if the violation is of continuing character and endures after the final national and Strasbourg judgments are rendered, the applicant may in principle file a new application and complain about the continuing part of the violation. By contrast, in the case of instantaneous violations, such as a violation of Article 6, the possibilities of pursuing a new application are very limited. At best, the applicant may complain about unfairness of the reopening procedure itself, including arbitrary reasoning for dismissing the request for reopening, as evidenced by recent case law (Bochan No. 2 and Moreira Ferreira No. 2). This case law implies that the Court is increasingly proactive in terms of the execution of its own judgments. While such a development may be welcome from the viewpoint of individual justice, potential risks on the general level will also be indicated in the article.

In cases that were never pursued in Strasbourg, there seems to be no obligation to reopen national judgments by virtue of the ECHR itself. This may result in a certain imbalance between various individuals affected by the same human-rights problem. National authorities are in principle free

to choose the best means of tackling the challenges relating to, *inter alia*, the coherence of adjudication and equal treatment between Strasbourg and non-Strasbourg cases, provided the proper execution of the Court's judgments under Article 46 is not compromised.

Kirjoittajat

Aleksi Heinilä

OTT, ympäristöoikeuden yliopistonlehtori, Itä-Suomen yliopisto

Janne Holopainen

OTK, VT, mediasääntelyn päällikkö, Yleisradio Oy

Jaakko Markus

OTM, nuorempi tutkija, Lapin yliopisto

Mika Mäkilä

OTK, KTK, toimitusjohtaja, Linja-autoliitto ry

Raimo Siltala

OTT, yleisen oikeustieteen professori, Turun yliopisto

Tuukka Vähätalo

OTM, VT, lainsäädäntösihteeri, oikeusministeriö

