

# OIKEUSTIEDE

## JURISPRUDENTIA

XLVI

2013

---

SUOMALAISEN LAKIMIESYHDISTYKSEN VUOSIKIRJA

*Toimitusneuvosto*

Eva Tammi-Salminen, puheenjohtaja  
Tatu Leppänen  
Tapio Määttä  
Seppo Villa

*Toimittaja*

Tapani Lohi

*Tilausosoite*

Suomalainen Lakimiesyhdistys  
Kasarmikatu 23 A 17  
00130 Helsinki  
p. (09) 6120 300, f. (09) 604 668  
[www.lakimiesyhdistys.fi](http://www.lakimiesyhdistys.fi)  
[toimisto@lakimiesyhdistys.fi](mailto:toimisto@lakimiesyhdistys.fi)

© 2013 kirjoittajat ja Suomalainen Lakimiesyhdistys

ISSN-L 0355-8215

ISSN 0355-8215

ISBN 978-951-855-330-7

ISBN 978-951-855-725-1 (verkkokirja)

Oy Nord Print Ab, Helsinki 2013

---

# Sisällys

<i>Kati Marjasuo</i>	Rakennusalan vakioehtojen mukaisesta virhevastuusta seuraavat sanktiot ja sopimusketjujen riskit .....	1
<i>Anne Nenonen</i>	Tuomioistuimen toimivalta hankintalakien ulkopuolelle jäävissä hankinnoissa .....	55
<i>Pekka Savola</i>	Internet-operaattori ja perusoikeudet .....	127
<i>Antti Tapanila</i>	Tuomarin eettiset periaatteet .....	223
Kirjoittajat .....		312



**Kati Marjasuo**

**RAKENNUSALAN VAKIOEHTOJEN  
MUKAISESTA VIRHEVASTUUSTA  
SEURAAVAT SANKTIOT JA  
SOPIMUSKETJUN RISKIT**



---

# Sisällys

1	JOHDANTO .....	5
2	RAKENNUSALAN VAKIOSOPIMUKSET JA VIRHEET .....	7
2.1	Rakennusalan vakioehdot .....	7
2.2	Rakennushankkeen virheet .....	9
2.2.1	Virheen määritelmästä .....	9
2.2.1.1	Konkreettinen laatuvirhe .....	10
2.2.1.2	Palveluun liittyvä laatuvirhe .....	12
2.2.2	Rakennusalan vakiosopimusosapuolten suorittajien virhetyypit .....	14
3	VIRHEESTÄ AIHEUTUVAT SANKTIOT .....	15
3.1	Sanktiot yleisesti .....	15
3.2	Urakoitsijan sanktiot urakkasopimuksessa .....	16
3.2.1	YSE-urakoitsijan sanktiot (YSE 1998) .....	16
3.2.2	Urakoitsijan vastuu alistetussa sivu-urakassa .....	20
3.3	Konsultin sanktiot konsulttisopimuksessa (KSE 1995) .....	22
3.4	Myyjän sanktiot hankinta- ja toimitussopimuksissa (RYHT 2000) .....	26
3.5	Sopimusosapuolten virhevastuu .....	31
4	SOPIMUSKETJUT .....	33
4.1	Sopimusketjuasetelmasta yleisesti .....	33
4.2	Sopimusketju: KSE–YSE .....	35
4.3	Sopimusketju: RYHT–YSE .....	38
4.4	Sopimusketju: KSE–RYHT .....	41
4.5	Eri osapuolten yhteisvastuu .....	46
5	YHTEENVETO JA LOPPUPÄÄTELMÄT .....	49
	LÄHTEET .....	50
	OIKEUSTAPAUKSET .....	53
	LIABILITY FOR DEFECTS AND THE RISKS IN THE CONTRACTUAL CHAINS IN CONSTRUCTION-RELATED CONTRACTS .....	54





---

# Rakennusalan vakioehtojen mukaisesta virhevastuusta seuraavat sanktiot ja sopimusketjujen riskit

## 1 JOHDANTO

Rakennusurakka on sopimusoikeuden näkökulmasta omalaatuinen sopimustyyppi, sillä se voidaan jakaa sääntelyn kannalta kahteen toisistaan poikkeaviin kokonaisuuksiin: pakottavin lainsäännöksin säänneltyyn kulltarakennusurakkaan ja yritysten väliseen omaa laintasoista sääntelyä vailla olevaan rakennusurakkaan. Tässä artikkelissa huomio kohdistuu näistä jälkimmäiseen ja siihen kiinteästi liittyviin rakennushankkeeseen sisältyviin muihin sopimustyypeihin, joissa sopimusvapauden ja muiden sopimusoikeudellisten periaatteiden lisäksi suuri merkitys on rakennusalan erilaisia sopimussuhteita varten luoduilla vakioehdoilla. Rakennushankkeen sisällä eri sopimussuhteet muodostavat sopimusketjuja, ja ketjun alkupäässä tapahtunut sopimushäiriö voi vaikuttaa pitkänkin ketjun toiseen päähän asti. Artikkelissa perehdytään näissä sopimusketjuissa tapahtuviin virheisiin erityisesti urakoitsijan näkökulmasta.

Artikkelin kohteeksi on valikoitunut keskeiset rakennusalan vakioehdot, joissa määrätään urakkasopimuksista (YSE), konsulttisopimuksista (KSE) sekä hankinta- ja toimitussopimuksista (RYHT). Kaikissa ehdoissa on määrättyjä osapuolten virheen seuraamuksista, mutta vakioehdot eivät yleensä edes yhdessä muun sopimusaineiston kanssa ole aukottomia. Artikkelissa selvitetään vakioehtojen sanktiomääräyksiä vertaamalla, millaisia riskejä vakioehdoin tehtyjen sopimusten luontoissuorittajaosapuolille<sup>1</sup> voi koitua erilaisten sopimusketjujen eri rooleissa. Sopimusketjujen käsittelyn avulla esiin nousee erityisesti urakoitsijan asema, joka vakioehtojen määräysten ja yleisten sopimusoikeudellisten periaatteiden luomien velvoitteiden seurauksena on varsin riskialtis. Artikkelissa tarkastellaan siis nimenomai-

---

<sup>1</sup> Tässä artikkelissa käsiteltävillä luontoissuorittajilla, jäljempänä myös *suorittajilla*, tarkoitetaan YSE-urakoitsijaa, KSE-konsulttia ja RYHT-myyjää. Suorittajien vastapuolet ovat YSE-tilaaja, KSE-tilaaja ja RYHT-ostaja, mutta niistä käytetään yhdessä myös termiä *tilaajat*.

sesti vakioehtojen määräyksiä, vaikka käytännössä rakennushankkeen eri sopimukset sisältävät aina myös muita normilähteitä. Tavoitteena on tuoda esiin vakioehtojen virhemääräysten eroavaisuuksia siitä syystä, että ehtojen käyttäminen on yleistä ja niiden välisten erojen aiheuttamat riskit saattavat jäädä sopimuksentekovaiheessa huomiotta.

Artikkelissa käsiteltävä *virhe* on rajattu rakennus- ja takuuajaksi virheeksi, mikä tarkoittaa, että takuuajan jälkeinen virhevastuu on jätetty rajauksen ulkopuolelle. Vaikka rakennus- ja takuuajaisista virheistä määrätään ehdoissa aina erikseen, niistä seuraavat sanktiot ovat hyvin samankaltaisia. Tyypillistä on kuitenkin se, että rakennusaikainen virhe voi olla helpommin oikaistavissa, kun taas rakennuskohteen valmistumisen jälkeen oikaisun lisäksi tulevat kysymykseen usein mittavatkin vahingonkorvaukset.<sup>2</sup> Sen sijaan sopimuksen purkaminen sijoittuu käytännössä ainoastaan rakennusajalle.

Eri vakioehtojen mukaista suorittajien virhevastuuta käydään läpi niin itse sopimusehtojen kuin niiden tulkintaa selventävän oikeuskirjallisuuden ja oikeuskäytännönkin avulla. Koska merkittävä osa rakennusalan riidoista ratkaistaan välimiesmenettelyssä, perustuu alan tuomioistuinoikeuskäytäntö vain yksittäistapauksiin, eikä se anna kokonaiskuvaa alan oikeuskäytännön linjoista. Artikkelissa oikeuskäytäntö sijoittuu pääosin alaviitetasolle, jossa sen tehtävä on tuoda esiin yksittäisiä käytännön tilanteita. Suurin osa viittauksista on tehty korkeimman oikeuden ennakkotapauksiin, mutta mukana on myös hovioikeuden ratkaisuja. Hovioikeusratkaisuja ei voida pitää korkeimman oikeuden ennakkoratkaisujen arvoisina, mutta niiden tosiseikastot antavat runsaasti tietoa käytännön elämän ongelmatilanteista. Hovioikeusratkaisujen merkitys laintulkinnassa on tärkeä myös siksi, että monet tapaukset jäävät hovioikeuksien ratkaisujen varaan. Sen vuoksi hyvin perustellun hovioikeusratkaisun on sanottu tarjoavan käyttökelpoisen argumentin lainopille yhdessä muiden perusteluiden kanssa.<sup>3</sup>

Rakennushankkeessa ilmeneviä ongelmia ei kuitenkaan voida käsitellä rajoittumalla pelkästään rakennusalan sopimusehtoihin, vaan varsinaisen lainsäädännön puuttuminen korostaa yleisten sopimusoikeudellisten periaatteiden merkitystä alan sopimusongelmien ratkaisemisessa.<sup>4</sup> Tämän vuoksi nämä periaatteet kulkevat artikkelissa vakiosopimusmääräyksiä rinnalla tulkinnan apuvälineenä. Rakennushankkeessa, jossa sopimusosapuolten

<sup>2</sup> YSE-urakoitsijan, KSE-konsultin ja RYHT-myyjän viivästys on jätetty artikkelissa käsiteltävän tutkimusasetelman ulkopuolelle. Koska rakennusaikainen virhe aiheuttaa usein myös viivästyksiä, tulee rakennusaikana korvattavaksi useimmiten virheen korjauksen aiheuttama viivästys, ja siksi tässä artikkelissa käsiteltävät vahingonkorvaustilanteet painottuvat takuuajalle.

<sup>3</sup> Aarnio 2011, s. 79.

<sup>4</sup> Hoppu LM 1993, s. 653.

toiminta perustuu suurelta osin erilaisiin asiantuntijuusvelvoitteisiin, korostuu etenkin sopimusosapuolten lojaliteettivelvollisuus.

## 2 RAKENNUSALAN VAKIOSOPIMUKSET JA VIRHEET

### 2.1 Rakennusalan vakioehdot

Rakennusurakan sopimusoikeuden kodifikaatioksi ovat laajan ja pitkäaikaisen soveltamisen seurauksena vakiintuneet *rakennusurakan yleiset sopimusehdot*, joiden tuorein versio on vuodelta 1998 (YSE 1998)<sup>5</sup>. Syn-typrosessinsa ja laaja-alaisen käytön vuoksi YSE-ehtojen on sanottu rinnastuvan jopa dispositiiviseen lainsäädäntöön, joskin niiden soveltaminen edellyttää pääsääntöisesti viittausta.<sup>6</sup> Käytön laajuuteen vaikuttaa myös nimenomaisen rakennussopimuslainsäädännön puuttuminen.

YSE-ehtoja sovelletaan elinkeinonharjoittajien välisten rakennusurakka-sopimusten koko urakkaketjuun.<sup>7</sup> Ehtojen määräykset koskevat rakennus-urakkasopimuksia, joiden osapuolia ovat *tilaaja* ja *urakoitsija*. YSE-ehdoissa tilaajalla tarkoitetaan työn tilaajaa, jonka roolissa voi rakennusurakassa olla erilaisia osapuolia sen mukaan, millaisesta urakkasopimuksesta on kyse. Tilaajalla voidaan siis tarkoittaa rakennuttajaa, mutta myös urakoitsija voi toimia tilaajana. Tilaajan ja urakoitsijan roolit määräytyvät rakennusurakka-sopimustyyppin mukaisesti: pääurakkasopimuksessa työn tilaaja eli rakennuttaja on tilaajan roolissa ja esimerkiksi rakennusliike urakoitsijan roolissa, kun taas aliurakkasopimuksessa kyseinen rakennusliike onkin tilaajana ja aliu-urakoitsijayritys urakoitsijana. Käytännössä alkuperäinen tilaaja siis siirtää vastuuta omille sopimuskumppaneilleen erilaisin urakkasopimuksin.<sup>8</sup> Täten rakennuttaja on aina tilaaja, mutta tilaaja ei ole aina rakennuttaja.

*Konsulttitoiminnan yleiset sopimusehdot* (KSE 1995)<sup>9</sup> ovat muun muassa rakentamisen, tuotannollisen toiminnan sekä yhdyskuntien tutkimus-, suunnittelu- ja valvontatehtävissä käytettäviksi tarkoitettut vakioehdot, joiden sopimusosapuolia ovat *konsultti* ja *tilaaja*.<sup>10</sup> Ehdoissa on määräyksiä

<sup>5</sup> RT 16-10660.

<sup>6</sup> *Hemmo* 2007, s. 146–147. Ks. YSE-ehtoihin viittaamisesta käydystä keskustelusta esim. KKO 2007:41, *Eskelinen* OT 2008/1, s. 10–14, *Laine* 1993, s. 15–25, ja *Oksanen – Laine – Kaskiaro* 2010, s. 32.

<sup>7</sup> YSE 1998, s. 1.

<sup>8</sup> *Oksanen – Laine – Kaskiaro* 2010, s. 17.

<sup>9</sup> RT 13-10574

<sup>10</sup> KSE 1995, s. 1. KSE-ehtojen päivitystyö on käynnissä vielä kesäkuussa 2013: ks. tarkemmin SKOL ry:n verkkosivut: <http://www.skolry.fi/>.

näiden välisistä toimeksiannoista.<sup>11</sup> Käytännössä KSE-ehtoja käytetään rakennusalalla esimerkiksi suunnittelusopimuksissa, joissa tilaajaosapuolena voi urakkamuodon perusteella olla joko rakennuttaja tai pääurakoitsija. Lisäksi konsulttisopimuksia tehdään muun muassa valvonta- ja rakennuskonsulttisopimuksissa.<sup>12</sup>

YSE-ehtojen tavoin KSE-ehdot paikkaavat lainsäädännön jättämää aukkoa, sillä konsulttisuhteille ei ole olemassa omaa erityislakiaan.<sup>13</sup> Sen sijaan toimeksiantosuhteita säännellään, joskin varsin pääpiirteisesti, kauppakaaren 18 luvussa, joka saattaa tulla sovellettavaksi konsulttisuhteessa.<sup>14</sup> Kauppakaaren soveltuvuus rakennuskonsulttisopimukseen on myös kyseenalaistettu sillä perusteella, etteivät toimeksiantoa koskevat kauppakaaren normit yleensä soveltu rakennushankkeen konsultin ja tilaajan väliseen suhteeseen. Todellisen toimeksiantosuhteen muodostuminen konsultin ja tilaajan välille on nähty mahdolliseksi vain tilanteissa, joissa konsultilla on tosiasiallinen oikeus toimia *tilaajan puolesta*.<sup>15</sup> Tämän tulkinnan perusteella kauppakaaren 18 luku saattaisi siis joissain tapauksissa tulla sovellettavaksi asioissa, joista KSE-ehdot vaikenevat. Myös oikeuskäytännön, kauppataivan, eri toimialoilla voimassa olevien hyvien tapojen ja lakien analogisen soveltamisen on sanottu tulevan kyseeseen konsulttisopimusten oikeuslähteinä.<sup>16</sup>

Elinkeinonharjoittajien väliseen rakennusmateriaalien, -tarvikkeiden ja -osien kauppaan on luotu omat vakioehtonsa, *rakennustuotteiden yleiset hankinta- ja toimitusehdot* (RYHT 2000)<sup>17</sup>. Ehdot soveltuvat myös sellaiseen kauppaan, johon voi sisältyä vähäistä ja lyhytaikaista asennustyötä työmaalla (kohta 1).<sup>18</sup> RYHT 2000 -ehtoja sovelletaan yleisesti rakennus-

<sup>11</sup> Konsulttisuhteen toimeksiantoluonnetta on arvosteltu, ks. *Kolehmainen* 2004, s. 214–215.

<sup>12</sup> Rakennushankkeiden konsulttitehtävistä tarkemmin, ks. *Kolehmainen* 2004, s. 195. Kolehmainen tosin määrittelee artikkelissaan konsultin tehtävät rakennushankkeissa suppeasti, sillä hän on jättänyt muun muassa suunnittelusopimukset kokonaan huomiotta.

<sup>13</sup> Tässä tarkoitetaan nimenomaisesti konsultin ja tilaajan välistä suhdetta. Sen sijaan maankäyttö- ja rakennuslaissa ja -asetuksessa sekä Suomen rakentamismääräyskokoelman A2-osassa säännellään suunnittelijan vastuita ja velvollisuuksia suhteessa rakennusvalvontaviranomaisiin, mikä jää tämän artikkelin aiheen ulkopuolelle.

<sup>14</sup> *Koskela* 2004, s. 28.

<sup>15</sup> Ks. tarkemmin *Kolehmainen* 2004, s. 226–227. Sen sijaan konsultin toimimista tilaajan edustajana ja sen merkitystä suhteessa ulkopuoliseen urakoitsijaan kuvaa ratkaisu KKO 1995:171, jossa kyse oli siitä, että korkeimman oikeuden mukaan rakennuttajan valvoja tai muu edustaja ei alan käytännön mukaisesti tee sopimuksia omista nimissään, mikä ammatillisena toimivan urakoitsijan tuli tietää. Urakoitsija ei siten voinut vaatia maksusuoritusta tilauksen tehneeltä konsultilta.

<sup>16</sup> KSE-ehtoja käsittelevässä tutkimuksessa muiden oikeuslähteiden mahdollinen soveltuvuus jää tässä kuitenkin pelkän maininnan varaan. Ks. konsulttisopimuksen oikeuslähteistä tarkemmin, *Koskela* 2004, s. 28.

<sup>17</sup> RT 17-10721.

<sup>18</sup> Todettakoon, että tietyissä tilanteissa rakennusalan vakioehdoilla on keskenään yhteinen soveltamisala: esimerkiksi mainittuun lyhytaikaiseen asennustyöhön saatetaan soveltaa RYHT-ehtoja, vaikka yleisesti kaikki työtä sisältävät sopimukset kuuluvat YSE:n soveltamis-

alalla tavaranhankkijan eli *ostajan* ja tavarantoimittajan eli *myyjän* välisissä toimitus- ja hankintasopimuksissa. Käytännössä ostajan roolissa on joko urakoitsija tai rakennuttaja sen perusteella, mikä on hankkeen urakkamuoto.<sup>19</sup>

Jos RYHT-ehtoihin ei ole nimenomaisesti viitattu, rakennustarvikkeiden kauppaan, kuten muuhunkin irtaimen kauppaan, sovelletaan kauppalakia (355/1987) lain 1.1 §:n mukaisesti. Kauppalain tahdonvaltaisuuden vuoksi sen soveltamisesta voidaan aina poiketa. RYHT-ehtoilla on kuitenkin vahva liityntä kauppalakiin niin yksittäisten määräysten sisällön kuin ehdoissa olevan nimenomaisen viittauksen vuoksi.<sup>20</sup> Vaikka ehdot ovat osa hankinta- ja toimitussopimusta, kauppalakia sovelletaan niiltä osin kuin RYHT-ehdoissa ei määrätä muuta. Tällaisen liitoksen on sanottu luovan sopimukseen niin sanotun ”*sopimuksen näkymättömän osan*”.<sup>21</sup> Kauppalain säännökset ja RYHT 2000 -ehtojen määräykset eivät kuitenkaan ole täysin yhteneväiset, vaan joissain kohdin lain ja vakioehtojen välillä on eroja muun muassa pidemmälle vietyjen velvollisuuksien suhteen. Näihin eroihin palataan tarkemmin jäljempänä RYHT-ehtojen virhevastuuta käsittelevissä kohdissa.

## 2.2 Rakennushankkeen virheet

### 2.2.1 Virheen määritelmästä

Artikkelissa käsiteltävä virhe on ajallisesti rajattu rakennus- ja takuu-aikaiseksi virheeksi. Rakennusaikaisella virheellä tarkoitetaan virhettä, jonka aktualisoitumisaika voidaan määritellä YSE 1998 -ehtojen avulla: rakennusajalla tarkoitetaan aikaa rakennustyön alkamisesta (17 §) siihen hetkeen, jolloin työt on saatettu loppuun eli kohteen vastaanottotarkastukseen tai käyttöönottopäivään (29.4 § ja 71 §).<sup>22</sup> Se, että rakennusaikaisen virheen aikarajaus voidaan tehdä pelkästään YSE-ehtojen määräysten

---

alaan, ks. *Oksanen – Laine – Kaskiario* 2010, s. 34. KSE- ja YSE-ehdoilla on rinnakkainen soveltamisala esimerkiksi projektinjohtopalvelu-urakkamuodossa, jossa projektinjohtokonsultin sopimus voidaan tehdä joko YSE- tai KSE-pohjaisena, joskin käytännössä kumpienkin vakioehtojen määräyksistä sovitaan jossain määrin toisin joko KSE-ehdoja laaventavasti tai YSE-ehdoja supistavasti, ks. tarkemmin *Peltonen – Kiiras* 2008, s. 23.

<sup>19</sup> *Oksanen – Laine – Kaskiario* 2010, s. 34.

<sup>20</sup> Ks. RYHT 2000: kohta 24.1.

<sup>21</sup> Ks. määritelmästä tarkemmin, *Haapio* 2005b, s. 25–48.

<sup>22</sup> Ks. YSE 1998 -ehtojen käsitteistö, s. 3. On kuitenkin huomattava, että artikkelissa käsiteltävistä virheistä esimerkiksi konsultin virhe saattaa tapahtua jo ennen rakennusajan alkua, mutta todennäköisesti harvoin rakennusajan jälkeen takuuajana. Tämän tyyppisten virheiden ajoittumisella ei kuitenkaan ole tässä suurta merkitystä, sillä tässä artikkelissa päähuomiona ovat konkreettisen virheen *seuraamukset*, jotka ovat yleensä samoja riippumatta siitä, tapahtuiko virhe vähän ennen rakennusaikaa, sen aikana vai takuuajalla. Olennaista aikarajan kannalta on se, milloin virhe on ilmennyt ja milloin siitä on reklamoitu.

perusteella, perustuu tämän artikkelin lähtökohtaan, että tässä käsiteltävillä eri vakioehdoin tehdyillä sopimuksilla on liityntä toisiinsa.<sup>23</sup> YSE 1998 -ehtojen mukaan takuu-aika on aika, jona urakoitsija sopimuksen mukaan vastaa työntuloksessa ilmenneiden virheiden korjauksesta.<sup>24</sup> Takuuajat ovat eri vakioehdoissa eripituisia: YSE-ehdoissa urakoitsijan takuu on kaksi vuotta (29 §), KSE-ehdoissa konsultin takuu on yleensä YSE:n mukainen (kohta 3.2.5), ja RYHT-ehdoissa myyjän takuu on 36 kuukautta luovutuspäivästä (kohta 18.1).<sup>25</sup> Ajallisesti rajaus jättää artikkelin ulkopuolelle takuuajan jälkeisen virhevastuun, josta on kaikissa ehdoissa omat määräyksensä.<sup>26</sup>

Seuraavissa alaluvuissa on käsiteltävät virheet jaoteltu *konkreettisiin* ja *palveluun liittyviin laatuvirheisiin*.

### 2.2.1.1 Konkreettinen laatuvirhe

Rakennusurakassa konkreettisella virheellä tarkoitetaan virhettä urakan fyysisissä ominaisuuksissa, joihin sisältyvät sekä urakan laajuus että laatu. Kun laatu määritellään laaja-alaisesti, siihen voidaan sisällyttää muun muassa rakennussuorituksen kestävyys, käyttöominaisuudet, rakenteellinen turvallisuus, terveellisyys ja ulkonäkö. Rakennusurakan konkreettisesta virheestä voidaan puhua osittain eri merkityksissä sen mukaan, mistä virhe alun perin johtuu ja missä se ilmenee. Tässä artikkelissa konkreettisella laatuvirheellä tarkoitetaan sitä, että sopimuskumppanin aikaansaama työntulos poikkeaa toiselle sopimusosapuolelle epäedullisella tavalla siitä, mihin sopimuskumppani sopimusta koskevien normien perusteella on velvollinen. Voidaan siis puhua *sopimuskumppanin suoritusvirheestä*.<sup>27</sup> Tämä määrittely pätee myös muihin rakennushankkeisiin liittyviin konkreettisiin virheisiin, kuten tavarantoimituksen tai suunnitelman laatuvirheisiin.

Edellä on esitelty käsiteltävien sopimussuhteiden suorittajaosapuolet, joita ovat YSE-urakoitsija, KSE-konsultti ja RYHT-myyjä. Konkreettiset

<sup>23</sup> Liitynnällä tarkoitetaan tässä sitä, että eri vakiosopimusehdot ovat saman sopimusketjun osa. Sopimusten liitynnän haasteita on pohtinut esim. *Hellner* 1997, s. 168.

<sup>24</sup> Ks. YSE 1998 -ehtojen käsitteistö, s. 3.

<sup>25</sup> Tässä esitetty lista on yksinkertaistettu. Näistä kaikista takuuajoista voidaan luonnollisesti sopia toisin, ja vakioehdot asettavat takuuajoille myös erilaisia variaatioita, ks. esim. KSE 1995: kohta 3.2.5 kokonaisuudessaan.

<sup>26</sup> YSE 1998: 30 §, KSE 1995: kohta 3.2.5 ja RYHT 2000: kohta 18.5.

<sup>27</sup> *Laine* 1993, s. 67–68. Laine perustaa tämän määritelmänsä *Routamon vastaavuusteoriaan*, jota voidaan pitää yhtenä virheen määritelmän lähtökohtana. Vastaavuusteorian mukaan virheen olemassaoloon voidaan ottaa kantaa vasta sitten, kun on perehdytty sopimuksen normilähteisiin. Teorian perusteella ratkaisu vastaavuudesta tai sen puuttumisesta on tehtävä vertaamalla suoritusta mielikuvaan, joka perustuu sopimuksen taustalla oleviin eri normeihin, joita ovat sopimukseen kuuluvan aineiston lisäksi muun muassa kirjoitetut sopimusoikeuden normit, tulkintasäännöt ja yleiset opit. Ks. tarkemmin, *Routamo* LM 1980, s. 934–937.

laatuvirheet ovat mahdollisia kaikkien suorittajien rooleissa. Sitä vastoin suorittajien virheet saattavat myös joko kokonaisuudessaan tai vain osittain olla tässä artikkelissa määritellyn mukaisesti niin sanottuja palveluihin liittyviä laiminlyöntejä, joita käsitellään seuraavassa luvussa konkreettisista laatuvirheistä erillään. Vastaavantyyppinen erottelu voidaan kuitenkin tehdä myös konkreettisen laatuvirhetyypin sisällä jakamalla virheet tulos- ja toimintavelvoitteiden perusteella. Kun tulosvelvoite edellyttää velalliselta tietyn *konkreettisen lopputuloksen* saavuttamista, toimintavelvoite taas vaatii asianmukaista ja huolellista *menettelyä* tuloksen saavuttamiseksi.<sup>28</sup> Esimerkiksi KSE-konsulttina toimivan rakennuskonsultin velvollisuuksiin kuuluu yleensä tiettyjä menettelyvaatimuksia.<sup>29</sup>

Virhemääritelmien taustalla ovat kauppalaki ja siinä säännelty irtaimen kaupan virhemääritelmä.<sup>30</sup> Kauppalaissa tavarán sopimuksenmukaisuudesta säännellään lain 17 §:ssä. Lain virhemääritelmä ei kuitenkaan ole tyhjentävä, vaan myös se täydentyy muun normiston avulla, ja sillä on pikemminkin virhemääritelmää selventävä tehtävä.<sup>31</sup> Olennaista on sekín, että kauppalain tahdonvaltaisuuden vuoksi määritelmä on tulkintasääntö, jota lain tahdonvaltaisuuden vuoksi voidaan rajoittaa varaumin.<sup>32</sup>

Artikkelissa käsiteltävistä vakioehdoista YSE- ja RYHT-ehdoissa virhe on määriteltý samantapaisesti kuin kauppalaissa.<sup>33</sup> Molempien ehtojen määritelmät ovat kuitenkin monissa yksityiskohdissa laista poikkeavat: YSE-ehdoissa määritelmä on esimerkkityyppinen, ja ehtojen mukaan virhe on ”*työn tuloksessa oleva ominaisuus, joka ei vastaa sovittua suoritusta. Virhe voi ilmetä esimerkiksi vauriona, puutteena tai haittana*”.<sup>34</sup> YSE-ehtoisessa sopimussuhteessa konkreettisella virheellä tarkoitetaan rakennusvirhettä eli virheellistä työntulosta.<sup>35</sup> Virhearviointi siis perustuu lähtökohtaisesti muuhun kuin vakioehtojen tulkintaan. YSE-ehtojen rooli virheen määrittelyssä on se, että ehdot voivat sisältää täydentäviä määräyksiä siltä varalta, että työntuloksen laatu on joiltain osin jäänyt sopimusasia-

<sup>28</sup> Ks. toiminta- ja tulosvelvoitteiden eroista tarkemmin, *Norros* 2012, s. 126–131. Ks. kyseisten virheiden luokittelusta laatuvirheiksi, *Hemmo* 2003, s. 131 ja *Laine* 1993, s. 67.

<sup>29</sup> Ks. valvonnan toteuttamisesta esim. YSE 1998 -ehtojen 61 §.

<sup>30</sup> Edellä mainittu vastaavuusteoria on luotu nimenomaan irtaimen kaupan virheen määrittelyä varten. Teorian soveltuvuutta myös muunlaisiin laatuvirheisiin ja muihin virhetyyppisiin voidaan kuitenkin puolata sillä, että irtaimen kauppaa sääntelevän kauppalain virhesäännökset ovat keskeisiä koko sopimusoikeudelliselle suoritusvirhenormistolle, ks. tarkemmin *Hemmo* 2003, s. 112 ja 125.

<sup>31</sup> HE 93/1986 vp, s. 60.

<sup>32</sup> *Wilhelmsson – Sevón – Koskelo* 2006, s. 101.

<sup>33</sup> Ks. YSE-ehtojen käsitteistö ja RYHT-ehtojen kohdat 10.1–2.

<sup>34</sup> YSE 1998 -ehtojen käsitteistö, s. 3.

<sup>35</sup> Määritelmä vastaa *Laineen* 1992 väitöskirjassaan käyttämää määritelmää, ks. s. 67–68. Ks. virheen määritelmästä myös *Sandvik* 1966, s. 381 ss. ja *Hørlyck* 1993, s. 287–292.

kirjoissa määrittelemättä eivätkä virallislähteet aseta omia vaatimuksiaan.<sup>36</sup>

Edellä mainituin tavoin RYHT-ehdot sisältävät oman virhemääritelmän. Ehdossa RYHT-myyjälle asetetaan kauppalakia pidemmälle meneviä velvollisuuksia erilaisten asiakirjojen toimittamiseksi. RYHT-ehdoissa sopimussuhteessa kauppalaan säännösten merkitys kuitenkin korostuu ainakin kahdesta syystä: ensinnäkin RYHT-ehdot on tarkoitettu irtaimen kauppiaan, joten ne rinnastuvat kauppalakiin soveltamisalansa puolesta, ja toiseksi ehdoissa on nimenomainen määräys kauppalaan soveltumisesta.<sup>37</sup> RYHT-myyjän vastuulla olevan virheen olemassaolon arvioinnissa on RYHT-ehdojen ohella siten huomioitava myös kauppalaan tulkintakannanotot ja soveltamiskäytäntö.

KSE-ehdoissa virhe on määritelty eri tavoin: virhemääritelmä puuttuu, mutta se on luettavissa ehtojen suoritusvelvollisuusmääräyksestä.<sup>38</sup> Ehdossa puhutaan yleisesti sopimuksen ja voimassa olevien säädösten mukaisuudesta. KSE-konsultin konkreettinen virhe voi olla esimerkiksi suunnitelman virhe, joka on havaittavissa rakennettavassa rakennuksessa tai sen osassa, jolloin kauppalaan virhesäännösten analogista soveltamista on pidetty mahdollisena.<sup>39</sup> Sen sijaan on vaikea kuvitella, että muunlainen KSE-konsultin laiminlyönti voisi johtaa konkreettiseen virheeseen; muissa tilanteissa kyse on pikemminkin erityyppisistä palveluun liittyvistä laatu- tai virheistä.

### 2.2.1.2 Palveluun liittyvä laatu- tai virhe

Laatu- tai virheestä voidaan puhua myös silloin, kun velvoitteena ei ole ollut fyysisen kohteen luovutus, kuten RYHT-myyjän tavarantoimitus, taikka aineellisen työntuloksen aikaansaaminen, kuten YSE-urakoitsijan urakka- tai suoritus tai KSE-konsultin suunnitelma.<sup>40</sup> Palvelun suorittamiseen liittyvä virhevastuu voidaan määritellä *asiantuntijavastuuksi*, sillä siinä suorituksen ydinsisältönä on asiantuntemuksen tarjoaminen.<sup>41</sup>

<sup>36</sup> Laine 1993, s. 74. Rakennusvirheen arvioinnista tarkemmin, ks. mts. 72.

<sup>37</sup> Ks. RYHT 2000 -ehtojen kohta 24.1.

<sup>38</sup> Ks. KSE 1995 -ehtojen kohta 3.2.1.

<sup>39</sup> Koskela 2004, s. 60. Vastaavanlaisena virheenä voitaneen pitää myös suunnitelman virhettä, joka havaitaan jo itse suunnitelmasta, mutta tällainen virhe voidaan toisaalta luokitella myös asiantuntijuusvelvoitteen laiminlyönniksi. Rajanveto ei ole yksiselitteinen. Kärkkäisen (2005) mukaan suunnitelmavirheet voidaan rinnastaa pitkälti KL 17 §:n mukaisiin konkreettisiin ja abstrakteihin virheisiin, mts. 96, av. 291. Abstrakti virhe on kyseessä silloin, kun suoritus on virheellinen lain perusteella, ja konkreettinen virhe sopimusmääräyksen tai sopimuskäytännön mukaisien edellytysten perusteella, eli erottelulla kuvataan suoritukselle asetettavien vaatimusten erilaista normatiivista perustaa, ks. Hemmo 1994, s. 49.

<sup>40</sup> Hemmo 2003, s. 134.

<sup>41</sup> Norros LM 2008, s. 637. Jäljempänä tässä artikkelissa puhutaan myös asiantuntijuusvelvoitteista ja -velvollisuuksista.



Asiantuntijavastuu liittyy suorituksen asiantuntijaluonteeseen, joka tässä artikkelissa käsiteltävistä sopimusosapuolista on selvimmän KSE-konsultilla, vaikka konsultin virhe voi edellä todetusti olla myös konkreettinen. Syynä siihen, että konsultin virheet voivat olla hyvin erityyppisiä, on KSE-ehtojen laaja soveltuvuus erilaisiin sopimustyyppisiin.<sup>42</sup> Asiantuntijapalveluissa suorituksen olennainen osa on tavallisesti informaation välittäminen, mutta kysymys voi myös olla esimerkiksi asiakirja-aineiston laatimisesta. Näissä tapauksissa virhevastuu ilmenee usein sen arvioimisena, onko konsultti antanut tilaajalle oikeat ja riittävät tiedot tilaajan kannalta tärkeistä asioista tai onko palvelu muuten toteutettu tilaajan edun mukaisella tavalla.<sup>43</sup> Virhearviointiin liittyy myös kysymys siitä, onko asiantuntija sitoutunut tietyn tavoitteen saavuttamiseen sinänsä vai ainoastaan huolelliseen toimintaan tavoitteen saavuttamiseksi. Koska etenkin konsultin asiantuntijapalvelulle on tyypillistä, että tilaajan tavoitteen toteutuminen riippuu konsultin toiminnan lisäksi myös erilaisista ulkopuolisista seikoista, konsultti pyrkii ulottamaan vastuunsa ainoastaan huolelliseen toimintaan, jolloin tavoitteen toteutumatta jääminen ei itsessään merkitse sopimusrikkomusta.<sup>44</sup>

Asiantuntijan velvoitteiden sisältöön liittyy erityispiirteitä, sillä sopimustyyppien oikeudelliset kysymykset poikkeavat paljon esimerkiksi tavara-kaupasta ja vastaavista fyysisiä kohteita koskevista sopimuksista.<sup>45</sup> Nämä erityispiirteet liittyvät muun muassa tiettyjen oikeusperiaatteiden korostumiseen. Yksi asiantuntijan velvoitteiden sisällön määrittelyssä korostuva periaate on lojaliteettivelvollisuus, jolla on merkitystä etenkin silloin, kun asiantuntijan ja tämän asiakkaan tai asiantuntijan eri asiakkaiden keskeiset edut ovat ristiriitaisia. Tällaisissa tapauksissa asiantuntijan on luovuttava tehtävän hoitamisesta, ellei tämä ole mahdollista lojaalisuusvaaraa aiheuttamatta. Tyypillistä asiantuntijavastuulle on myös asiantuntijan velvoitteiden laajentava tulkinta, mikä tarkoittaa sitä, että asiantuntijan on vähintään huomautettava asiakkaalle seikoista, joihin voi liittyä riskejä toimeksiannon kannalta. Huomautusvelvoitteeseen liittyvät myös asiantuntijan varoittamisvelvollisuus ja velvollisuus ottaa asiakkaan tavoitteet huomioon, mikä saattaa edellyttää asiantuntijalta huomauttamista myös sellaisista riskeistä tai erityishuomiota kaipaavista kysymyksistä, joiden

<sup>42</sup> KSE-ehtoja käytetään laajasti eri aloilla ja erilaisissa tehtävissä, joissa kyse voi olla täysin erilaisista sopimuskohteista. Kohteena voi olla esimerkiksi konkreettinen suunnitelma tai abstrakti valvontatyö.

<sup>43</sup> *Hemmo* 2003, s. 134.

<sup>44</sup> *Norros LM* 2008, s. 639.

<sup>45</sup> *Hemmo – Hoppu* 2012, 16. Asiantuntijapalvelujen tarjoaminen / Asiantuntijapalvelu oikeudellisena ilmiönä / Palvelun sisältö.

hoitaminen ei kuulu toimeksiannon piiriin.<sup>46</sup> Kuten jäljempänä käy ilmi, myös urakoitsijan YSE-ehtojen mukaiseen vastuuseen liittyy vastaavanlainen asiantuntijuusveloite, vaikka lähtökohtaisesti urakoitsijan suoritus ja siinä tapahtuva virhe ovat konkreettisia.<sup>47</sup> RYHT-ehdot eivät sen sijaan suoraan aseta myyjälle asiantuntijavastuuta. Myöhemmin todettavin tavoin myyjälle kauppalain perusteella syntyvä asiantuntijavastuu saattaa käytännössä olla merkityksetön ainakin silloin, kun ostaja voidaan katsoa itsekin asiantuntijaksi.<sup>48</sup>

### 2.2.2 Rakennusalan vakiosopimusosapuolten suorittajien virhetyypit

Artikkelissa käsiteltävien vakioehtojen mukaiset suorittajien virhetyypit on esitetty seuraavassa taulukossa (taulukko 1), josta ilmenee, että yhtäältä jokaisen luontoissuorittajan virhe voi olla konkreettinen, mutta toisaalta suoritusten erilaisuus ilmenee muun ohella virhetyyppien eroina. Tämän eroavaisuuden hahmottaminen auttaa ymmärtämään myös sitä, miksi myös jäljempänä käsiteltävät virheen seuraamukset ovat ehtojen välillä erilaisia.

**Taulukko 1.** Vakioehtojen suorittajaosapuolten virhetyypit.

Suorittaja	Konkreettinen laatuvirhe	Palveluun liittyvä laatuvirhe
<b>YSE-urakoitsija</b>	Tulosveloitteen laiminlyönti (esim. rakennusvirhe)	Tulosveloitteeseen sisältyvän asiantuntijuusveloitteen laiminlyönti (ammattitaidon puute)
<b>KSE-konsultti</b>	Tulosveloitteen laiminlyönti (esim. virheellinen suunnitelma) tai toimintaveloitteen laiminlyönti (esim. virheellinen neuvo)	Sopimustyyppin luonteeseen liittyvä asiantuntijuusveloitteen laiminlyönti (palvelun virhe / ammattitaidon puute)
<b>RYHT-myyjä</b>	Tulosveloitteen laiminlyönti (esim. virheellinen tavara)	Kauppalain perusteella syntyvän asiantuntijuusveloitteen laiminlyönti (ammattitaidon puute – ei välttämättä merkitystä, jos myös ostaja asiantuntija)

<sup>46</sup> Hemmo – Hoppu 2012, 16. Asiantuntijapalvelujen tarjoaminen / Asiantuntijan veloitteiden sisältö.

<sup>47</sup> YSE-urakoitsijan asiantuntijuusveloitteen voidaan katsoa sisältyvän YSE-ehtojen mukaiseen laatuvirhevastuuseen. Myöhemmin tässä artikkelissa viitattavalla asiantuntijuus- ja huolellisuusveloitteella tarkoitetaan asiantuntijuuteen perustuvaa vastuuta, joka sisältää vastuun samanlaisista palveluun liittyvistä virheistä, jotka tässä on luokiteltu oman virhe- luokkansa alle. Sen sijaan KSE-konsultin virhevastuu esimerkiksi silloin, kun konsultti toimii valvontatehtävissä, voi olla kokonaisuudessaan asiantuntijavastuun alasta.

<sup>48</sup> Ks. luku 3.4.

## 3 VIRHEESTÄ AIHEUTUVAT SANKTIOT

### 3.1 Sanktiot yleisesti

Sopimussidonnaisuuden tosiasiallisen merkityksen on sanottu ratkaisevan se, millaisilla oikeuskeinoilla sopimusvelvoitteiden täyttämistä tehostetaan.<sup>49</sup> Rakennushankkeessa suoritushäiriöseuraamusten järjestelmä on monin tavoin yhteydessä lojaliteetin vaatimukseen. Tämä näkyy muun muassa reklamaatiovelvollisuuksien korostamisena ennen muita seuraamuksia ja pidättyvänä suhtautumisena rakennusurakan purkamis- tai keskeyttämisvaatimukseen alan oikeuskäytännössä. Lojaliteettiperiaatteen mukainen sopimuskumppanin etujen huomioiminen ei siis rajoitu vain sopimuksen mukaiseen suoritukseen, vaan ne on otettava huomioon myös silloin, kun sopimuskumppani on aiheuttanut sopimusrikkomuksen.<sup>50</sup>

Oikeuskeinot vaikuttavat myös sopimussopimuksen väliseen riskin jakamiseen, ja ne määräävät sopimussidonnaisuuden merkityksen siten, että osapuoli on tietoinen oikeuksistaan tilanteessa, jossa sopimuksen luontoissuoritus ei toteudu.<sup>51</sup> Ensisijaisesti sopimuksen mukainen suoritus korvataan uudella suorituksella tai virhe oikaistaan. Suoritustasapainon palauttamisen keinoja ovat sen sijaan hinnanalennus ja vahingonkorvaus. Sopimuksen mukaisen suorituksen saamisen lisäksi oikeuskeinoilla turvataan reaktiokustannuksia ja sopimukseen perustuvaa luottamusta, joiden laiminlyönneistä aiheutuneiden vahinkojen hyvityskeinona on ainoastaan vahingonkorvaus.<sup>52</sup> Sanktioiden määräytymiseen vaikuttaa myös se, mistä virhetyypistä on kyse.<sup>53</sup> Sovitun *tulos*velvoitteen täyttämättä jättäminen antaa velkojalle oikeuden vaatia edellä mainittuja seuraamuksia. Sen sijaan *toimintavelvoitteiden* laiminlyöntiä ei voida tarkastella irrallaan velalliseen kohdistuvista huolellisuusvelvollisuuksista.<sup>54</sup> Jos toimintavelvollinen velallinen on täyttänyt oman toimintavelvoitteensa, mutta lopputulos on siitä huolimatta epäonnistunut, ei velkojalla ole oikeutta vaatia seuraamuksia pelkän epäonnistuneen lopputuloksen perusteella.

Urakka-, konsultti- sekä hankinta- ja toimitussopimusten oikeusseuraamusjärjestelmät sisältävät edellä esitetyt oikeuskeinot, joskin ehtojen välillä on myös eroja esimerkiksi erilaisten vastuunrajoitusehtojen vuoksi. Seuraavissa alaluvuissa tarkastellaan lyhyesti tässä artikkelissa suorittajiksi

<sup>49</sup> Hemmo 1994, s. 2.

<sup>50</sup> Rudanko 1989, s. 43–44. Ks. tarkemmin neutraalista reklamaatiosta ja yksityiskohtaisen vaatimuksen esittämisestä yleisinä oikeusperiaatteina esim. Norros 2012, s. 318–326.

<sup>51</sup> Hemmo 1994, s. 2–3.

<sup>52</sup> Hemmo 2003, s. 174.

<sup>53</sup> Ks. luku 2.2.

<sup>54</sup> Hemmo 2003, s. 132.

määriteltyjen sopimusosapuolten vakiehtojen mukaisia sanktiomääräyksiä ja sitä, miten tilaajien toiminta vaikuttaa näiden sanktioiden toteutumiseen. Suorittajille koituvien sanktioiden erot konkretisoituvat sopimusketjuissa, joita käsitellään luvussa 4.

## 3.2 Urakoitsijan sanktiot urakkasopimuksessa

### 3.2.1 YSE-urakoitsijan sanktiot (YSE 1998)

YSE-ehtojen 1 §:n mukaan urakoitsijan päävelvollisuuteen kuuluu saada aikaan sopimusasiakirjojen ja voimassa olevan lainsäädännön mukainen työntulos. Lain tasolla rakentamiselle asetettavista vaatimuksista säännellään MRL 117 §:ssä, jossa viitataan myös hyvän rakennustavan<sup>55</sup> noudattamiseen. Urakoitsijan vastuuseen liittyy kiinteästi myös sille asetettu asiantuntijuus- ja huolellisuusvelvoite, ja YSE-ehtoissa on omat määräyksensä siitä, että urakoitsijaa pidetään rakennusalan ammattilaisena (1.3 § ja 33 §).<sup>56</sup> YSE-ehtoissa urakoitsijan virhevastuusta määrätään eri tavoin muun muassa sen perusteella, koska virhe havaitaan tai kuka on vahingonkärtsijä.<sup>57</sup> Tämän artikkelin käsittelyn kohteena on kuitenkin rakennus- ja takuuaikainen virhevastuu (26–27 § ja 29 §). Urakoitsijan virhevastuuta arvioidaan sen mukaan, vastaako fyysinen työntulos laadultaan ja laajuudeltaan urakka-asiakirjoja ja urakkaan liittyviä muita täydentäviä asiakirjoja, ja ellei työntulosta ole näissä määritelty, verrataan työntulosta julkisoikeudellisiin määräyksiin ja hyvään rakennustapaan (15 §).<sup>58</sup> Tässä artikkelissa YSE-urakoitsijan virhe on kuitenkin aina alun perin jonkin urakoitsijan vastuupiiriin kuuluvan kolmannen osapuolen aiheuttama.<sup>59</sup>

YSE-ehdot tarjoavat erilaisia oikeusseuraamuksia urakoitsijan virheen seurauksena: ensisijaisesti urakoitsijalla on korjaamisvelvollisuus (27.1 §).<sup>60</sup>

<sup>55</sup> Hyvästä rakennustavasta tarkemmin esim. *Laine* 1993, s. 85 ss.

<sup>56</sup> Tarkemmin YSE-urakoitsijan huolellisuusvelvoitteesta, ks. *Kärkkäinen* 2005, s. 87–94. Asiantuntijuus- ja huolellisuusvelvoitetta on korostettu myös oikeuskäytännössä muun muassa ratkaisussa KKO 2007:5, KKO 1993:130, KKO 1983 II 33 ja KKO 1980 II 49.

<sup>57</sup> YSE 1998 -ehdoissa on tässä käsiteltävän virhevastuun lisäksi määräykset muun muassa urakoitsijan tuotevastuusta (28 §) ja vastuusta takuuajan jälkeen (30 §) sekä vastuusta kolmannelle henkilölle (31 §).

<sup>58</sup> *Oksanen – Laine – Kaskiario* 2010, s. 130. Ks. myös *Hellner – Hager – Persson* 2005, s. 133.

<sup>59</sup> Käytännössä tämä tarkoittaa, että seuraavassa luvussa käsiteltävissä sopimusketjuissa urakoitsijan virhe on aiheutunut joko KSE-konsultin tai RYHT-myyjän virheestä.

<sup>60</sup> Virheen korjaamisen laajuutta on määritelty ratkaisussa KKO 2001:14, jossa korkein oikeus totesi, että rakennusurakoitsijan on vakiintuneesti katsottu olevan velvollinen suorittamaan kaikki rakennustekniset työt, jotka ovat välttämättömiä urakoitsijan vastuulle kuuluvan rakennusvirheen korjaamiseksi. YSE-ehtojen mukaisesta urakoitsijan korjaamis-

Virhe voidaan korvata myös kokonaan uudella suorituksella tai hyvittää arvonalennuksella (27.2 §).<sup>61</sup> Viime kädessä tilaajalla on oikeus korjauttaa virheet urakoitsijan kustannuksella (91 §).<sup>62</sup> Samanlainen sanktiojärjestelmä samoine oikeuskeinoineen pätee myös takuuajakaaiseen vastuuseen, joskaan urakoitsijan vastuu ei ulotu rakennuskohteen kulumisesta tai muusta tilaajan vastuulla olevasta vauriosta aiheutuneisiin vikoihin (29.1–3 §).<sup>63</sup> YSE-ehtojen mukainen urakoitsijan takuuajaka on kaksi vuotta (29.1 §).

Urakoitsijan takuuajakaisten virhevastuun laajuus on ollut ratkaistavana korkeimman oikeuden ratkaisussa KKO 1980 II 49, joka koski puhdistamon vesiaseman paalutus- ja maansiirtotöitä sisältänyttä urakkaa, jossa maamassat olivat siirtyneet ennen vastaanottotarkastusta ja sen jälkeen. Siinä urakoitsija oli vastuussa myös takuuajakana kallistuneiden paalujen korjaamisesta, sillä urakoitsija ei ollut näyttänyt, että maamassojen siirtyminen olisi aiheutunut jostain muusta urakoitsijasta riippumattomasta syystä.

Yhteistä edellä mainituille oikeusseuraamuksille on se, että ne eivät edellytä urakoitsijan syyllistymistä tuottamukseen. Sen sijaan edellytyksenä vahingonkorvaukselle, joka voi olla urakoitsijan virheen ainoa tai muiden seurausten kanssa rinnakkainen sanktio, on urakoitsijan tuottamus.<sup>64</sup>

YSE-ehtoissa vahingonkorvausta koskevat määräykset ovat lähtökohdaisesti samat sekä urakoitsijalle että tilaajalle (24 ja 25 §). Tämä vastuu on täysimääräistä vastuuta sopimusrikkomuksesta toiselle sopijapuolelle aiheutuneista vahingoista lukuun ottamatta vahinkoja, joita ei ole voitu kaikkea mahdollista huolellisuutta noudattamalla välttää (25.1–2 §). Vastuu on siten tuottamusvastuuta.<sup>65</sup> Korvauksen arvioinnissa tulevat sovellettaviksi vahingonkorvauksen yleiset periaatteet, ja lähtökohtana on positiivisen sopimusedun korvaaminen.<sup>66</sup> Tilaajan ja urakoitsijan vastuunjaossa merkityksellisiä ovat myös tilaajan tiedonanto- ja urakoitsijan selonottovelvollisuudet, joiden kautta riskinjako suoritetaan subjektiivisin

---

velvollisuudesta tarkemmin, ks. *Laine* 1993, s. 146–150. Urakoitsijalla on myös oikeus korjata virheensä, ks. *Laine* 1993, s. 139 ja s. 198 ss. ja *Liuksiala* 2004, s. 95.

<sup>61</sup> YSE 1998 -ehdoissa puhutaan *arvonalennuksesta*. Tässä artikkelissa sillä tarkoitetaan samaa kuin hinnanalennuksella.

<sup>62</sup> Teettämiskorvauksen määräytymisestä, ks. *Laine* 1993, s. 164–170.

<sup>63</sup> Esimerkkinä ratkaisusta, jossa takuuajalla tapahtuneet vahingot eivät johtuneet urakoitsijan puolella olevasta syystä, on KKO 1980 II 23, jossa kyse oli urakoitsijan vedenpuhdistuslaitokseen asentamien laitteiden rikkoutumisesta.

<sup>64</sup> *Liuksiala* 2004, s. 94 ja 98.

<sup>65</sup> Esim. *Hemmo* 1994, s. 9–10.

<sup>66</sup> Ks. esim. mts. 89. Sopimusoikeudelliseen vahingonkorvaukseen läheisesti liittyviä positiivisen sopimusedun määritelmää, vahingonkorvauksen edellytyksiä ja korvausta rajoittavia tekijöitä ei tässä ole mahdollisuutta käsitellä laajemmin. Ks. näistä tarkemmin, esim. mts. kokonaisuudessaan.

perustein. Näitä velvollisuuksia voidaan pitää käsitteinä, joiden avulla arvioidaan kunkin osapuolen tuottamus.<sup>67</sup>

Esimerkkinä urakoitsijan vahingonkorvausvelvollisuuden aktualisoitumisesta on hovioikeuden ratkaisu HelHO 1.12.2000, S 99/1292 (lainvoimainen), jossa kyse oli YSE 1983 -ehtojen mukaisesta uimalaitoksen venttiilien asennusurakasta. Tapauksessa itse urakoitsijan suorituksessa ei ollut fyysistä virhettä, vaan virhe johtui asennetun venttiilin toimivuudesta, jota hovioikeus piti urakoitsijan vastuupiiriin kuuluvana. Hovioikeus perusti ratkaisunsa urakoitsijan asiantuntijaroolin edellyttämään huolellisuusvaatimukseen, jonka mukaisesti urakoitsijan oli varauduttava siihen, että yksittäisestä rikkoontumisesta saattaa aiheutua suurikin vahinko. Urakoitsija velvoitettiin korvaamaan uimalaitoksessa tapahtunut vesivahinko kokonaisuudessaan.<sup>68</sup>

Takuuajan vastuusta määräävässä YSE 1998 -ehtojen 29 §:ssä ei ole mainittu mitään vahingonkorvauksesta, joten ehdoissa ei oteta suoraan kantaa siihen, soveltuuko 25 §:n vahingonkorvausmääräys myös takuuajana. Kumpikin tulkinta on mahdollinen, mutta ehtojen kokonaisuuden kannalta on loogisempaa, että urakoitsijan täysimääräinen vahingonkorvausvastuu ulottuu myös takuuajana.<sup>69</sup>

Urakoitsijan vastuuta omasta suorituksestaan korostavat urakoitsijan laadunvarmistus- ja -valvontavelvollisuudet (10–11 §). Myös tilaajalla on tietty huomautusvelvollisuus urakoitsijan virheistä, mutta ainoastaan vastuu urakoitsijan *vakavasta* virheestä saattaa siirtyä tilaajalle (61.4–5 §).<sup>70</sup> Ehdon sanamuodonmukaisen tulkinnan perusteella valvojan passiivisuutta tavallisen virheen osalta ei siten voida pitää hiljaisena hyväksymisenä sopimuksenmukaisesta suorituksesta poikkeamiselle.<sup>71</sup> Tällainen tulkinta ei kuitenkaan ole yksiselitteinen, sillä sen mukaan valvonnan oikeuspe-

<sup>67</sup> Sandvik 1966, s. 297. Velvoitteiden laajempi käsittely ei tässä artikkelissa ole mahdollista. Tilaajan tiedonantovelvollisuudesta tarkemmin, ks. esim. Halila 1981 ja urakoitsijan selonottovelvollisuudesta esim. Kärkkäinen 2005. Tässä artikkelissa urakoitsijan selonottovelvollisuus, josta määrätään YSE 33 §:ssä, sisältyy *asiantuntijuus- ja huolellisuusvelvollisuuden* käsitteeseen.

<sup>68</sup> Ks. ratkaisusta kirjoitettu kommentti, *Pistemaa* OT 2001/4, s. 11–12, jonka mukaan ratkaisussa on kyse myös artikkelin luvussa 2.2 esillä olleesta virheen määrittelyn ongelmallisuudesta, sillä virheellisyys ei ilmennyt suorituksen fyysisistä ominaisuuksista, vaan virhettä määriteltiin muun muassa urakoitsijan tietämyksen ja venttiilin käyttökelpoisuuden avulla.

<sup>69</sup> Ks. perusteluista tarkemmin *Klementjeff-Sarasma* 2005, s. 148–150. Perusteluissa on mainittu myös hovioikeuden ratkaisu (RovHO 31.12.2002, S 01/497, lainvoimainen), jossa urakoitsijan vahingonkorvausvastuu ulottui myös takuuajan jälkeiseen aikaan, mikä puoltaa määräyksen soveltuvuutta myös takuuajana.

<sup>70</sup> Määräykset liittyvät tilaajan valvontaan.

<sup>71</sup> Sandvik 1966, s. 311.

riaatteena ei voitaisi pitää tilaajan lojaliteettia urakoitsijaa kohtaan, vaan valvontavollisuus perustuisi vain tilaajan etuihin.<sup>72</sup>

Tilaajan reklamaatiolle urakoitsijan virheen vuoksi ei ole rakennusaikana annettu tiettyä virheen havaitsemisen jälkeistä määräaikaa, vaan urakoitsijan vastuu on periaatteessa voimassa normaalin vanhentumisajan, ellei tilaaja ole menettänyt puhevaltaansa laiminlyödessään reklamoinnin vastaanottotarkastuksessa (71 §).<sup>73</sup> Myös takuuvastuun piiriin kuuluvat virheet todetaan tavallisesti takuuaajan jälkeisessä tarkastuksessa (74 §) lukuun ottamatta virheitä, jotka urakoitsija on tilaajan vaatimuksesta korjannut takuuaikana viipymättä (29.2 §).<sup>74</sup> Lojaliteettivelvollisuuden perusteella tilaajan on kuitenkin pyrittävä esittämään reklamaationsa mahdollisimman ajoissa, sillä urakoitsijan virhevastuuta saattaa kaventaa se, jos tilaajan reklamaation viivyttelämisen vuoksi vahingot ovat suurempia kuin silloin, jos tilaaja olisi reklamoinut heti virheen havaittuaan.<sup>75</sup>

YSE-ehtojen mukaan tilaajalla on tietyissä tilanteissa oikeus purkaa urakkasopimus, jos urakoitsijan työntulos on joko arvoltaan sopimuksenmukaisen työntuloksen arvoa huomattavasti alhaisempi tai tavalliseen tai sopimuksenmukaiseen tarkoitukseen kelvoton (78.1 b §).<sup>76</sup> Urakkasopimuksen purkamiseen tulisi urakoitsijan virheen vuoksi ryhtyä vain tilanteessa, jossa kyse on merkittävästä laatuvaatimuksista poikkeamisesta tai virheiden suuresta määrästä, ja silloinkin ratkaisevaa on se, missä määrin olosuhteet osoittavat urakoitsijan puuttuvaa halua tai kykyä rakennustyön asianmukaiseen suorittamiseen.<sup>77</sup> YSE-tilaajalla ei ole oikeutta urakkasopimuksen purkamiseen, jos urakoitsija on halukas ja kykenevä korjaamaan aiheuttamansa virheen.<sup>78</sup> Urakoitsijan vahingonkorvausvastuu purkutilanteessa on täysimääräinen (83 §).<sup>79</sup> YSE-urakoitsijan virhevastuun keskeinen sisältö on esitetty seuraavassa taulukossa (taulukko 2).

<sup>72</sup> Rudanko 1989, s. 67. YSE 1998 -ehtojen 62.2 §:ssä mainittu tilaajan tuottamusvastuu vakavasta virheestä on otettu ehtoihin tämän tulkinnan jälkeen.

<sup>73</sup> Liuksiala 2004, s. 99.

<sup>74</sup> Klementjeff-Sarasma 2005, s. 142.

<sup>75</sup> Ks. tarkemmin Sandvik 1966, s. 420 ss., ja Hörlyck 1993, s. 313–316.

<sup>76</sup> Erma 1976, s. 126.

<sup>77</sup> Sandvik 1966, s. 411.

<sup>78</sup> Laine 1993, s. 202. Oma kokonaisuutensa on kuitenkin YSE-tilaajan vetäytymisoikeus, jolla tarkoitetaan tilannetta, jossa tilaaja purkaa urakkasopimuksen voimatta vedota urakoitsijan sopimusrikkomukseen. Ks. vetäytymisoikeudesta esim. mts. 141–145 ja 202–204.

<sup>79</sup> Oksanen – Laine – Kaskiaro 2010, s. 263. Ks. myös Hellner – Hager – Persson 2005, s. 140. Huomionarvoista on kuitenkin ratkaisussa KKO 1995:81 lausuttu oikeusohje siitä, ettei tilaaja voinut vaatia urakoitsijalta urakkasopimuksen sopimusrikkomuksesta aiheutuneiden kustannusten korvaamista ennen YSE-ehtojen mukaista loppuselvittelyä. Ratkaisu korostaa ehtojen menettelymääräysten merkitystä.

**Taulukko 2.** YSE-urakoitsijan (U) virhevastuu YSE-tilaajalle (T).

<b>Tilaajan reklamaatio suorittajalle</b>	Ei sanktioitua reklamointimääräystä, ellei kyse vakavasta virheestä (VanhL rajana)
<b>Tilaajan vaatimukset suorittajalle</b>	Viimeistään VO- tai takuutarkastuksessa
<b>Suorittajan ensisijaiset sanktiot</b>	Virheen oikaisu (myös U:n oikeus), arvonalennus
<b>Vahingonkorvaus tilaajalle</b>	Täysimääräinen (takuuajana tulkinta avoin)
<b>Vastuun jakautuminen suorittajalta tilaajalle</b>	Vakavista ja ilmeisistä virheistä T:llä (valvojalla) huomautusvelvollisuus vastuun jakautumisen uhalla
<b>Tilaajan reklamaatio suorittajalle purkutilanteessa</b>	Kirjallinen ilmoitus ja mahdollisuus virheen korjaamiseen kohtuullisessa ajassa
<b>Korvaus tilaajalle sopimuksen purkauessa</b>	Kaikki purkamisesta aiheutuneet kustannukset ja muut vähintään tuottamuksella aiheutetut vahingot (käytännössä täysimääräinen vahingonkorvausvastuu)
<b>Suorittajan vastuun kesto</b>	Kaksi vuotta VO-tarkastuksesta tai käyttöönotosta

*3.2.2 Urakoitsijan vastuu alistetussa sivu-urakassa*

Urakoitsijan virhevastuuseen liittyy omana kokonaisuutenaan myös vastuu, joka urakoitsijalle syntyy sivu-urakan alistamisen seurauksena.<sup>80</sup> Sivu-urakan alistamisella tarkoitetaan omaan vakiosopimukseensa<sup>81</sup> perustuvaa menettelyä, jossa rakennuttajan tekemät sivu-urakat alistetaan pääurakkaan, eli pää- ja sivu-urakoitsija tulevat keskenään sopimussuhteeseen, jossa he eivät ole ilman alistamista. Yleensä pääurakoitsijaksi määrätään keskeisimmän hankkeen osan toteutuksesta vastaava rakennusurakoitsija.<sup>82</sup> Kirjallisesti tehtävällä alistamissopimuksella pääurakoitsijalle siirretään vastuu töiden yhteensovittamisesta (kohta 3.2), mutta maksuvelvollisuus säilyy raken-

<sup>80</sup> Tässä artikkelissa sivu-urakan alistaminen käsitellään vain suppeasti, sillä tarkoituksena on lähinnä vain muistuttaa urakoitsijan virhevastuun laajuudesta tarkemmin käsiteltävien KSE- ja RYHT-ehtojen virhevastuiden lisäksi. Alistamissopimuksen riskeihin palataan sopimusketjuja käsittelevässä 4 luvussa eri sopimusketjujen ohella, mutta alistettua sivu-urakkaa ei käsitellä omana ketjunaan, vaikka siihenkin liittyy omat riskinsä.

<sup>81</sup> RT 80271.

<sup>82</sup> Ks. esim. *Hoppu* 1972, s. 14–18, *Klementjeff-Sarasma* 2005, s. 257–259 ja *Oksanen – Laine – Kaskiaro* 2010, s. 65–66.



nuttajalla (kohta 5).<sup>83</sup> Alistamissopimuksella kaikki urakoitsijat tulevat keskenään sopimussuhteeseen, mutta se ei muuta pää- ja sivu-urakkasopimusten määräyksiä muilta kuin alistamissopimuksessa nimenomaisesti määrättyiltä osin (kohta 3.1). Alistamissuhteessa olevien urakoitsijoiden välillä ei siis sellaisenaan sovelleta YSE-ehtoja.<sup>84</sup> On pidettävä mielessä myös se, että alistamis- ja urakkasopimukset ovat muutoinkin osapuolten välillä itsenäisiä ja rinnakkaisia vastuuperusteita, joten jokaista sopimusrikkomusta on arvioitava erikseen molempien vastuuperusteiden perusteella.<sup>85</sup>

Sivu-urakan alistamisehtojen mukainen vastuu lisää urakoitsijan vastuuta verrattuna tilanteeseen, jossa rakennuttajan tekemiä sivu-urakoita ei ole alistettu.<sup>86</sup> Ehtojen mukaisesti pää- ja sivu-urakoitsijat sitoutuvat korvaamaan toisilleen tahallisesta tai tuottamuksellisesta teosta tai laiminlyönnistä aiheutuvat vahingot, jotka voivat syntyä esimerkiksi huonosti yhteen sovitetusta työstä tai ala-arvoisten aineiden tai tarvikkeiden käytöstä (kohta 6).<sup>87</sup> Urakoitsijoiden vastuu toisilleen on siten täysimääräistä.<sup>88</sup> Sen lisäksi, että urakoitsijat ovat vastuussa viivästysvahingoista toisilleen, on vahingonaiheuttajan maksettava myös rakennuttajalle sovittu viivästys-sakko (kohta 8). Virhetilanteiden varalta ei vastaavaa määräystä ehdoissa ole annettu, mutta virhevastuu rakentunee vastaavalla tavalla.<sup>89</sup>

Alistamisehtojen mukaan pääurakoitsijan oikeudet ja velvollisuudet lakkaavat, kun pääurakka luovutetaan rakennuttajalle (kohta 1). Vaikka ehdoissa puhutaan vain pääurakoitsijan asemasta, oikeuskirjallisuudessa on katsottu, että sama pätee myös sivu-urakoitsijoiden asemaan ja että ennen pääurakkaa luovutettuihin sivu-urakoihin liittyvät alistamissopimukset päättyvät kunkin sivu-urakan luovuttamisajankohdan mukaisesti.

<sup>83</sup> Alistamissopimus huomioidaan YSE 1998 -ehtojen 8.2 §:ssä, jossa todetaan, että ellei alistussopimusta ole, tilaaja vastaa aikataulun noudattamisesta myötävaikutusvelvollisuutensa osalta. Ks. alistetun sivu-urakan eri osapuolten vastuunjaon argumentointia ratkaisun KKO 1992:178 perusteluista ja eri mieltä olleen jäsenen lausunnosta.

<sup>84</sup> *Oksanen – Laine – Kaski* 2010, s. 66. Myös korkein oikeus on ratkaisunsa KKO 2007:41 perusteluissa todennut sen, että rakennusurakan yleisten sopimusehtojen sitovuus on sopimuksenvaraista, eikä ehtojen kyseisessä tilanteessa voitu katsoa velvoittavan myöskään kauppatapana, ks. tuomion perustelujen kohta 13.

<sup>85</sup> *Rudanko* 1989, s. 207.

<sup>86</sup> Toisaalta YSE 31 §:n perusteella urakoitsija saattaa joutua viime kädessä vastuuseen myös kolmannelle henkilölle ja sen omaisuudelle aiheutuneesta vahingosta.

<sup>87</sup> Urakoitsijan vahingonkorvausvelvollisuudesta ja muista seuraamuksista tarkemmin, ks. *Hoppu* 1972, s. 79–83.

<sup>88</sup> Esimerkkinä pääurakoitsijan maksettavaksi tulleesta täysimääräisestä vahingonkorvauksesta sivu-urakan alistamissopimuksen perusteella on hovioikeuden ratkaisu (TurHO 29.1.1993, S 91/789, lainvoimainen), jossa kyse oli viivästysvahinkojen korvaamisesta.

<sup>89</sup> Syy siihen, miksi vastuusta määrätään tällä tavoin vain viivästyksen osalta, johtunee YSE-ehtojen nimenomaisesta sopimussakkolausekkeesta urakoitsijan viivästyksen varalle (YSE 1998: 18 §). Koska virheet pyritään ensisijassa korjaamaan – mikä voi aiheuttaa viivästystä – on pelkkä viivästysmääräys perusteltu ja käytännön mukainen.

Tämän vuoksi esimerkiksi takuuajkaisissa töissä alistamissopimus ei enää ole voimassa.<sup>90</sup>

### 3.3 Konsultin sanktiot konsulttisopimuksessa (KSE 1995)

KSE 1995 -ehtojen mukaan konsultti vastaa luovuttamansa suunnitelman tai suorittamansa tehtävän sopimuksenmukaisuudesta ja siitä, että se täyttää lainsäädännön mukaiset vaatimukset. Tämän asiantuntijuusveloitteen vuoksi konsultin vastuu saattaa yksittäistapauksissa olla varsin ankara.<sup>91</sup> Konsultin asiantuntijaominaisuudesta seuraa edelleen, että konsultin on kiinnitettävä erityistä huomiota taloudellisuuteen, sillä kustannusvastuu voi aktualisoitua, jos konsultti huolimattomuuttaan tai ajattelemattomuuttaan esittää tilaajalle liian kalliita ratkaisumalleja.<sup>92</sup> Konsultin huolellisuutta arvioidaan yleensä objektiivisin perustein niin sanotun keskimitan täyttävään konsulttiin vertaamalla, joskin esimerkiksi tilaajan poikkeuksellisen suuri intressi saattaa edellyttää konsultilta normaalia suurempaa huolellisuutta.<sup>93</sup>

Oikeuskäytännössä KSE-konsultin asiantuntijuusveloitetta on korostettu hovioikeuden ratkaisussa (HelHO 16.12.2004, S 02/49, lainvoimainen), jossa lihansavustamo A oli palkannut konsultti B:n rakennusprojektinsa konsultiksi ja valvojaksi. Valmiissa rakennuksessa ilmeni puutteita, joiden katsottiin johtuvan B:n tuottamuksellisesta toiminnasta urakan valvomisessa ja suunnitelmien tarkastamisessa. Koska B oli sitoutunut toimeksiantoon nimenomaan alan asiantuntijana, A:lla oli oikeus luottaa B:n asiantuntemukseen. B oli syyllistynyt tuottamukseen jo sillä perusteella, että se oli vailla puuttuvaa ammattitaitoa ottanut valvonnan hoitaakseen. Hovioikeus myös piti virheitä niin ilmeisinä, että B:n olisi pitänyt huomata ne.<sup>94</sup>

Konsultilla on ensisijaisesti oikeus ja velvollisuus korjata suorituksensa virheet ja puutteet; toissijaisesti tilaajalla on oikeus korjauttaa ne konsultin kustannuksella (kohta 3.2.1). Konsultin vastuu siis vastaa mainituilta osin

<sup>90</sup> *Klementjeff-Sarasma* 2005, s. 257.

<sup>91</sup> Esimerkkejä *suunnittelijoiden* virhevastuun aktualisoitumisesta ovat ratkaisut KKO 2006:56 ja KKO 1985 II 51. Vaikka ratkaisuissa konsultin vastuuta soviteltiin, vahingonkorvaukset olivat tapauksissa moninkertaiset verrattuna suunnittelijoiden palkkioihin. Konsultin laajaa virhevastuuta kuvastaa myös verokonsultointia antaneeseen tilintarkastus-yhtiöön liittyvä ratkaisu KKO 1999:80. Ratkaistuissa tapauksissa ei sovellettu KSE-ehtoja, mutta ne ovat omiaan kuvaamaan sitä, kuinka ankara vastuu ja suuri vahinko voi erilaisista konsulttisopimusten virheistä syntyä.

<sup>92</sup> *Liuksiala* 2004, s. 35.

<sup>93</sup> *Takki* 1988, 54–56.

<sup>94</sup> Ratkaisua on kommentoinut *Virtanen* OT 2006/1, s. 19–22.

YSE-urakoitsijan virhevastuuta samanlaisine virheen oikeusseuraamuksi-  
neen lukuun ottamatta mahdollisuutta arvonalennukseen.<sup>95</sup>

Konsultin vahingonkorvausvastuuta on sen sijaan rajattu. Konsultin vahingonkorvausvelvollisuus on jaoteltu KSE-ehdoissa vastuuseen välittömistä ja välillisistä vahingoista. Ehdossa ei määritellä tarkemmin välittömiä vahinkoja, mutta yleensä sellaisina voidaan pitää itse konsultin suoritukselle syntyneitä vahinkoja eli korjauskustannuksia. Vahingon laadun määrittelyongelma saattaa kuitenkin syntyä silloin, jos konsultin virhe johtaa koko projektin kaatumiseen.<sup>96</sup> Konsultin vahingonkorvausvastuuta on rajoitettu sekä laadullisesti että määrällisesti: vastuu välillisistä vahingoista on rajattu käytännössä kokonaan pois, ja vahingonkorvauksen suuruus on muun nimenomaisen ehdon puuttuessa määrätty enintään konsultin kokonaispalkkion suuruiseksi (kohta 3.2.3).<sup>97</sup>

Kyseinen vastuunrajoitus sivuutettiin tapauksessa KKO 2003:26. Tapauksessa konsulttiyritys oli tehnyt tilaajan kanssa rakennuttamis- ja valvontatehtäviä koskevan sopimuksen, jossa konsulttipalkkioksi valvontatehtävän osalta oli sovittu 46 000 markkaa. Sopimussuhteeseen sovellettiin konsulttitoiminnan yleisiä sopimusehtoja (KSE 1983). Ehtojen mukaan konsultin vahingonkorvauksen yläraja määrättiin sopimuksessa, ja jos tällainen määräys puuttui, vahingonkorvaus oli enintään konsulttipalkkion suuruinen. Sopimuksen kohtaan ”*Muut ehdot*” oli otettu sekä viittaus edellä mainittuihin sopimusehtoihin että seuraava maininta: ”*Lisäksi konsultti sitoutuu pitämään voimassa sopimuksen kestoajan 5 000 000 markan konsulttivastuuvakuutuksen.*” Tapauksessa kysymys oli sopimuksen tulkinnasta siltä osin, mikä merkitys edellä esitetyllä maininnalla oli konsultin vahingonkorvauksen ylärajan kannalta. Perusteluissaan korkein oikeus totesi, että vastuuvakuutuksen suuruutta koskeva ehto oli omiaan antamaan B:lle aiheen otaksua, että A

<sup>95</sup> Mahdollisuus arvonalennukseen voisi tulla kyseeseen lähinnä pienissä suunnitteluvirheissä, joita ei kannata tai voi korjata. Nyt tällaisten virheiden osalta ainoana oikeuskeinona on tuottamusta edellyttävä vahingonkorvaus.

<sup>96</sup> *Palmu* 2005b, s. 117. Välittömien ja välillisten vahinkojen erottelu voi olla vaikeaa, vaikka erottelulla on pitkäaikainen historiallinen tausta, ks. tarkemmin esim. *Hemmo* 1994, s. 286 ss. KSE-konsultin vahingonkorvausta arvioitaessa luokittelun haasteilla ei kuitenkaan ole suurta merkitystä seuraavaksi esiteltävän välillisten vahinkojen määrää rajoittavan ehdon vuoksi. Joissain tilanteissa sillä, pidetäänkö sivulliselle maksettuja *välittömiä* vahinkoja välittöminä myös varsinaisessa sopimussuhteessa, saattaa kuitenkin olla merkitystä, ks. tarkemmin *Hemmo* 1994, s. 287, ja jäljempänä RYHT-myyjän vastuun yhteydessä luvussa 3.4 sanottu.

<sup>97</sup> Kyseinen ehto sisältää vastuunrajoituslausekkeisiin jo muutoinkin liittyvän periaatteen siitä, etteivät rajoitukset ole voimassa silloin, kun konsultti on aiheuttanut vahingon tahallisesti tai törkeällä tuottamuksella. Ks. esim. *Hemmo* 2005, s. 254. Vastuurajoitusehdon suppeaa tulkintaa rakennusurakan yleisissä sopimusehdoissa on käsitelty esim. *Saarnilehto* DL 2009 ja *Liuksiala* DL 2009. Oikeuskäytännössä periaate on ollut esillä alistamusehtojen tulkintaa koskevassa ratkaisussa KKO 1992:178.

oli tarjouksensa perusteella sitoutunut siihen, että vahingonkorvauksen yläraja on 5 000 000 markkaa. Sopimusta oli siten tulkittava niin, ettei konsultin vastuu rajoittunut palkkion määrään.<sup>98</sup>

KSE-ehdoissa määrätään myös tilaajan tietyn toiminnan vaikutuksesta konsultin virhevastuuta rajaavana seikkana (kohdat 3.2.7–8).<sup>99</sup> Tilaajan toiminnan merkitys on huomionarvoista siitä käytännön syystä, että ainakin tilaajana toimivalla rakennuttajalla tai KVR-urakoitsijalla on usein sekä suuri intressi että myös mahdollisuudet vaikuttaa rakennushankkeeseen jo suunnitteluvaiheessa.<sup>100</sup> Myös tilaajan asiantuntemukselle voidaan antaa merkitystä esimerkiksi konsultin vahingonkorvausvastuun sovittelua puoltavana seikkana.<sup>101</sup>

Konsultin virhevastuu on yleensä voimassa koko rakennus- ja takuuajan, sillä vastuun päättymisen on sidottu urakoitsijan ja rakennuttajan väliseen takuutarkastukseen (kohta 3.2.5).<sup>102</sup> KSE-ehdoissa tilaajalle asetetaan reklamointivelvollisuus syntymässä olevasta tai syntyneestä virheestä välittömästi ja todistettavasti (kohta 3.2.4). Korvausvaatimuksensa tilaajan on ilmoitettava perusteeltaan yksilöityinä viipymättä ja viimeistään yhden vuoden kuluessa siitä lukien, kun konsultin virhe on ilmennyt ja viimeistään vuoden kuluttua konsultin vastuuajan päättymisestä (kohta 3.2.9).

Tilaajalla on oikeus purkaa sopimus, jos konsultti syyllistyy olennaiseen sopimusrikkomukseen (kohta 8.1.2 d).<sup>103</sup> Konsulttisuhteessa olevan suunnittelijan olennaisesta virheestä voisi olla kyse esimerkiksi tilanteessa, jossa tälle on useasti huomautettu suunnitelmien yhteensopimattomuudesta ja toteuttamiskelvottomuudesta.<sup>104</sup> Jos purkuun johtava virhe aiheutuu konsultin tuottamuksesta, konsultille syntyy yleisen velvoiteoikeudellisen periaatteen mukainen velvollisuus korvata kaikki kohtuulliset lisäkustannukset, jotka tilaajalle aiheutuvat tehtävän suorittamisesta loppuun sopimuksessa määrätyn palkkion, erityisten korvausten ja kulujen ylittäviltä osin (kohta

<sup>98</sup> Ratkaisua on kommentoinut myös *Saarnilehto* OT 2003/3, s. 3–4. Ratkaisua on arvosteltu muun muassa sillä perusteella, että siinä KSE-tilaajalta olisi asiantuntijuutensa perusteella pitänyt edellyttää rakennusalan sopimuskäytäntöjen tuntemusta, ks. *Laine* LM 2003, s. 1032.

<sup>99</sup> Konsultin vastuuta on rajoitettu myös silloin, jos vahinko on aiheutunut tilaajan antaman informaation puutteellisuudesta tai epätarkoituksenmukaisuudesta tai muusta tilaajasta johtuvasta syystä, ks. *Takki* 1988, s. 58.

<sup>100</sup> *Koskela* 2004, s. 84. KVR-urakoitsijan vastuuseen palataan artikkelin luvussa 4.2.

<sup>101</sup> *Liuksiala* 2004, s. 36.

<sup>102</sup> *Koskela* 2004, s. 63. KSE-ehdojen kohdan 3.2.5 mukaan konsultin vastuu päättyy vuoden kuluttua suunnittelukohteen valmistumisesta, jos urakoitsijan takuuajasta ei ole määrätty. Tässä artikkelissa lähtökohta kuitenkin on se, että tässä tarkoitettussa suorituksessa noudatetaan YSE-ehdoja ja niiden mukaista takuuaikaa, joten konsultin vastuu ei tällaisissa tilanteissa jää YSE-ehdoista takuuaikaa lyhyemmäksi.

<sup>103</sup> Ks. arviointikriteereistä tarkemmin, *Takki* 1988, s. 76–77.

<sup>104</sup> *Koskela* 2004, s. 71.

8.1.6).<sup>105</sup> Määräystä on tulkittava kuitenkin täyttää vahingonkorvausvastuuta rajoittavaksi, sillä siinä puhutaan *tehtävän loppuun suorittamisesta* aiheutuvista *lisäkustannuksista*.<sup>106</sup> KSE-konsultin virhevastuun keskeiset osat on esitetty seuraavassa taulukossa (taulukko 3).

**Taulukko 3.** KSE-konsultin (K) virhevastuu KSE-tilaajalle (T).

<b>Tilaajan reklamaatio suorittajalle</b>	Välittömästi ja todistettavasti
<b>Tilaajan vaatimukset suorittajalle</b>	Viipymättä ja vuoden kuluessa virheen ilmenemisestä, lopullinen kirjallisena viimeistään vuoden kuluessa vastuuajan päättymisestä
<b>Suorittajan ensisijaiset sanktiot</b>	Virheen oikaisu (myös K:n oikeus)
<b>Vahingonkorvaus tilaajalle</b>	Välilliset vahingot rajattu käytännössä kokonaan pois, koko korvauksen suuruus voi olla enintään K:n kokonaispalkkion suuruinen
<b>Vastuun jakautuminen suorittajalta tilaajalle</b>	T:n vaatimilla muutoksilla ja tiedonantovelvollisuuden laiminlyönnillä merkitystä
<b>Tilaajan reklamaatio suorittajalle purkutilanteessa</b>	Kirjallinen ilmoitus ja mahdollisuus virheen korjaamiseen kohtuullisessa ajassa
<b>Korvaus tilaajalle sopimuksen purkautuessa</b>	Kaikki kohtuulliset lisäkustannukset, jotka T:lle aiheutuvat sovitun palkkion sekä erityisten korvausten ja kulujen lisäksi sopimuksen suorittamisesta loppuun (käytännössä vain välittömät vahingot)
<b>Suorittajan vastuun kesto</b>	Pääsääntöisesti YSE:n mukainen (poikkeuksia)

<sup>105</sup> Takki 1998, s. 79–80.

<sup>106</sup> Ks. esim. Hemmo 2005, s. 239. Ks. vastaavanlaisen sanamuodon tulkinnasta myös Oksanen – Laine – Kaskiario 2010, s. 147.

### 3.4 Myyjän sanktiot hankinta- ja toimitussopimuksissa (RYHT 2000)

RYHT 2000 -ehdoissa myyjän virhevastuusta on määrätty melko yksityiskohtaisesti sekä rakennus- että takuuajana (kohdat 15.1–5 ja 18.1–4). Myyjän virhevastuu perustuu tavarantoimituskunnosta määrättyyn laatuvaatimukseen (kohdat 10.1–2). RYHT-ehtojen tulkintaan vaikuttavassa kauppalaisissa tavarantoimituksen virhe on määritelty lisäksi erikseen sellaisissa tilanteissa, joissa sopimuksessa ei ole tavarasta sovittu muutoin (KL 17.2 §). Säännös sisältää muun muassa maininnan myyjän asiantuntijavastuusta silloin, jos tavara ei sovellu tarkoitukseen, johon tavaraa oli tarkoitettu käyttää ja myyjä oli tästä selvillä.<sup>107</sup> Vaikka laissa säännelty myyjän asiantuntijuusvelvoite täydentää RYHT-ehtoja, joista nimenomainen asiantuntijusmääräys puuttuu, käytännössä laissa asetettu velvoite ei useinkaan vieritä vastuuta RYHT-myyjälle.<sup>108</sup>

RYHT-ehtojen mukaan myyjä vastaa tavarantoimituksen virheestä, joka tavarassa on ollut vahingonvaaran siirtyessä (kohdat 8.1–2 ja 15.1).<sup>109</sup> Ostajalle on asetettu velvollisuus ilmoittaa virheestä myyjälle kohtuullisessa ajassa virheen havaitsemisesta tai siitä, kun se olisi pitänyt havaita (kohta 15.1). Ehto vastaa KL 32 §:n neutraalin reklamaation säännöstä, jonka esitöissä esitettyjen perustelujen mukainen kohtuullinen aika voi olla varsin lyhytkin, esimerkiksi vain muutama päivä, kun kyse on elinkeinotoiminnasta. Myös sen arvioinnissa, milloin virhe olisi pitänyt havaita, voidaan ostajan asiantuntijuudelle antaa merkitystä.<sup>110</sup> Myös takuuajana ostajan on ilmoitettava virheestä viipymättä (kohta 18.3). Virheen havaitsemiseen liittyy ostajan tarkastusvelvollisuus, joka RYHT-ehtojen mukaan sisältää luovutuksen jälkeisen silmämääräisen tarkastuksen ja ennen tavarantoimituksen käyttämistä tehtävän asianmukaisen tarkastuksen (kohdat 13.2–3). Näissä havaittavista virheistä ilmoitus on tehtävä kunkin tarkastuksen jälkeen heti, ensimmäisessä

<sup>107</sup> Säännöstä on tulkittu tiukasti rakentamiseen liittyvässä ratkaisussa KKO 1991:153, jossa myyjä oli tullut tietoiseksi toimittamansa maa-aineksen soveltumattomuudesta tuotessaan aineksen rakennuspaikalle. Koska myyjä ei asiantuntijuusvelvoitteensa perusteella huomauttanut asiasta ostajalle tässä vaiheessa, tavaraa pidettiin KL 17.2 §:n mukaisesti virheellisenä.

<sup>108</sup> Kauppalain esitöissä on katsottu, ettei myyjän asiantuntijuudesta seuraisi vastuuta siinä tapauksessa, jos ostajan asiantuntemus ja tiedot olosuhteista, joissa tavarantoimitaan, käyttäen, ovat paremmat kuin myyjällä. Myös silloin, kun ostaja on itse toimittanut yksityiskohtaiset tekniset spesifikaatiot tavarantoimituksen ominaisuuksista, voidaan katsoa, että ostaja ei ole tukeutunut myyjän asiantuntijuuteen KL 17.2 §:n 2 kohdassa tarkoitettulla tavalla. Ks. HE 93/1986 vp, s. 61. Usein RYHT-ehtoisissa hankinnoissa kyse on tämällytyypisistä tilanteista.

<sup>109</sup> Vrt. KL:n 2 ja 3 luvut.

<sup>110</sup> HE 93/1986 vp, s. 84, *Hemmo* 2005, s. 213 ja *Ämmälä* 2004, s. 267–273. Vrt. kuluttajasopimuksen neutraalin reklamaatioajan kohtuullisuudesta, *Bärlund* 2002, s. 170–181.

lisäksi kirjallisesti. Kauppalakiin verrattuna ostajan tarkastusvelvollisuus on määritelty RYHT-ehdoissa lakia yksityiskohtaisemmin.<sup>111</sup>

RYHT-ehtojen mukaan rakennusaikaisen virheen viimesijainen vaatimusten esittämisäika on vastaanottotarkastuksessa, mutta sekin koskee vain niitä virheitä, joita ei kohtuudella ole voitu havaita aiemmissa tarkastuksissa (kohta 13.4). Takuuajalla viimeinen hetki vaatimusten esittämiselle on takuuajan päätyminen 36 kuukauden päästä luovutuspäivästä lukien (kohta 18.1). Kauppalain 35 §:ssä on säännelty erikseen oikaisuvaatimuksen esittämisen kohtuullisesta ajasta, jota on pidetty pidempänä kuin 32 §:ssä mainittua kohtuullista aikaa.<sup>112</sup> Oletettavasti kyseinen kauppalain säännös soveltuu myös RYHT-sopimuksiin, mikä tarkoittaa, että virheen oikaisua koskevat vaatimukset olisi esitettävä kohtuullisessa ajassa eli käytännössä silloin, kun vahinkojen laatu on selvillä.<sup>113</sup> Vaatimusmääräaika koskevien nimenomaisten lainsäännösten tai sopimusehtomääräysten puuttuessa vaatimusten esittämiselle voidaan muiden oikeusseuraamusten osalta sopimusosapuolten lojaliteetin perusteella joka tapauksessa sallia vähintään sellainen aika, että sopimusosapuolelle jää todellinen mahdollisuus sille kuuluvien oikeuskeinojen käyttämiseen.<sup>114</sup>

Myyjän virheen ensisijaiset sanktiot virhereklamaation vastaanottamisen jälkeen ovat virheen oikaisu eli sen korjaaminen tai virheellisen toimituksen uusiminen (kohta 15.2). Toissijaisesti ostajalla on oikeus korjata tai korjauttaa virhe myyjän kustannuksella, kun myyjälle on ilmoitettu tästä kirjallisesti (kohta 15.3).<sup>115</sup>

Myyjän vahingonkorvausvelvollisuuden osalta RYHT-ehdoissa erotetaan kauppalain tavoin välittömät ja välilliset vahingot. Koska ehdoissa ei ole erikseen asiasta määrätty, pätee vahinkojen korvattavuuden suhteen kauppalain logiikka vahinkojen korvattavuudesta: Välittömät vahingot tulevat korvattaviksi, elleivät ne johdu syystä, johon virheen aiheuttaja ei voi vaikuttaa. Lisäksi välilliset vahingot edellyttävät tuottamusta (KL

<sup>111</sup> Vrt. KL 31 §.

<sup>112</sup> HE 93/1986 vp, s. 88. Vaatimuksenteko aika on kuitenkin lyhyempi kuin kuluttajakauppassa, jossa hyväksyttävänä on pidetty vielä kahden tai kolmen kuukauden pituisia aikoja vaatimusten esittämiselle, ks. *Bärlund* 2002, s. 300 ja 302.

<sup>113</sup> Yleisen vaatimusmääräajan olemassaolo on herättänyt oikeuskirjallisuudessa keskustelua, joskin korkeimman oikeuden ratkaisu KKO 2007:41 ja vuonna 2004 voimaan tullut vanhentumislaki on nähty tällaisen yleisen vaatimusmääräajan olemassaoloa vastaan puhuvina seikkoina, ks. tarkemmin *Norros* 2012, s. 321–326.

<sup>114</sup> *Hemmo* 2003, s. 167.

<sup>115</sup> Vaikka ehdoissa ei ole tästä mainintaa, kohdan 15.3 sanamuodosta on pääteltävissä, että määräys sisältää myös myyjän oikeuden korjata virheensä. Kauppalaissa tästä on nimenomainen säännös (KL 36 §). Perusteena myyjän korjausoikeudelle on katsottu olevan ainakin se, että myyjän kannalta tämä voi olla kannattavampaa kuin muut mahdolliset oikeusseuraamukset. Ks. tarkemmin HE 93/1986 vp, s. 88.

40.2–3 §).<sup>116</sup> Ehdossa ei lausuta *välittömien* vahinkojen määrästä, mutta myyjän vahingonkorvausvelvollisuutta *välillisistä* vahingoista on selvästi rajoitettu (kohta 15.5). Ehdon mukaan myyjän vahingonkorvausvelvollisuus välillisistä vahingoista voi olla enintään myyjän toimituksen hinnan suuruinen. Sen lisäksi korvattavien välillisten vahinkojen ulkopuolelle on jätetty vahinko, joka johtuu tuotannon tai liikevaihdon vähentymisestä tai keskeytymisestä sekä voitto, joka on jäänyt saamatta sen vuoksi, että sopimus sivullisen kanssa on rauennut tai jäänyt täyttymättä oikein. Tämä rajausta on hieman suppeampi kuin KSE-konsultin vastaava rajausta, joka sisältää mainittujen lisäksi myös ”muun tulon menetyksen” ja ”muun samankaltaisen vaikeasti ennakoitavan vahingon tai muun välillisen vahingon”.<sup>117</sup> Tällainen välillinen mutta RYHT-ehtojen mukaan korvattava vahinko voisi olla esimerkiksi vahinko, joka johtuu muun omaisuuden kuin toimitetun tavaran vahingoittumisesta.<sup>118</sup> Rajoitus ei myöskään koske vahingon johdosta sivulliselle suoritettavaa vahingonkorvausta, joten jäljempänä käsiteltävissä sopimusketjuissa syntyvät vahingot tulevat korvattaviksi *laatunsa* puolesta.

Siihen, tuleeko sivulliselle suoritettava vahingonkorvaus RYHT-ehtojen perusteella korvattavaksi *määränsä* puolesta, vaikuttaa se, millaisiksi vahingoiksi tämäntyyppiset vahingot luokitellaan. Koska kyse on irtaimen kaupan ehdoista, vahinkojen määrittelyssä on syytä seurata KL 67 §:n määritelmää.<sup>119</sup> Kauppalaan tulkintakannanottojen perusteella ei ole selvää, luokitellaanko vahinkoa kärsineen sopimuskumppanin sivulliselle suoritettavat vahingonkorvaukset välittömiksi vai välillisiksi vahingoiksi.<sup>120</sup> RYHT-myyjän vastuu voisi muodostua erittäin riskialttiiksi, jos esimerkiksi urakkasopimuksesta aiheutuisi myyjän sopimuskumppanille vahinkoa ja se voisi tulla myyjän maksettavaksi pelkän kontrollivastuun perusteella välittömänä vahinkona, joita ei RYHT-ehdoissa ole rajoitettu. Yleisesti vastuurajoitusehdoissa on

---

<sup>116</sup> Ks. myös HE 93/1986 vp, s. 91. Kauppalaan mukaista välittömien ja välillisten vahinkojen rajanvetoa on määritelty oikeuskäytännössä muun muassa ratkaisussa KKO 2009:89, ks. etenkin perustelujen kohta 10.

<sup>117</sup> Ks. luku 3.3.

<sup>118</sup> *Sipilä* 2005b, s. 75. Ks. myös HE 93/1986 vp, s. 128, jonka mukaan kauppalaan vahingonkorvaussäännöksiä voidaan soveltaa sellaisiin tuotevahinkoihin, jotka joko liittyvät läheisesti ja ennalta arvattavasti myydyn omaisuuden käyttötarkoitukseen tai vahinko kohdistuu omaisuuteen, jonka työstämiseen myyty tavara on tarkoitettu tai jolla on muu samankaltainen yhteys siihen.

<sup>119</sup> *Hemmo* 1994, s. 291.

<sup>120</sup> Ks. tarkemmin *Routamo – Ramberg* 1997, s. 510–516. Ratkaisussa KKO 2012:101 katsottiin sopimussuhteeseen nähden sivullisen kanssa käydystä oikeudenkäynnistä aiheutuneet oikeudenkäyntikulut kauppalaan 67 §:ssä tarkoitetuksi *välittömäksi* vahingoksi, koska ”oikeudenkäynti oli ollut virheen syy ja hyvitysten määrän selvittämiseksi perusteltu”, eikä siitä aiheutuneita kustannuksia voitu siten pitää lain 67 §:n 2 momentin 1–5 kohdissa säänneltynä välillisenä vahinkona.



kuitenkin pidetty tällaista vahinkoa välillisenä.<sup>121</sup> Lisäksi korvattavuuden arvioinnissa vaikuttaa se, voidaanko sivulliselle suoritettavia korvauksia pitää ennalta-arvattavina ja alan yleisen tavan mukaisena.<sup>122</sup>

Sopimuksen purkaminen on RYHT-ehtojen mukaan mahdollista, jos sopimosapuoli syyllistyy sopimusvelvollisuksiensa olennaiseen laiminlyöntiin (kohta 22.1).<sup>123</sup> RYHT-ehtoissa ei kuitenkaan kauppalain tavoin ole määräyksiä siitä, että virheen olennaisuuden olemassaolon lisäksi sopimosapuolen olisi pitänyt myös ymmärtää sen merkitys toiselle osapuolelle.<sup>124</sup> RYHT-ehtojen sanamuodon mukainen purkukynnys on siten hieman kauppalaissa asetettua kynnystä alhaisempi.

Sopimuksen purkutilanteessa purkuun oikeutetulla sopimosapuolella on oikeus saada korvaus sopimuksen täyttämättä jättämisestä johtuvista kuluista ja vahingoista (kohta 22.3). Määräyksessä mainitaan myös rikastumiskieltona tunnettu periaate siitä, että korvaukset eivät saa ylittää kärsityn vahingon määrää.<sup>125</sup> Tämä ehto on kummallekin sopimosapuolelle yhteinen. Ehtojen rakenne viittaa siten siihen, että purusta aiheutuvien vahinkojen korvaamisesta on haluttu määrätä erikseen, eikä edellä mainittu vastuunrajoitus päde vahingonkorvauksiin purkutilanteessa. Ehtojen kokonaisuuden kannalta olisi kuitenkin yllättävää, jos purkaminen aiheuttaisi sopimuksen arvoon verrattuna huomattavan korvausvastuun. Jos sanamuotoa tulkitaan niin, että siinä *sopimuksen täyttämättä jättämisestä johtuvilla kuluilla ja vahingoilla* viitataan vain välittömiin vahinkoihin, korvattavaksi tulevat kauppalain logiikan mukaisesti lähinnä kateostosta aiheutuneet kulut.<sup>126</sup> Kauppalain perusteella kateoston kuluja suurempi vahingonkorvaus on mahdollinen, mutta kateoston erotuksen ylittävät osat luokitellaan välilliseksi vahingoksi.<sup>127</sup> Tältä osin vahingonkorvauksen laajuus ei siis ole ehdon perusteella täysin yksiselitteinen.

RYHT-ehtoissa ei ole määräyksiä myyjän velvollisuudesta antaa hinnanalennusta.<sup>128</sup> Koska hinnanalennuksella on kuitenkin perusteltu paikkansa virheen seuraamusjärjestelmässä sellaisessa tilanteessa, jossa virheen oikaisu

<sup>121</sup> Hemmo 1994, s. 287.

<sup>122</sup> Hemmo 1994, s. 156–157 ja siinä mainitut sopimussakkojen korvaamiseen liittyvät ratkaisut. Myös ratkaisussa KKO 2001:77 kyse oli kauppalain mukaisesta vahingonkorvauksesta myyjän virheen vuoksi. Siinä korvattavaksi tulivat kuluttajien reklamaatioiden perusteella maksetut hyvitykset, joskin ratkaisuun saattoi vaikuttaa kuluttajansuojalain 31 §:n mukainen aikaisemman myyntiportaan virhevastuu ja tämän myyntiportaan regressio-oikeus alkuperäistä virheenaiheuttajaa kohtaan.

<sup>123</sup> Ks. olennaisuuden arvioinnista kauppalain osalta HE 93/1986 vp, s. 90.

<sup>124</sup> Vrt. KL 39.1 §.

<sup>125</sup> Ks. rikastumiskiellostosta esim. Hemmo 2003, s. 265, ja Norros 2012, s. 63.

<sup>126</sup> Wilhelmsson – Sevón – Koskelo 2006, s. 142.

<sup>127</sup> Routamo – Ramberg 1997, s. 522 ja 529–530.

<sup>128</sup> Vrt. KL 37 § ja 38 §.

ei syystä tai toisesta onnistu, mutta jossa virhe ei kuitenkaan ollut olennainen purkukynnyksen ylittymiseksi, hinnanalennusseuraamus voisi tulla sovellettavaksi ilman nimenomaista määräystä jo kauppalain perusteella.<sup>129</sup>

Kauppalain mukainen hinnanalennus on purkamisen vaihtoehto, ja ostaja voi vaatia hinnanalennusta ainoastaan silloin, kun se pitää tavaran. Hinnanalennuksen tarkoituksena on sopimustasapainon palauttaminen myyjän virheellisen suorituksen ja ostajan maksaman vastikkeen välillä, mutta se ei kuitenkaan poista ostajan mahdollisuutta saada vahingonkorvausta muilta kuin hinnanalennuksella kompensoitavin osin.<sup>130</sup> Toisaalta hinnanalennuksen puuttumista RYHT-ehtojen seuraamusjärjestelmästä voidaan pitää myös merkinä siitä, että sellainen seuraamus on nimenomaisesti jätetty seuraamusvaihtoehtojen ulkopuolelle, ja olennaisuuskynnyksen alittavien, mutta oikaisukelvottomien vahinkojen osalta ostaja voi tyytyä ainoastaan vahingonkorvauksen vaatimiseen.<sup>131</sup> Käytännössä hinnanalennusmahdollisuuden tarve on kuitenkin ajateltavissa esimerkiksi tilanteessa, jossa rakennustarvike ei ole sopimuksenmukainen, mutta kuitenkin käytökelpoinen, ja rakennuslalle tyyppillisen kiireen vuoksi uusi toimitus ei ole mahdollinen. Yhteenvetona RYHT-myyjän virhevastuun keskeiset osat on esitetty seuraavassa taulukossa (taulukko 4).

---

<sup>129</sup> Hemmon mukaan hinnanalennus voi tulla kyseeseen ilman lisäedellytyksiä aina, kun suorituksessa on virhe, vaikka sopimuksessa ei ole otettu kantaa siihen, ks. *Hemmo* 2005, s. 237. Tällainen tulkinta on esimerkki luvussa 2.1 todetusta RYHT-ehtojen ”näkyvästä osasta”, ks. myös *Haapio* 2005b, s. 31.

<sup>130</sup> HE 93/1986 vp, s. 89–90.

<sup>131</sup> Hinnanalennuksen sopimattomuutta on perusteltu sillä, ettei se sovellu urakkasopimukseen itsenäisenä seuraamuksena erillään taloudellisesta selvittelystä, ks. *Rudanko* 1989, s. 170.

**Taulukko 4. RYHT-myyjän (M) virhevastuu RYHT-ostajalle (O).**

<b>Tilaaajan reklamaatio suorittajalle</b>	Rakennusaika: kohtuullisessa ajassa Takuuaika: viipymättä
<b>Tilaaajan vaatimukset suorittajalle</b>	Rakennusaika: viimeistään VO-tarkastuksessa Takuuaika: viipymättä, viimeistään takuuaajan päättyessä Oikaisuvaatimus kohtuullisessa ajassa KL:n perusteella
<b>Suorittajan ensisijaiset sanktiot</b>	Virheen oikaisu (myös M:n oikeus), hinnanalennus saattaa olla mahdollinen KL:n perusteella
<b>Vahingonkorvaus tilaajalle</b>	Välittömien vahinkojen osalta täysimääräinen, korvaus välillistä vahingoista enintään toimituksen hinnan suuruinen, välillisiä vahinkoja myös tietyiltä osin rajattu
<b>Vastuun jakautuminen suorittajalta tilaajalle</b>	O:n ammattitaidolla merkitys KL:n mukaan
<b>Tilaaajan reklamaatio suorittajalle purku-tilanteessa</b>	Kirjallinen ilmoitus ja mahdollisuus virheen korjaamiseen kohtuullisessa ajassa
<b>Korvaus tilaajalle sopimuksen purkauksessa</b>	Korvaus sopimuksen täyttämättä jättämisestä johtuvista kuluista ja vahingoista, enintään vahingon määrä (laajuus käytännössä tulkinnanvarainen)
<b>Suorittajan vastuun kesto</b>	36 kuukautta luovutuspäivästä

**3.5 Sopimusosapuolten virhevastuu**

Eri sopimusehtojen ja niiden sopimusosapuolien virhevastuun erojen hahmottamiseksi esitellään suorittajien virhevastuut seuraavassa taulukossa (taulukko 5). Seuraavassa luvussa siirrytään keskeisten yksittäisten sopimusketjujen arviointiin, jonka taustalla ovat tässä luvussa läpikäyty virhevastuumääräykset ja niiden tulkinnat. Koska ei ole tarkoituksenmukaista, että asiat käytäisiin perinpohjaisesti läpi uudestaan, sopimusketjujen käsittelyssä viitataan aiempaan tekstiin. Seuraavalla sivulla esiteltävän virhevastuutaulukon on myös tarkoitus toimia tulevien sopimusketjujen käsittelyn apuvälineenä.

**Taulukko 5.** YSE-, KSE- ja RYHT-suorittajaosapuolten virhevastuu.

	<b>YSE-urakoitsija</b>	<b>KSE-konsultti</b>	<b>RYHT-myyjä</b>
<b>Tilaaajan reklamaatio suorittajalle</b>	Ei sanktioitua reklamointimääräystä, ellei kyse vakavasta virheestä	Välittömästi ja todistettavasti	Rakennusaika: kohtuullisessa ajassa Takuuaika: viipymättä
<b>Tilaaajan vaatimukset suorittajalle</b>	Viimeistään VO- tai takuutarkastuksessa	Viipymättä ja vuoden kuluessa virheen ilmenemisestä, lopullinen kirjallisena viimeistään vuoden kuluessa vastuuajan päättymisestä	Rakennusaika: viimeistään VO-tarkastuksessa Takuuaika: viipymättä, viimeistään takuuajan päättyessä Oikaisuvaatimus kohtuullisessa ajassa KL:n perusteella
<b>Suorittajan ensisijaiset sanktiot</b>	Virheen oikaisu (myös U:n oikeus), arvonalennus	Virheen oikaisu (myös K:n oikeus)	Virheen oikaisu (myös M:n oikeus), hinnanalennus saattaa olla mahdollinen KL:n perusteella
<b>Vahingonkorvaus tilaajalle</b>	Täysimääräinen (takuuaikana tulkinta avoin)	Välilliset vahingot rajattu käytännössä kokonaan pois, koko korvauksen suuruus voi olla enintään K:n kokonaispalkkion suuruinen	Välittömien vahinkojen osalta täysimääräinen, korvaus välillistä vahingoista enintään toimituksen hinnan suuruinen, välillisiä vahinkoja myös tietyiltä osin rajattu
<b>Vastuun jakautuminen suorittajalta tilaajalle</b>	Vakavista ja ilmeisistä virheistä T:llä (valvojalla) huomautusvelvollisuus vastuun jakautumisen uhalla	T:n vaatimilla muutoksilla ja	O:n ammattitaidolla merkitys KL:n mukaan
<b>Tilaaajan reklamaatio suorittajalle purkutilanteessa</b>	Kirjallinen ilmoitus ja mahdollisuus virheen korjaamiseen kohtuullisessa ajassa	Kirjallinen ilmoitus ja mahdollisuus virheen korjaamiseen kohtuullisessa ajassa	Kirjallinen ilmoitus ja mahdollisuus virheen korjaamiseen kohtuullisessa ajassa
<b>Korvaus tilaajalle sopimuksen purkauksessa</b>	Kaikki purkamisesta aiheutuneet kustannukset ja muut vähintään tuottamuksella aiheutetut vahingot (käytännössä täysimääräinen)	Kaikki kohtuulliset lisäkustannukset, jotka T:lle aiheutuvat sovitun palkkion sekä erityisten korvausten ja kulujen lisäksi sopimuksen suorittamisesta loppuun (käytännössä vain välittömät vahingot)	Korvaus sopimuksen täyttämättä jättämisestä johtuvista kuluista ja vahingoista, enintään vahingon määrä (laajuus käytännössä tulkinnanvarainen)
<b>Suorittajan vastuun kesto</b>	Kaksi vuotta VO-tarkastuksesta tai käyttöönotosta	Pääsääntöisesti YSE:n mukainen (poikkeuksia)	36 kuukautta luovutuspäivästä

## 4 SOPIMUSKETJUT

### 4.1 Sopimusketjuasetelmasta yleisesti

Sopimusketjulla tarkoitetaan asetelmaa, jossa tietty sopimussuoritus siirtyy sellaisenaan tai muuteltuna asetelman osapuolelta toiselle sopimuksen välityksellä.<sup>132</sup> Yksi klassisen sopimusoikeuden peruslähtökohdista on se, että sopimuksen oikeusvaikutukset rajoittuvat kahden osapuolen suhteeseen. Kyse on niin sanotusta *privity of contract* -doktriinista.<sup>133</sup> Yhteiskunnan ja vaihdantarakenteiden kehittyminen on kuitenkin asettanut kaksiasianosais-suhteen periaatteen koetukselle, mikä näkyy muun muassa lainsäädännön muutoksina.<sup>134</sup> Sopimusketjuasetelmaa on pidetty yhtenä keskeisenä tilanteena, jossa sopimusvastuun henkilöllistä ulottuvuutta tulisi pohtia myös peruseriaatteesta poikkeavalla tavalla.<sup>135</sup> Yhtenä nimenomaisena sopimustyyppinä, jonka yhteydessä välittömän sopimussuhteen ylittävä vastuu on tullut harkittavaksi, on rakennusurakka.<sup>136</sup>

Tässä artikkelissa käsiteltävät sopimusketjut muodostuvat eri osapuolten välisistä sopimussuhteista, mutta kaikki ketjut voidaan havainnollistaa yksinkertaisella konstruktiolla, jossa ketjun muodostavat kolme osapuolta. Nämä osapuolet ovat A, B ja C; A:n ja B:n sekä B:n ja C:n välillä on sopimussuhde, mutta A:n ja C:n välillä ei. Jotta sopimusketjun eri osapuolista voitaisiin puhua johdonmukaisesti, on kussakin asetelmassa olevasta osapuolesta syytä käyttää tiettyä nimikettä, joka kuvaa osapuolelle kyseisessä sopimusketjussa syntyvää roolia. Osapuolta A eli alkuperäisen virheen aiheuttajaa kutsutaan *aiemmaksi suoritusportaaksi*. Aiemman suoritusportaan sopimuskumppania eli B:tä, joka vastaa A:n virheestä suhteessa C:hen, kutsutaan *välittäväksi lenkiksi* ja välittävän

<sup>132</sup> *Norros* 2007, s. 7–8.

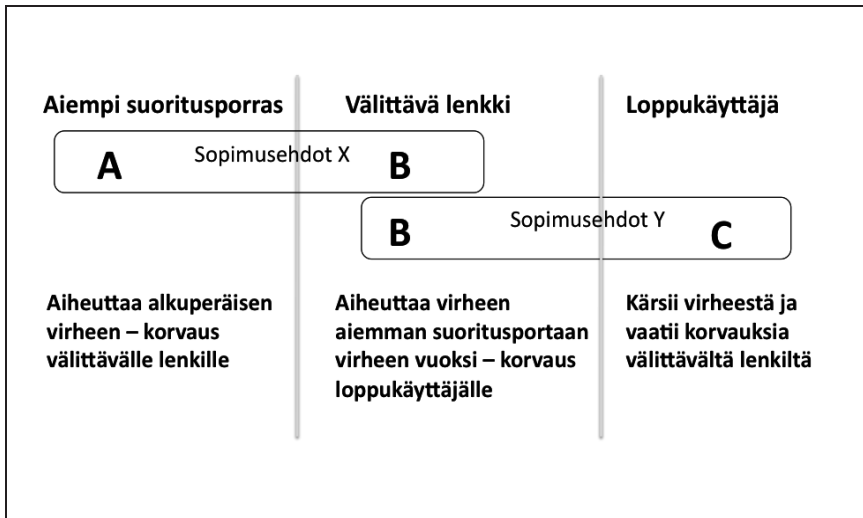
<sup>133</sup> *Hemmo* 1998, s. 253. Ks. myös *Norros* 2007, s. 1–3. Ks. kaksiasianosaisuuden osapuolista tarkemmin *Norros* 2012, s. 195–203.

<sup>134</sup> *Norros* 2007, s. 3–4. Ks. tarkemmin uudemmista sopimustyyppiryhmistä, joissa kaksiasianosaisuusuhde on lainsäädännön tasolla hyväksytty, mts. 50 ss.

<sup>135</sup> *Hemmo* 1998, s. 255.

<sup>136</sup> *Norros* 2007, s. 5–6. Ks. myös *Hemmo* 1998, s. 263–269 ja 273. Tosin näissä tilanteissa kysymys on nimenomaan *urakkasopimuksen* sisälle sijoittuvista sopimusketjuista, joissa osapuolina ovat rakennuttaja, pääurakoitsija ja ali- tai sivu-urakoitsijat. Esimerkkinä perinteisestä rakennuttaja–pääurakoitsija–aliurakoitsija-sopimusketjua koskevasta ratkaisusta on KKO 1989:71, jossa kyse oli siitä, ettei pääurakkasopimuksen urakka-aikaa koskevan ehdon muutoksella ollut vaikutusta aliurakkasopimuksen urakka-aikaan. Vaikka *privity of contract* -doktriini ja sen kritiikin soveltuminen tämän tutkimuksen kohteena oleviin sopimusketjuihin olisi eittämättä hedelmällinen tutkimuskohde, se jää tässä kuitenkin tutkimuksen ulkopuolelle, sillä tässä kyse on *eri* vakiosopimusehtoisten sopimusten muodostamista sopimusketjuista.

lenkin sopimuskumppania C:tä *loppukäyttäjäksi* seuraavan kuvion (kuvio 1) mukaisesti.<sup>137</sup>



**Kuvio 1.** Sopimusketjuasetelma.

Kuten luvussa 3 on käynyt ilmi, rakennusalan vakiosopimuksissa määriteltujen suorittajaosapuolten virhevastuumääräysten välillä on eroja, joilla on merkitystä eri sopimusketjuissa ja joiden huomioimiseen on kiinnitetty huomiota erityisesti alan juridiikkakäytäntöjä painottavassa kirjallisuudessa.<sup>138</sup> Seuraavaksi tarkoituksena on kuitenkin perehtyä aiheeseen yhtäältä kirjallisuudessa esitettyä yleistä katsausta *tarkemmin* keskittyen nimenomaan tiettyjen ehtojen mukaiseen virhevastuuseen, mutta toisaalta esimerkkitapauksia painottavaa kirjallisuutta *teoreettisemmin* käsittelemällä määräyksiä kuvitteellisten tapausten sijasta yleispätevästi. Tätä yleispätevää analyysiä täydentävät niin oikeuskirjallisuuden tulkintakannannot yksittäisten tilanteiden varalle kuin aiheeseen liittyvät oikeustapauksetkin.

Kuten luvussa 3 on käynyt ilmi, suorittajien virhevastuun laajuuden merkittävimmät eroavaisuudet YSE-, KSE- ja RYHT-ehtojen välillä ovat vahingonkorvausmääräyksissä, jotka voivat liittyä joko rakennus- tai takuu-

<sup>137</sup> Asetelma mukailee Norroksen väitöskirjassa esitettyä ketjuasetelmaa, ks. *Norros* 2007, s. 6–11. Tässä artikkelissa termien tehtävä on yksinkertaistaa sopimusketjujen osapuolten rooleja ja termistö on siksi perusteltu, vaikka kyseisten termien on sanottu soveltuvan rakennusurakkaan huonosti, ks. *Hoppu LM* 2007, s. 931.

<sup>138</sup> Ks. esim. *Liuksiala* 2004, s. 83–86, *Lehto* 2005b, s. 219–221, ja *Kousa* 2005b, s. 85–107.

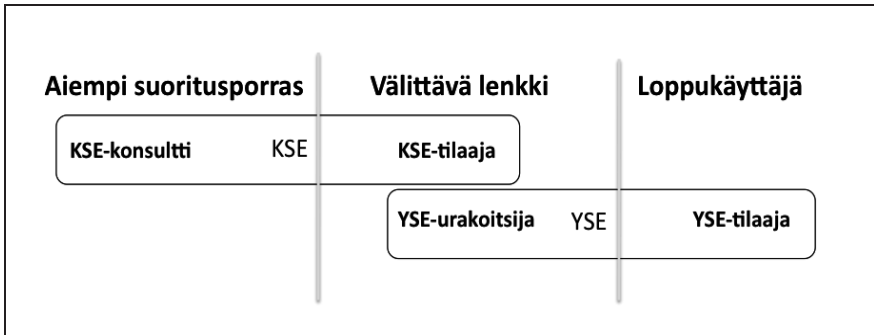
aikaan, jotka voivat realisoitua joko yksinään tai yhdessä muiden sanktioiden kanssa ja joita voidaan vaatia sekä sopimuksen jäädessä voimaan että sen purkautuessa. Sopimusketjujen tarkastelussa keskeistä on huomioida välittävän lenkin ja aiemman suoritusportaan vahingonkorvausvastuun laajuuksien ero. Kun välittävän lenkin vastuu on suurempi kuin aiemman suoritusportaan vastuu, vastuu ei siirry sopimusketjussa virheen alkupe räiselle aiheuttajalle. Tämän lähtökohdan vuoksi seuraavassa käsitellyissä sopimusketjuissa asetelma on se, että kahdessa ensimmäisessä välittävänä lenkinä on YSE-urakoitsija, jonka vahingonkorvausvastuu on suorittajista suurin. Kolmantena käsiteltävä niin sanottu sopimusasetelma muodostuu KSE- ja RYHT-ehtojen välille siten, että aiempänä suoritusportaan on KSE-konsultti ja välittävänä lenkinä RYHT-ostaja. Huomionarvoista tässä sopimusasetelmassa on erityisesti se, että siinä YSE-urakoitsija ei ole edes mukana, mutta jäljempänä esitetyn tavoin vastuu saattaa siirtyä sille tästä huolimatta.

## 4.2 Sopimusketju: KSE–YSE

Ensimmäiseksi käsiteltävässä sopimusketjussa asetelma on se, että YSE-urakoitsija toimii KSE-tilaajana, jolloin YSE-urakoitsija on välittävä lenkki, siihen sopimussuhteessa oleva KSE-konsultti on aiempi suoritusporras ja loppukäyttäjänä on YSE-tilaaja (kuvio 2). Tavanomainen tilanne, jossa kyseinen sopimusketju toteutuu käytännössä, on KVR-urakka, jossa urakoitsija huolehtii rakennuskohteen toteuttamisesta, siihen liittyvästä kokonaiskoordinoinnista, suunnittelusta ja muista tarvittavista tehtävistä, jotta kohde voidaan ottaa suunniteltuun käyttöön.<sup>139</sup> KVR-urakassa urakoitsijan vastuulla ovat muun muassa suunnittelusopimukset, jotka ovat tyypillisiä KSE-ehtoisia sopimuksia.<sup>140</sup> Sopimusketjun vastuusetelman kannalta on siten olennaista verrata sitä, miten KSE-ehtojen mukainen konsultin vastuu KSE-tilaajalle eroaa YSE-ehtojen mukaisesta urakoitsijan vastuusta YSE-tilaajalle.

<sup>139</sup> Ks. KVR-urakasta tarkemmin esim. *Liuksiala* 2004, s. 41 ja 208–212, *Rudanko* 1989, s. 114–116, *Ahokas* 2005, s. 36–37, ja *Oksanen – Laine – Kaskiario* 2010, s. 63–64.

<sup>140</sup> KVR-urakoitsijan välittävän lenkin vastuusta voidaan mainita esimerkkinä tilanne, jossa KVR-urakoitsija on rakentanut suunnitelmien mukaisen rakennuksen ja valmistumisen jälkeen viranomaistarkastuksessa käy ilmi, että arkkitehtikuvat eivät vastaa viranomaismääräyksiä (esimerkiksi poistumistie on liian kapea). Tällöin urakoitsijan vastuulla on korjata rakennus viranomaismääräysten mukaiseksi huolimatta siitä, että korjaustoimenpiteet ja niistä aiheutuneet kustannukset saattavat nousta huomattaviksi. Sen sijaan virheen tehneen arkkitehdin korvausvastuu kattaa vastuunrajoitusten vuoksi ainoastaan murto-osan urakoitsijalle aiheutuneista kustannuksista.



**Kuvio 2.** YSE-urakoitsija KSE-tilaajana.

Konsultin virhe voi aiemmin esitellyn luokittelun mukaisesti olla joko konkreettinen, kuten esimerkiksi lainvastainen suunnitelma, tai asiantuntija-palveluun sisältyvä, kuten harhaanjohtava neuvo.<sup>141</sup> Tällaiset virheet voivat aiheuttaa urakoitsijan konkreettisen rakennusvirheen. Virheen tapahduttua se pyritään ensin tavalla tai toisella korjaamaan, ja sama pätee YSE-urakoitsijan ja YSE-tilaajan välisessä suhteessa. Sen sijaan KSE-ehto mukaisesti konsultti ei voi hyvittää virhettä arvonalennuksella, kuten YSE-urakoitsija voi.<sup>142</sup> Ainakin teoriassa tämä ero voisi johtaa siihen, että virheen seurauksena YSE-tilaaja voisi vaatia urakoitsijan tuottamuksesta riippumatonta arvonalennusta, mutta urakoitsijan oikeuskeinoksi KSE-tilaajana KSE-konsulttia kohtaan jäisi ainoastaan vahingonkorvausmahdollisuus, mikä edellyttää niin tuottamusta kuin vahingon aiheutumisen toteennäyttämistä.<sup>143</sup> Toisin sanoen YSE-urakoitsijan korvausvastuu YSE-tilaajalle syntyy tällaisessa tilanteessa herkemmin kuin KSE-konsultin vastuu KSE-tilaajalle. Lisäksi konsultin ja urakoitsijan virheiden erona on se, että urakoitsijan suoritusvelvollisuus on usein täsmällisemmin määritelty, minkä vuoksi urakoitsijan virhe voi olla helpommin havaittavissa.<sup>144</sup>

<sup>141</sup> Se, missä tilanteissa konsultti joutuu eri virheistään tosiasialliseen vastuuseen, riippuu monista seikoista, kuten esimerkiksi näyttökysymyksistä. Ks. konsultin virheen luokittelun haasteista, luku 2.2.

<sup>142</sup> Arvonalennus tulee kyseeseen esimerkiksi hankalasti korjattavissa ulkonäkövirheissä, ja käytännössä niistä sovitaan useimmiten yksimielisesti, ks. *Oksanen – Laine – Kaskiario* 2010, s. 131, ja *Klementjeff-Sarasma* 2005, s. 129. Arvonalennusmääräyksen puuttumista konsultin virheen oikeusseuraamuksena on pohdittu luvussa 3.3, jossa on todettu, että sen käyttökelpoisuus rajoittuu lähinnä pieniin suunnitteluvirheisiin.

<sup>143</sup> Esimerkkinä rakennusurakan sopimusketjutapauksesta, jossa arvonalennusvaatimuksen tekeminen olisi voinut johtaa toisenlaiseen lopputulokseen, on hovioikeuden ratkaisu (VaaHO 11.5.2006, S 04/1162, lainvoimainen), jossa urakoitsijan vahingonkorvausvaatimus aliurakoitsijaansa kohtaan hylättiin siitä syystä, että urakoitsijalle ei ollut aiheutunut vahinkoa. Ks. tapauksesta tarkemmin, *Saarnilehto OT* 2011/2, s. 16–17.

<sup>144</sup> Ks. *Rudanko* 1989, s. 99.



Suurin eroavaisuus YSE-urakoitsijan ja KSE-konsultin virhevastuun välillä on vahingonkorvausmääräyksissä. Kun lähtökohta on se, että KSE-konsultin vahingonkorvausvelvollisuudesta on käytännössä rajattu välilliset vahingot kokonaan pois ja sen lisäksi jäljelle jäävän vahingon suuruus on rajoitettu palkkion määrään, on ilmiselvää, että konsultin vastuu KSE-tilaajalle ei todennäköisesti kata YSE-urakoitsijan täysimääräistä vahingonkorvausta YSE-tilaajalle. Vahingonkorvauskuilu onkin yksi YSE-urakoitsijan huomioon otettava riski, joka *KVR-urakassa* korostuu myös urakkasopimuksessa: KVR-urakan sopimuslomakkeessa<sup>145</sup> on erityisesti mainittu, että urakoitsijan vastuu siitä, että suunnitelmaratkaisut täyttävät niille sopimusasiakirjoissa määritellyt vaatimukset, ei siirry tilaajalle, vaikka tilaaja hyväksyisi suunnitelmien yleisratkaisun ja laatutason.<sup>146</sup> Tilaajan myötävaikutusvelvollisuuksien osuus on siten minimoitu.<sup>147</sup> Tämä tarkoittaa, että sen lisäksi, että urakoitsijan omaa mahdollisuutta saada vahingonkorvausta KSE-konsultilta on KSE-ehdoissa huomattavasti rajattu, YSE-tilaajan oikeutta vahingonkorvauksiin urakoitsijalta KVR-urakassa on korostettu.

YSE-urakoitsijan ja KSE-konsultin välinen vahingonkorvauskuilu kasvaa myös silloin, kun urakoitsija on tehnyt sivu-urakan alistussopimuksen, jonka perusteella urakoitsijan vastuu myös muille urakoitsijoille on täysimääräistä.<sup>148</sup> Ainoa tilanne, jossa urakoitsijan asema YSE-ehtojen perusteella ei yksiselitteisesti ole heikompi KSE-ehtoihin verrattuna, on takuu-aika, sillä konsultin vastuun voimassaolo takuu-aikana on kirjattu KSE-ehtoihin, kun taas YSE-ehdoista määräys YSE-urakoitsijan vahingonkorvausvastuusta takuu-aikana puuttuu.<sup>149</sup>

Toimiessaan KSE-tilaajana YSE-urakoitsija joutuu ottamaan huomioon myös ehtojen väliset reklamaatio- ja vaatimuksentekoaikojen eroavaisuudet. KSE-ehtojen mukaan konsultin virheestä on reklamoitava välittömästi ja todistettavasti. Vaatimukset on esitettävä viipymättä ja viimeistään vuoden kuluessa virheen ilmenemisestä ja lopulliset vaatimukset kirjallisesti viimeistään, kun konsultin vastuu-aika on päättynyt. YSE-tilaajalle on jätetty selvästi tätä pidempi aika reklamaation ja vaatimusten esittämiselle. Käytännössä tilaajan esittämien vaatimusten ajallisina takarajoina ovat vastaanotto- ja takuutarkastukset aiemmin esitettyjä poikkeuksia lukuun

<sup>145</sup> RT 80278.

<sup>146</sup> KVR-sopimuslomake, kohta 10. Ks. myös *Klementjeff-Sarasma* 2005, s. 129–130.

<sup>147</sup> *Rudanko* 1989, s. 114.

<sup>148</sup> Ks. luvussa 3.2.2 alistetun sivu-urakan vastuusta sanottu.

<sup>149</sup> Aiemmin mainitun tavoin käytännössä YSE-urakoitsijan vahingonkorvaus on kuitenkin täysimääräistä myös takuu-aikana. Sekin on mahdollista, että konsultin vastuu päättyy ennen takuuajan päättymistä, kun suunnitelmaa ei ole välittömästi toteutettu, ks. KSE 1995: kohta 3.2.5.

ottamatta.<sup>150</sup> Erityisesti siitä syystä, että yksittäistapauksissa vakioehtojen menettelytapamääräyksille saatetaan antaa suurikin painoarvo<sup>151</sup>, urakoitsijan pitää kiinnittää korostettua huomiota konsultille tehtävien reklamaatioiden viipymättömyyteen sekä vaatimusten yksilöintiin ja oikea-aikaisuuteen tarpeen tullen myös silloin, kun YSE-tilaaja ei ole tehnyt minkäänlaista huomautusta YSE-ehtoiseen sopimukseen perustuen.

Kun konsultin virhe on olennainen ja se on aiheutunut konsultin tuottamuksesta, KSE-tilaaja voi purkaa sopimuksen ja saada korvatuksi kaikki purusta aiheutuneet kohtuulliset lisäkustannukset, jotka aiheutuvat sopimuksen suorittamisesta loppuun. Urakkasopimuksen purkautuessa YSE-tilaajalla puolestaan on oikeus täysimääräiseen vahingonkorvaukseen, jonka kohtuullisuutta ei ole erikseen mainittu. Kuten konsultin vahingonkorvausvastuuta KSE-ehtoisen sopimuksen purkutilanteessa on aiemmin tulkittu, vastuu kattaa vain välittömät kustannukset, joiksi ei todennäköisesti katsottaisi muissa sopimussuhteessa aiheutuneita häiriöitä.<sup>152</sup> Konsulttisopimuksen purkaminen aiheuttaa YSE-urakoitsijalle siten hintariskin, jos myös urakkasopimus joudutaan sen vuoksi purkamaan, ja silloinkin, jos urakkasopimus pysyy KSE-ehtoisen sopimuksen purusta huolimatta voimassa, ellei urakoitsija selviä konsulttisopimuksen purusta ilman urakkasopimukselle aiheutuvia häiriöitä, mikä käytännössä lienee epätodennäköistä. Lähtökohtaisesti tällaisessa sopimusketjussa YSE-urakoitsijan asema välittävänä lenkinä on siten kaikkien sanktioiden suhteen erityisen riskialtis ja vastuu kaikissa tilanteissa konsultin vastuuta laajempi.

### 4.3 Sopimusketju: RYHT–YSE

Toiseksi käsiteltävä sopimusketju muodostuu RYHT- ja YSE-ehtoisista sopimuksista. Kun YSE-urakoitsija tekee hankintasopimuksen RYHT-ehdoin, muodostuu sopimusketju siten, että urakoitsija on välittävä lenkki, RYHT-myyjä aiempi suoritusporras ja YSE-tilaaja loppukäyttäjä (kuvio 3). Tällainen tilanne syntyy käytännössä esimerkiksi silloin, kun urakoitsija on urakkasopimuksen mukaan vastuussa rakennustavaroiden hankinnasta.<sup>153</sup> YSE-ehtojen mukaan erilaisten rakennusvälineiden, kuten nostolaitteiden ja telineiden, hankkiminen kuuluu urakoitsijan sivuvelvollisuuksiin. Muiden hankintojen osalta urakoitsija ja tilaaja käytännössä sopivat, kumpi osapuoli

---

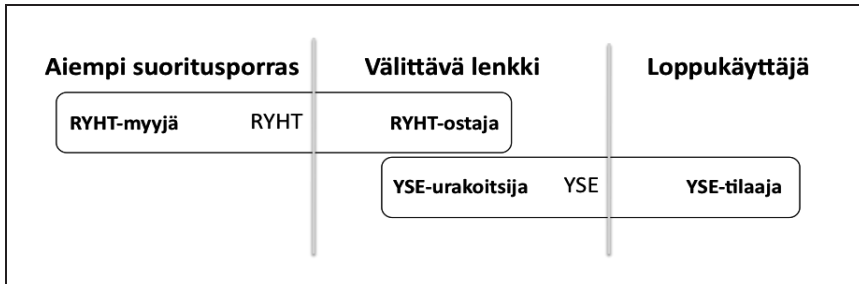
<sup>150</sup> Ks. luku 3.2.1.

<sup>151</sup> Ks. esim. YSE-ehtoja käsittelevät ratkaisut KKO 2008:19 ja KKO 21.12.1998/4039.

<sup>152</sup> Ks. *Hemmo* 2005, s. 246.

<sup>153</sup> Ks. rakennustavaroiden määritelmästä YSE 1998 -ehtojen käsitteistö, s. 3.

niistä vastaa.<sup>154</sup> Olennaista on huomioida, mikä on YSE-urakoitsijan ja RYHT-myyjän vastuun ero. Koska yksittäisten rakennustavarahankintojen arvo on usein murto-osa urakkasopimuksen arvosta ja yhden urakan sisällä tehdään useita yksittäisiä RYHT-sopimuksia, voi RYHT–YSE-sopimusketjua pitää jo lähtökohtaisesti epätasapainoisena.<sup>155</sup>



**Kuvio 3.** YSE-urakoitsija RYHT-ostajana.

RYHT-myyjälle ja YSE-urakoitsijalle säilytetyt oikeusseuraamukset vastaavat suurelta osin toisiaan: virhe pyritään ensisijaisesti oikaisemaan, ja siihen virheen aiheuttajalla on myös oikeus. Takuuaikana RYHT-myyjän vastuu on samanlaista kuin rakennusaikanakin lukuun ottamatta ostajan vastuuta esimerkiksi kohteen kulumisesta. Arvonalennusmahdollisuudesta ei RYHT-ehdoissa ole määräyksiä, mutta aiemmin mainituin tavoin se saattaa olla mahdollista kauppalain perusteella. On kuitenkin selvää, että RYHT-myyjän hyvittävä arvonalennus rakennustavarasta saattaa olla eri kokoluokkaa kuin moninkertaisesti arvokkaamman urakan arvonalennus. Tästä syystä arvonalennusmahdollisuudella ei ole kovin suurta merkitystä sopimusketjuasetelmassa.

RYHT-myyjän vahingonkorvausvastuuta on rajattu, muttei kuitenkaan yhtä paljon kuin KSE-konsultin vastuuta. RYHT-myyjän korvausta välittömistä vahingoista ei ole rajattu, eivätkä tällaiset vahingot myöskään edellytä tuottamusta. Sen sijaan välillisten vahinkojen ulkopuolelle on jätetty tietyt vahingot, ja korvattavien välillisten vahinkojen suuruus on rajoitettu toimituksen hinnan suuruuteen, joten RYHT-myyjän jäljelle jäävä vahingonkorvausvelvollisuus on huomattavasti suppeampi kuin täysimää-

<sup>154</sup> Ks. esim. YSE 1998: 1.1 §, 2.1 b § ja 8.2 c §, *Oksanen – Laine – Kaskiaro* 2010, s. 80, ja *Lehtonen* 2005, s. 82.

<sup>155</sup> RYHT-ehtojen arvon suuruudesta todettu pätee myös KSE-ehtoiisiin sopimuksiin. KSE-sopimus koskee kuitenkin RYHT-sopimuksia useammin koko hanketta: esimerkiksi suunnittelu- ja valvontasopimuksissa aiheutuneet virheet saattavat vaikuttaa koko hankkeeseen.

räisessä vastuussa olevan YSE-urakoitsijan. Sen lisäksi YSE-urakoitsijan vastuuta kasvattavat mahdolliset alistetut sivu-urakkasuhteet, joiden perusteella urakoitsija on täysimääräisessä vastuussa tilaajan lisäksi myös toisia urakoitsijoita kohtaan. Aiemmin mainituin tavoin RYHT-ehtojen vastuunrajoitus ei rajaa pois vahinkoja, jotka johtuvat toisen sopimussuhteen perusteella maksettavista korvauksista RYHT-myyjän virheen vuoksi. Koska tällaisia vahinkoja pidetään kuitenkin yleensä välillisinä, RYHT-myyjän korvattavaksi tuleviin eriin voi sisältyä YSE-urakoitsijan YSE-tilaajalle tai alistetuille sivu-urakoitsijoille maksettavia korvauksia, mutta kuitenkin ainoastaan RYHT-myyjän toimituksen hinnan suuruuteen asti.<sup>156</sup>

Olennaista on huomata myös vastuun kesto takuuajana, joka RYHT-ehtojen mukaisesti on 36 kuukautta *luovutuspäivästä* lukien, kun taas YSE:n mukainen kahden vuoden takuuajaka alkaa urakan *vastaanotosta* tai *käyttöönnotosta*. RYHT-myyjän takuuajasta on sovittava toisin ainakin pysyväksi osaksi jäävien rakennustavaroiden hankintasopimuksissa, sillä YSE-ehdoissa edellytetään urakoitsijan käyttävän rakennustavaroita, joiden takuuajaka on vähintään urakoitsijan takuuajan pituinen.<sup>157</sup>

Rakennusurakan luonteelle on ominaista se, että vaikka vastuu tavarantoimituksen mukaisuudesta kuuluu lähtökohtaisesti RYHT-myyjälle, vastuu liittyy läheisesti myös urakan työntuloksen sopimuksen mukaisuuteen, jolloin virheet otetaan huomioon työntuloksen sopimuksen mukaisuutta arvioitaessa.<sup>158</sup> Urakoitsijan velvollisuudesta tarkastaa käyttämänsä rakennustavara määrätäänkin yksityiskohtaisesti sekä YSE- että RYHT-ehdoissa.<sup>159</sup> Tästä syystä YSE-urakoitsijan tarkastusvelvollisuus on kyseessä olevassa sopimusketjussa korostunut. Jos rakennustavarassa ilmenee virhe, joka aiheuttaa urakoitsijan suorituksessa rakennusvirheen, ja urakoitsija joutuu korvausvelvolliseksi YSE-tilaajaan nähden, urakoitsija saattaa sen lisäksi menettää oikeutensa uuteen toimitukseen tai korvauksiin RYHT-myyjältä, jos se ei ole tarkastanut tavaraa RYHT-ehtojen yksityiskohtaisten määräysten mukaisesti ja reklamoinut virheestä kohtuullisessa ajassa. YSE-urakoitsijan on oikeuksiensa säilyttämiseksi pidettävä huoli siitä, että se reklamoi ja esittää vaatimukset RYHT-myyjää kohtaan mahdollisimman aikaisin ja täsmällisesti, jotta sillä säilyy mahdollisuus edes jonkinlaisiin korvauksiin mahdollisen tilaajan myöhemmän korvausvaatimuksen kattamiseksi.

<sup>156</sup> Vaikka yksittäisen RYHT-myyjän toimituksen hinta voi olla korkeakin, kuten esimerkiksi runkotoimituksissa, se on tällaisessakin tilanteessa vain murto-osa YSE-ehtoisen sopimuksen arvosta. Tästä syystä on todennäköistä, että RYHT-myyjän vahingonkorvaus ei kata toiselle YSE-osapuolelle tai sivu-urakoitsijalle maksettavaksi tulevaa vahinkoa.

<sup>157</sup> Ks. YSE 1998: 10.2 § ja käsitteistö, s. 3. Ehtoja on harmonisoitu vastaavasti myös Tanskassa, ks. *Hørlyck* 1993, s. 117–120 ja 292–297.

<sup>158</sup> *Rudanko* 1989, s. 166.

<sup>159</sup> Ks. YSE 1998: 11.3–4 § ja RYHT 2000: kohdat 13.2–13.3.

Siinä tapauksessa, että RYHT-myyjä on syyllistynyt olennaiseen sopimusrikkomukseen, jolloin toimitus- ja hankintasopimuksen purku on mahdollinen, YSE-urakoitsijan asema on RYHT-ehtojen sanamuodon mukaan tulkinnanvarainen: kuten aiemmin on tullut ilmi, ehtojen sanamuoto antaa RYHT-ostajalle oikeuden saada korvaus sopimuksen täyttämättä jättämisestä johtuvista kuluista ja vahingoista kärsityn vahingon määrään asti. Tämä tuskin tarkoittanee kuitenkaan sitä, että RYHT-myyjä voisi joutua korvausvastuuseen YSE-urakoitsijan koko täysimääräisen korvausvastuun määrällä, vaikka se olisikin YSE-urakoitsijan kärsimän vahingon määrä.<sup>160</sup> Tällaisessa tilanteessa merkitystä saattaisi kuitenkin olla esimerkiksi RYHT-ostajan tarkastusvelvollisuuden täyttämiseen liittyvillä seikoilla, joten käytännössä tulkinnan epäselvyydellä ei välttämättä ole suurta käytännön merkitystä. Ehtojen sanamuodon mukaan hankinta- ja toimitussopimuksen purkamisesta RYHT-myyjän maksettavaksi aiheutuva vahingonkorvaus on kuitenkin sanamuodon perusteella myyjän virheestä seuraavaa rajoitettua vahingonkorvausvastuuta laajempi.

Johtopäätöksenä edellä käsiteltyjen sopimusketjujen kokonaisuudesta voidaan tässä vaiheessa todeta, että urakoitsijan riski on viimeksi käsitellyssä RYHT–YSE-sopimusketjussa pienempi kuin aiemmin käsitellyssä KSE–YSE-sopimusketjussa.

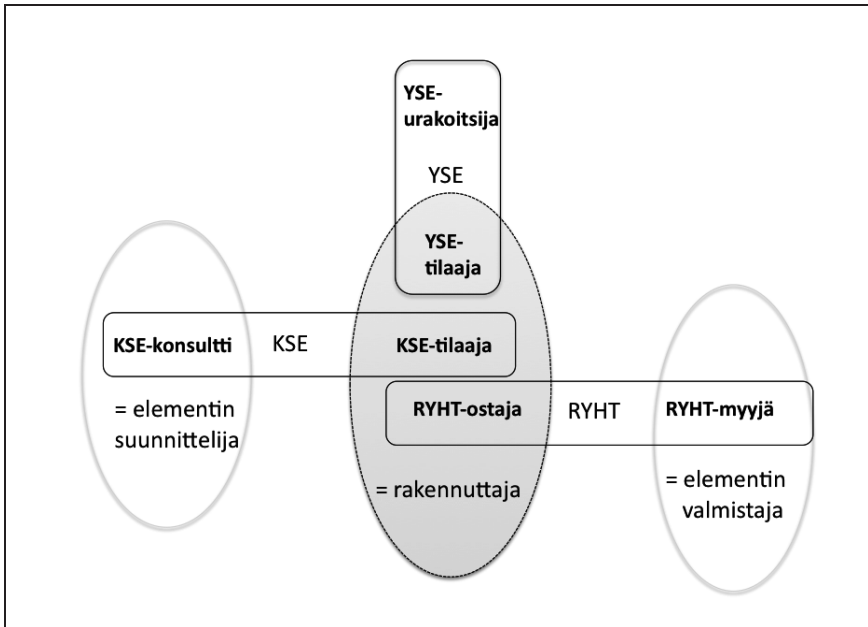
#### 4.4 Sopimusketju: KSE–RYHT

Rakennusalan relevantteihin sopimusketjuihin ei aina välttämättä sisälly YSE-ehtoista sopimusta. Viimeiseksi käsiteltävä sopimusketju poikkeaa kahdesta edeltävästä, sillä siinä ei ole suoraan mukana YSE-osapuolta. Kyse on KSE- ja RYHT-ehtojen välillä syntyvästä sopimuskonstruktiosta, joka ei niinkään ole *sopimusketju* vaan pikemmin kaksi toisiinsa liittyvää mutta erillistä sopimussuhdetta, joissa toinen osapuoli on kuitenkin sama. Täten voidaankin puhua *sopimusetelmasta* sopimusketjun sijaan. Käytännössä tällainen sopimusetelma on olemassa esimerkiksi siinä hyvin tyypillisessä tilanteessa, jossa rakennuttaja on sopimussuhteessa suunnittelijaan ja tavarantoimittajaan, jotka eivät ole sopimussuhteessa keskenään<sup>161</sup>,

<sup>160</sup> Myyjän vahingonkorvauksen täysimääräisyyttä on pohdittu luvussa 3.4. Kuten sopimusvastuussa yleisestikin, korvattavan vahingon määrän arvioinnissa on huomioitava vahinkojen ennakoitavuutta ja adekvaattisuutta painottavat kriteerit, ks. *Hemmo* 1994, s. 124. Vahingon määrää voisi tällaisessa tilanteessa rajoittaa myös vahingonkorvauksen sovittelumahdollisuus, ks. kauppalain osalta tarkemmin, *Routamo – Ramberg* 1995, s. 533–536.

<sup>161</sup> Käytännössä asetelma on sama myös tilanteessa, jossa rakennuttajan tilalla YSE-tilaajan roolissa toimii aliurakkasopimuksen tehnyt pääurakoitsija. Toki urakoitsija voi olla sopimussuhteessa tavarantoimittajaan ja konsulttiin myös ilman erillistä aliurakkasuhdetta, mutta tällaisessa tilanteessa ei synny seuraavaksi käsiteltävää ns. sopimusketjun ”ulkopuolisen” urakoitsijan vastuukysymystä.

ja suunnittelijan yhtenä tehtävänä on tavarantoimittajan valmistamien elementtien suunnittelu, jolloin suunnittelijan tekemä virhe voi aiheuttaa rakennuskohteen kannalta virheellisen elementin toimittamisen (kuvio 4). Kyse on siten KSE- ja RYHT-ehtoisten sopimusten liittymisestä toisiinsa, sillä KSE-konsultin sopimusrikkomus vaikuttaa RYHT-myyjän suoritukseen, vaikka kyseisten osapuolten välillä ei ole sopimussuhdetta. Tällöin myöskään rakennuttajan ja tavarantoimittajan välisessä sopimussuhteessa ei ole tapahtunut virhettä, sillä tavarantoimittaja on toiminut sille osoitettujen suunnitelmien mukaisesti.<sup>162</sup> Kiintoisaa tällaisessa sopimusasetelmassa onkin se, kuka voi olla vastuussa tällaisesta virheestä.<sup>163</sup>



**Kuvio 4.** RYHT-ostaja KSE-tilaajana (sopimusasetelma).

<sup>162</sup> Vastaavantyyppinen mutta pidempi sopimusasetelma olisi kyseessä silloin, jos elementtien suunnittelija toimisikin *urakoitsijan* sopimuskumppanina. Vaikka tällaiseen ketjuun liittyvät omat vastuuta vierittävät seikkansa, sitä ei tässä käsitellä tarkemmin, sillä tällaisessa ketjussa kyse on edellä käsitellyn kahden sopimusketjun yhdistelmästä.

<sup>163</sup> Suunnittelijan mahdollisen vastuun sopimusketjussa edempänä olevaa eli loppukäyttäjää kohtaan on sanottu olevan epäselvä samoin kuin sen, perustuisivatko tällaiset vaatimukset sopimussuhteeseen vai yleisiin vahingonkorvausoikeudellisiin säännöksiin, ks. *Palmu* 2005b, s. 119. Vastuunottojen välinen pohdinta jää kuitenkin tässä vain yksittäisten mainintojen varaan, ks. vahingonkorvauslakiin perustuvan ja sopimusoikeudellisen korvausvastuun eroista käydystä keskustelusta esim. *Norros* 2007 ja *Hemmo* 1998. Voidaan kuitenkin huomauttaa, että korkeimman oikeuden ratkaisukäytännössä on todettu, että myöskään sopimuskumppanin myöhempi sopimuskumppani ei yleensä voi toteuttaa sopimusrikkomukseen perustuvia vaatimuksiaan nojautumalla sopimusvastuusta riippumattomaan vastuuseen, ks. erityisesti KKO 2008:31 ja KKO 2009:92. Näin ollen suunnittelijan vastuu vahingonkorvauslain perusteella lienee käytännössä epätodennäköistä.

Ensisijaisesti vastuun voisi kuvitella kuuluvan virheen tehneelle suunnittelijalle. KSE-ehtojen perusteella KSE-konsultilta edellytetään ammattitaitoa, hyvää teknistä osaamista sekä sopimuksen ja lainsäädännön mukaista suoritusta.<sup>164</sup> Näin teoriassa onkin, mutta sopimusehtojen ja käytännön mahdollistamien syiden vuoksi vastuunkantajan rooli ei aina tule konsultille, vaan muun muassa jäljempänä esitettyjen syiden vuoksi on hyvä pohtia myös muiden osapuolten mahdollista vastuuta ja sen perusteita. Tällaisia vastuun siirtäviä perusteita ovat esimerkiksi eri sopimusehdoissa asetetut asiantuntijuus- ja huolellisuusvelvoitteet, erilaiset tarkastusvelvollisuudet ja reaaliset mahdollisuudet vahingon kantamiseen.<sup>165</sup>

Sopimusosapuolten asiantuntijuus- ja huolellisuusvelvoitteet liittyvät sopimusoikeudessa laajempaan näkemykseen vahinkojen ennakoitavuudesta yhtenä vastuun rajoitusperusteena. Ennakoitavuusarvioinnin kohdistumisen arviointikriteerinä on perinteisesti ollut niin sanottu ”*piti tietää*”-mittapuu, joka lähtökohtaisesti on objektiivinen, mutta tietyissä tilanteissa yksilöllisille piirteille, kuten ammattitaidolle ja siitä johtuvalle huolellisuusvelvollisuudelle, annetaan korostunut merkitys.<sup>166</sup> Kun nyt käsiteltävässä sopimusasetelmassa verrataan eri sopimusosapuolille vakioehdoissa asetettuja asiantuntijuus- ja huolellisuusvelvoitteita, huomataan, että KSE-ehtoisessa sopimussuhteessa myös KSE-tilaajalle on asetettu velvollisuuksia, jotka voidaan asettaa tilaajan tiedonantovelvollisuuden yleisnimikkeeseen alle.<sup>167</sup> RYHT-myyjän vastuu perustuu sen sijaan siihen, että myyjän toimittama tuote on *sopimuksen*mukainen, mutta myyjän asiantuntijuuteen ei yleensä voida vedota tilanteessa, jossa ostaja on itsekin asiantuntija.<sup>168</sup> Lisäksi RYHT-ehtoisissa on erikseen mainittu, että kumpikin osapuoli on vastuussa toimittamiensa suunnitelmien oikeellisuudesta (kohta 12.2). RYHT-myyjän ja RYHT-ostajana toimivan KSE-tilaajan välisessä suhteessa vastuu ei siten ainakaan asiantuntijuusvelvoitteen perusteella jää myyjän kannettavaksi.

<sup>164</sup> Ks. luku 3.3.

<sup>165</sup> Ks. soveliaan vastuunkantajan käsitteestä esim. *Hemmo* 1994, s. 232–233. Erona *Hemmon* esittämään on kuitenkin se, että käsiteltävässä sopimusasetelmassa valintaa ei tee tuomioistuimien vaan vahingon kärsinyt sopimusosapuoli, jolla on mahdollisuus vaatia korvausta useammalta kuin yhdeltä sopimusosapuoleltaan.

<sup>166</sup> Ks. tarkemmin *Hemmo* 1994, s. 145 ss., erityisesti s. 182–189. Ammattitaidon vaatimuksesta myös *Halila* 1981, s. 66–72.

<sup>167</sup> Tilaaja on KSE-ehtojen mukaan vastuussa konsultille vahingoista, jotka johtuvat muun muassa tilaajan tekemistä virheistä tai laiminlyönneistä, ja antamistiaan tiedoista sekä sitovista ohjeista ja määräyksistä (kohdat 2.2.1–2). Tiedonantovelvollisuutta pidetään sitä laajempana ja yksityiskohtaisempana, mitä enemmän tilaus sisältää tavanomaisesta tilauksesta poikkeavia piirteitä. Ks. *Palmu* 2005b, s. 110–111.

<sup>168</sup> Ks. luku 3.4. Myyjällä on kuitenkin tuotevastuulain (694/1990) mukainen vastuu, joka on mainittu myös RYHT 2000 -ehtojen kohdassa 20.1–2. Ks. lain soveltamisalasta lain 1 § ja tuotevastuusta rakennusallalla tarkemmin, esim. *Liuksiala* 2004, s. 253–256.

Sen lisäksi, että asiantuntijuusveloitteen perusteella vastuu olisi joko KSE-konsultilla tai KSE-tilaajalla sen perusteella, mistä virhe johtuu, mahdollista on sekin, että virhevastuu kaatuu sopimusasetelman ulkopuolella olevalle urakoitsijalle YSE-ehtoisen urakkasopimuksen perusteella.<sup>169</sup> Tämän mahdollistaa aiemmin mainittu urakoitsijalta edellytetty YSE-ehtojen mukainen asiantuntijuus- ja huolellisuusvelvollisuus.<sup>170</sup> Käytännössä asetelma oli tämä aiemmin mainitussa hovioikeusratkaisussa, jossa urakoitsijan todettiin olevan täysimääräisessä vastuussa.<sup>171</sup> Asiantuntijuus- ja huolellisuusveloitteiden perusteella KSE-tilaajalla voi siis olla mahdollisuus kääntyä vaatimuksissaan YSE-urakoitsijan puoleen, mutta olisi kuitenkin oikeudenmukaista, että urakoitsijan vastuu ei voisi ulottua sellaisiin virheisiin, joita sen ei edes ammattitaitonsa puolesta ole ollut mahdollista havaita.<sup>172</sup> Käytännössä kuitenkin lienee niin, että jos esimerkiksi takuuajana rakennuksen betonipinta alkaa lohkeilla, urakoitsijalta vaaditaan sen korjaamista, vaikka virhe olisi alun perin johtunut rakennuttajaan sopimussuhteessa olevan suunnittelijan virheellisestä elementtisuunnitelmasta.<sup>173</sup> Vastuunkantajaksi joutuvalla urakoitsijalla, joka ei ole suunnittelijan sopimuskumppani, ei olisi käytännössä mahdollisuutta kääntyä suunnittelijan puoleen saadakseen korvausta virheen tosiasialliselta aiheuttajalta.

---

<sup>169</sup> Lähtökohta on kuitenkin se, että suunnittelijoiden korkean asiantuntemuksen tulisi luoda urakoitsijalle perustellun odotuksen luottaa suunnittelijan toimenpiteiden virheettömyyteen, ks. *Kärkkäinen* 2005, s. 140.

<sup>170</sup> Ks. luku 3.2.1 ja YSE 1998: 1.3 § ja 33 §.

<sup>171</sup> Ks. venttiileihin liittyvä tapaus (HelHO 1.12.2000, S 99/1292) luvussa 3.2.1. Tämän-tyyppisiä ratkaisuja voidaan arvostella siltä kannalta, että niissä urakoitsijalla saatetaan olettaa olevan suunnittelijaa suurempi huolellisuusvelvollisuus, vaikka käytännössä suunnittelijoiden pätevyysvaatimukset ovat urakoitsijoita korkeammat: suunnittelijoilta vaaditaan tiettyä pätevyystasoa, joka määräytyy koulutuksen ja kokemuksen perusteella (rakentamismääräyskokoelman A2-osan 4-kohta). Urakoitsijan puolella pätevyysvaatimus on asetettu vastaavalle työnjohtajalle, ja se on suunnittelijan pätevyyteen verrattuna alhaisempi (vrt. määräyskokoelman A1-osan 4.1-kohta). Tosin mainitussa hovioikeuden tapauksessa urakoitsija oli *käytännön syistä vastannut toteutussuunnittelusta*, minkä perusteella se oli vastuussa, vaikka venttiilin suunnittelu oli alun perin kuulunut rakennuttajaan sopimussuhteessa olevalle suunnittelijalle, ks. tuomion s. 17. Vrt. *Kärkkäinen* 2005, s. 90, jossa on todettu, ettei urakoitsija ole suunnittelun vaan toteutuksen asiantuntija.

<sup>172</sup> Ks. esim. *Hemmo* 1998, s. 189. Virheitä, joiden vahinkoseuraamuksia urakoitsija ei ole mitenkään voinut ennakoita tavallista paremmin ja joiden vahinkoriskeistä sillä ei ole myöskään ollut tosiasiallisia tietoja, saattaisivat olla esimerkiksi betonielementtien betonin puutteelliset rasitusluokat, kuten esimerkiksi pakkasenkestävyys, ks. esim. *Iso-Mustajärvi* 2006, s. 176.

<sup>173</sup> Tällainen virhe voisi johtua esimerkiksi siitä, että suunnittelija olisi unohtanut tehdä suunnitelmaan rasitusluokamerkinnän. Eri vakioehtojen huolellisuusveloitteiden perusteella näyttäisi siis siltä, että RYHT-myyjä ei voisi joutua tällaisessa tilanteessa vastuuseen edes silloin, vaikka se olisi tiennyt, että elementti sijoitetaan ulkotiloihin.



Toinen seikka, jonka perusteella vastuu KSE-konsultin roolissa olevan suunnittelijan virheestä voisi siirtyä jollekin toiselle osapuolelle, on eri osapuolten tarkastusvelvollisuus. Eri sopimusehdoissa asetettuja tarkastusvelvoitteita on käsitelty tässä artikkelissa aiemmin. Yleisesti tarkastusvelvollisuus voi tulla kyseeseen kahdessa eri vaiheessa: sopimusta valmisteltaessa ennakkotarkastuksena ja suorituksen vastaanoton yhteydessä jälkitarkastuksena, jos se on suorituksen laatuun nähden mahdollista.<sup>174</sup> Kyseisen sopimusasetelman sisällä olevista osapuolista RYHT-ostajalle on asetettu yksityiskohtaisia tarkastusvelvollisuuksia.<sup>175</sup> KSE-tilaajalle ei ole asetettu nimenomaista velvollisuutta tarkastaa konsultin suoritusta, mutta sille on annettu siihen oikeus (kohta 2.1.3). RYHT-ostajan tarkastusvelvollisuuden yksityiskohtaisuus voisi puoltaa sitä, että suunniteluohjeet antanut rakennuttaja, joka toimii tässä siis sekä KSE-tilaajana että RYHT-ostajana, olisi vastuussa virheestä tarkastuksen laiminlyönnin perusteella. Huomionarvoista asetelmassa on kuitenkin se, että myös YSE-urakoitsijalla on tarkastusvelvollisuus, jolle asetetaan YSE-ehdoissa yksityiskohtaisia menettelytapoja. Urakoitsijan tarkastusvelvollisuus voikin olla myös YSE-ehtojen ulkopuolisessa sopimusasetelmassa merkityksellinen: vaikka tarvikkeiden käytöstä päättävältä suunnittelijalta edellytetään ammattiinsa kuuluvaa pätevyyttä, johon urakoitsijan on voitava luottaa, on mahdollista, että tarvikkeiden valinnan ja soveltuvuuden katsotaan olevan niin lähellä urakoitsijan kompetenssia ja ydinaluetta, että vastuu YSE 33 §:n huomautusentekovelvollisuuden perusteella siirtyykin sille.<sup>176</sup> Urakoitsijan tarkastusvelvollisuus ulottuisi tältä osin siten myös mahdollisiin elementtisuunnittelun ja -toimituksen välisiin häiriöihin muodollisista sopimussuhteista huolimatta.

Kolmantena perusteena sille, miksi alkuperäisen virheen aiheuttanut suunnittelija saattaa välttää virhevastuunsa, ovat reaaliset seikat: jos rakennuttaja on kärsinyt vahinkoa, jonka se haluaa saada korvatuksi mahdollisimman kattavasti, voi rakennuttajalla jo pelkästään käytännön syistä olla intressi vaatia virheen korjaamista siltä, jolla on kaikista parhaat mahdollisuudet korjata se ja jonka virhevastuu on kaikista laajin. Käytännössä nämä molemmat edellytykset pätevät urakoitsijaan ainakin silloin, kun kyse on suuresta rakennushankkeesta, joissa urakoitsijana toimivat useimmiten suuret rakennusliikkeet. Sen sijaan suunnittelutoimistot ovat usein urakoitsijoita pienempiä. Kuten aiemmin on tullut ilmi, KSE-konsultina toimivan suunnittelijan virhevastuu on lisäksi selvästi YSE-urakoitsijan vastuuta suppeampi, joten käytännössä vahingonkorvausten vaatiminen

<sup>174</sup> *Hemmo* 2005, s. 209.

<sup>175</sup> Ks. luku 3.4.

<sup>176</sup> *Kärkkäinen* 2005, s. 137.

suunnittelijalta voi olla jo lähtökohtaisesti rakennuttajan näkökulmasta poissuljettu vaihtoehto.

Vaikka sopimusasetelmaa on käsitelty edellä esimerkkiasetelman avulla, voidaan siitä kuitenkin tehdä sellainen yleispätevä päätelmä, että käytännön realiteettien lisäksi kokonaisuuteen liittyvien vakioehtojen eroavaisuuksilla on merkitystä. Edellä mainitut perusteet osoittavat, että myös viimeiseksi käsiteltävässä sopimusasetelmassa, joka lähtökohtaisesti on ainoastaan RYHT- ja KSE-sopimusosapuolten muodostama, virhevastuu kuitenkin siirtyy sinne, missä vastuu on kaikista laajin. Tämä tarkoittaa artikkelissa käsiteltävien rakennusalan vakioehdoissa YSE-ehtoisen urakasopimuksen asiantuntijavastuussa olevaa urakoitsijaa. Merkityksellistä on myös se, että kun eri sopimukseen liittyvät sopimusriidat on käytävä erikseen ja kukin omalla forumillaan, eikä niillä näissä prosesseissa ole liityntää toisiinsa, saattavat myös nämä seikat osaltaan voimistaa vahingonkäräjän pyrkimystä kohdistaa mahdollisimman paljon vaateita yhdelle vastaajalle.<sup>177</sup>

#### 4.5 Eri osapuolten yhteisvastuu

Edellä on eritelty erilaisia rakennusalan sopimusketjuja ja ketjujen eri osapuolille vakiosopimusehtojen erojen vuoksi aiheutuvia vastuuriiskejä. Viimeisessä aluvuossa pohditaan lyhyesti kysymystä siitä, voiko rakennushankkeen eri sopimusosapuolten välille syntyä yhteisvastuu jostakin hankkeesta tapahtuneesta virheestä. Kuten sopimusketjuesimerkeistä on käynyt ilmi, rakennushankkeen virheet voivat johtua monen eri osapuolen laiminlyönneistä ja eri sopimussuhteissa tapahtuneista sopimusrikkomuksista. Kysymykseen yhteisvastuusta ei vakiosopimusehdoissa oteta kantaa; siihen voidaan hakea vastausta sopimusoikeuden yleisten oppien avulla.

Sopimusoikeudessa lähtökohtana on se, että jokainen vastaa vain omasta suorituksestaan, ellei suoritusta ole erikseen sovittu suoritettavan yhdessä.<sup>178</sup> Sopimuksenulkoisen vastuun osalta vahingonaiheuttajien yhteisvastuusta on oma säännöksensä vahingonkorvauslaissa, jonka 6 luvun 2 §:n mukaan vahingon ollessa kahden tai useamman aiheuttama tai heidän muuten ollessa velvolliset korvaamaan saman vahingon he vastaavat siitä yhteisvastuullisesti. Lain 1 §:n soveltamisaläsäännöksen mukaisesti laki ei kuitenkaan koske sopimukseen perustuvaa vastuuta, josta tässä tutkimusasetelmassa on kyse. Myöskään velkakirjalain 2 §:n solidaarisen vastuun säännöstä ei

<sup>177</sup> Sopimusketjujen erillisten oikeudenkäyntien aiheuttamia kustannuksia on pidetty myös yhtenä kaksiasianosaissuhteen ylittävää vastuuta puoltavana argumenttina, ks. tarkemmin *Norros* 2007, s. 161–165.

<sup>178</sup> *Esim. Halila* 2011, s. 2.

sovelleta suoraan muihin sopimussuhteisiin kuin niihin, joista on annettu velkakirja.<sup>179</sup> Säännöstä ei voitane soveltaa myöskään analogisesti erillisiin sopimuksiin, joissa ei ole kyse velkakirjaan perustuvista velvoitteista eikä yhteisvastuusta ole erikseen sovittu.<sup>180</sup>

Rakennushankkeen eri osapuolten yhteisvastuuseen ei juuri ole otettu kantaa oikeuskirjallisuudessa, eikä siitä ole kirjoittajan tietojen mukaan annettu korkeimman oikeuden ennakkoratkaisua.<sup>181</sup> Oikeuskäytännössä yhteisvastuu on sinänsä katsottu mahdolliseksi, mutta ratkaisujen suppeat perustelut eivät tuo *yhteisvastuun perustetta* koskevaan keskusteluun sanottavaa lisäarvoa.<sup>182</sup> Oikeuskäytännössä yhteisvastuu on hyväksytty sekä vahingonkorvauslain mukaisen vastuun ja sopimusvastuun että kahteen erilliseen sopimukseen perustuvan vastuun välillä. Kyseisissä tilanteissa syntyvän yhteisvastuun perusteen selvittäminen kaipaaisi kuitenkin nimenomaisesti tätä kysymystä koskevaa korkeimman oikeuden ennakkoratkaisua.

Oikeudenkäynneissä annetuissa julkisissa asiantuntijalausunnoissa yhteisvastuusta on esitetty kahdensuuntaisia näkemyksiä.<sup>183</sup> Yhdessä lausunnossa yhteisvastuuta puoltavaksi perusteluksi on esitetty se, että sopimusperusteista vastuuta koskevien oikeuskirjallisuuden kannanottojen ollessa niukat ei ole perusteita, joiden vuoksi korvausvastuuta olisi sopimussuhteessa arvioitava vahingonkorvauslaissa omaksuttuun verrattuna eri tavoin.<sup>184</sup> Siitäkin huolimatta, että sopimus- ja deliktivastuun tosiasiallisten soveltamisalojen tarkoituksenmukaisuus ja rajat ovat oikeuskirjallisuudessa ja -käytännössä keskustelua herättänyt aihe<sup>185</sup>, tällaista perustelua ei toisen lausunnon perusteella voida pitää hyväksyttävänä siitä syystä, että lain soveltumattomuus sopimussuhteisiin on nimenomaisesti todettu. Vahingon-

<sup>179</sup> Ks. *Hakulinen* 1965, s. 23 ja 41.

<sup>180</sup> Vrt. esim. *Norros* 2012 s. 212.

<sup>181</sup> *Norros* 2012 on todennut korkeimman oikeuden ratkaisun KKO 2008:62 ilmentävän tulkintaa, jonka mukaan velallisten yhteisvastuu ei edellyttäisi sitä, että kaikilla velallisilla olisi sama velvoitteen perusta, ks. mts. 205. Kyseinen ratkaisu koski katon romahtamisen aiheuttamia vahinkoja ja sitä, kuka oli romahduksesta vastuussa. Korkeimman oikeuden ratkaistavana oleva kysymys koski kuitenkin julkisyhteisön korvausvastuuta, eikä siinä otettu kantaa yhteisvastuuseen sinänsä. On siten epävarmaa, voidaanko kyseisen ratkaisun perusteluista johtaa oikeusohje, joka koskee nimenomaisesti yhteisvastuuta.

<sup>182</sup> Edellä mainitun korkeimman oikeuden ratkaisun KKO 2008:62 lisäksi esimerkiksi Helsingin hovioikeuden ratkaisuissa HelHO 11.8.2010, S 09/788 ja HelHO 29.6.2011, S 10/95 (lainvoimaisia) urakoitsija ja valvoja on tuomittu yhteisvastuuseen. Ratkaisuissa ei kuitenkaan perustella kyseisissä tilanteissa syntyneen yhteisvastuun juridista perustetta sillä tavoin, että ratkaisut osoittaisivat yhteisvastuun yleisen hyväksyttävyyden.

<sup>183</sup> Ks. *Hoppu* 1997 ja *Halila* 2011. Ks. myös alistamisehtojen osalta *Hoppu* 1972, s. 91–93.

<sup>184</sup> *Hoppu* 1997, s. 8.

<sup>185</sup> Ks. esim. *Norros* 2007, s. 133–136, joka käsittelee vastuunormistojen suhdetta sopimusketjujen kontekstissa. Ks. myös KKO 2009:92 erityisesti perustelujen kohdat 7–11.

korvauslain soveltaminen johtaisi tällaisessa tilanteessa sopimusvastuun laajentumiseen siitä, mihin sopimusvapauden nimissä on sitouduttu, mikä ei voi olla pykälän tarkoitus.<sup>186</sup>

Toinen yhteisvastuun puolesta asiantuntijalausunnossa esitetty argumentti liittyy vahingonkorvauksen edellytyksenä olevaan syy-yhteyteen. Sen mukaan yhteisvastuun kannalta merkityksellistä olisi se, voiko jokainen osapuoli estää toimillaan vahingon syntymisen, ja jos voi, huomiota tulee kiinnittää siihen, kohdistuuko vahinkoa aiheuttanut toiminta koko vahinkoon. Tällöin ei olisi lausunnon antajan mukaan osoitettavissa, miltä osin vahinko johtuu kenenkin toimista.<sup>187</sup> Tätä näkemystä vastaan voitaneen kuitenkin huomauttaa, että siitä, olisiko joku voinut *estää* vahingon, ei voida suoraan päätellä, miltä osin vahinko on *seurausta* kyseisen osapuolen laiminlyönnistä. Laiminlyönnin vaikutusten arviointi on sen sijaan tehtävä näytön perusteella.

Yhteisvastuuta vastaan voidaan esittää lisäksi se, että rakennushankkeiden eri osapuolilla on tyypillisesti omat erilliset sopimuksensa, ja kullakin osapuolella on siten toisistaan riippumattomat sopimukseen perustuvat velvoitteensa. Asiantuntijalausunnossa todetaan, että näiden velvoitteiden osalta on todistelun ja ratkaisupakon vuoksi voitava selvittää se, mikä osapuoli on kunkin vahingon aiheuttanut.<sup>188</sup>

Yhteisvastuuta vastaan esitetyssä lausunnossa on tultu johtopäätökseen, jonka mukaan rakennushankkeessa mukana olevien osapuolten yhteisvastuu ei näyttäisi perustellulta ainakaan silloin, kun kyse on eri sopimusten osapuolten erilaisten sopimusvelvoitteiden laiminlyönneistä.<sup>189</sup> Voidaan kuitenkin kysyä, jättääkö tämä tulkinta aukon siltä osin, kuin sopimusten velvoitteet ovat päällekkäisiä. Tietyiltä osin päällekkäiset vastuut saattaisivat olla mahdollisia esimerkiksi luvussa 4.4 käsitellyissä sopimusasetelmatilanteissa, joissa sopimusrikkomuksen voitaisiin näyttää aiheutuneen RYHT-ostajan ja YSE-urakoitsijan tarkastusvelvollisuuden tai KSE-konsultin ja YSE-urakoitsijan asiantuntijuuteen perustuvan huolellisuusvelvoitteen laiminlyönneistä. Jos yhteisvastuun katsottaisiin soveltuvan tällaisessa tilanteessa, epäselvää olisi kuitenkin se, tulisiko yhteisvastuu sovellettavaksi vain murto-osaan ratkaistavana olevasta vastuukysymyksestä.

---

<sup>186</sup> Halila 2011, s. 4.

<sup>187</sup> Hoppu 1997, s. 11.

<sup>188</sup> Halila 2011, s. 7.

<sup>189</sup> Halila 2011, s. 7–9.

## 5 YHTEENVETO JA LOPPUPÄÄTELMÄT

Artikkelissa on tarkasteltu rakennusalan vakioehtojen suorittajaosapuolten virhevastuuta ja ehtojen välisten erojen vaikutuksia erilaisissa sopimusketjuissa. Tarkastelu on keskittynyt urakoitsijan vastuuseen, joka vakioehtojen mukaan on laajin ja voi siten synnyttää sopimusketjuissa urakoitsijalle maksajan roolin. Artikkelin rajauksen vuoksi tutkimus kohdistuu vain tiettyihin sopimusrikkomuksiin, mikä on ohjannut myös niitä valintoja, mitä yksittäisiä ehtoja on käsiteltäessä otettu huomioon. Esimerkiksi YSE-urakoitsijan, KSE-konsultin tai RYHT-myyjän viivästymisen mukaan ottaminen olisi tehnyt sopimusketjuista erinäköisiä ja tuonut niihin lisää tosielämässä esiintyviä variaatioita.

Artikkelissa on käsitelty kolmea erilaista sopimusketjua. Kaksi ensimmäistä ketjua muodostuvat siten, että niissä välittävän lenkin roolissa on YSE-urakoitsija ja aiempaan suoritusportaana eli alkuperäisen virheen aiheuttajana joko KSE-konsultti tai RYHT-myyjä. Todennäköisesti juuri näiden ketjujen osalta vastuun siirtymistä ja riskien ennakoimista pohditaan eniten myös käytännön rakennusurakoissa. Kolmanneksi käsiteltävässä ketjussa asetelma on erilainen: siinä kyse on KSE- ja RYHT-ehtojen sopimusten muodostamasta sopimusasetelmasta, jossa välittävän lenkin riski saattaa tietyissä tilanteissa olla siirrettävissä sopimusasetelmaan nähden ulkopuoliselle YSE-urakoitsijalle.

Ehtojen tarkastelun perusteella tehtävä keskeisin havainto on YSE-urakoitsijan riskialtis asema sekä osana erilaisia sopimusketjuja että niiden ulkopuolella. Tällainen asema johtuu ennen kaikkea YSE- ja alistussopimusehdoissa asetetusta urakoitsijan täysimääräisestä vahingonkorvausvastuusta, urakoitsijan erilaisista tarkastus- ja huomautuksentekovelvollisuuksista sekä tosielämän realiteeteista eli lähinnä siitä, että urakoitsijayritykset ovat usein KSE-konsultti- tai RYHT-myyjäyrityksiä suurempia ja vakavaraisempia toimijoita, joilla on vahingon korvaamiseen tosiasiallinen mahdollisuus.

Artikkelin lopussa on pohdittu rakennusurakan eri sopimusosapuolten mahdollisuutta joutua vastaamaan virheestä yhteisvastuullisesti ilman, että osapuolet olisivat siihen erikseen sitoutuneet. Kysymys yhteisvastuusta jää kuitenkin vaille lopullista vastausta ainakin siihen asti, kunnes siihen otetaan laajemmin kantaa oikeuskirjallisuudessa tai oikeuskäytännössä.

## LÄHTEET

### Kirjallisuus ja artikkelit

- Aarnio, Aulis*: Luentoja lainopillisen tutkimuksen teoriasta. Helsinki, 2011.
- Ahokas, Inka-Liisa*: Tilaaajan velvollisuudet. Teoksessa (Ahokas – Klementjeff-Sarasma – Larsén – Lehtonen): Urakoitsijan YSE-opas. Sähkö- ja teleurakoitsijaliitto. Neljäs, uusittu painos, s. 94–104. Espoo, 2005.
- Bärlund, Johan*: Reklamation i konsumentavtal. Helsinki, 2002.
- Erma, Reino*: Urakoitsijan suoritusvirheen vaikutuksista sopimussuhteeseen rakennusurakassa. Teoksessa (Erma – Hoppu): Vahingonkorvauksesta ja sopimusvastuusta rakennusurakassa, s. 113–138. Helsinki, 1976.
- Eskelinen, Krista*: Yleisten sopimusehtojen sitovuus kauppatapana – oikeudellinen epävarmuus. Oikeustieto 2008/1, s. 10–14.
- Haapio, Helena*: Sopimuslukutaidon ABC: Sopimuksen näkyvä ja näkymätön osa. Teoksessa (Haapio – Sipilä – Kousa – Palmu – Koskelainen – Nystén-Haarala – Lehto – Pohjonen – Salmi-Tolonen – Koivu – Leskinen): Sopimusten ja häiriötilanteiden hallinta rakennusprojekteissa, s. 25–48. Helsinki, 2005b.
- Hakulinen, Y. J.*: Velkakirjalaki siihen liittyvine lakeineen. Toinen täydennetty painos. Porvoo, 1965.
- Halila, Heikki*: Rakennuttajan tiedonantovelvollisuudesta rakennusurakassa. Helsinki, 1981.
- Halila, Heikki*: Oikeudellinen asiantuntijalausunto Helsingin käräjäoikeudessa käsitellyssä asiassa, 28.10.2011.
- Hellner, Jan*: Linked contracts. Teoksessa (Goode – Cranston): Making Commercial Law. Essays in Honour of Roy Goode, p. 167–189. Oxford, 1997.
- Hellner, Jan – Hager, Richard – Persson Annina H.*: Speciell avtalsrätt II. Kontraktsträtt, 1 häftet. Särskilda avtal. Fjärde upplaga. Stockholm, 2005.
- Hemmo, Mika*: Vahingonkorvauksen määräytymisestä sopimussuhteessa. Helsinki, 1994.
- Hemmo, Mika*: Sopimus ja delikti. Tutkimus vahingonkorvausoikeuden vastuumuodoista. Helsinki, 1998.
- Hemmo, Mika*: Sopimussoikeus II. Toinen, uudistettu painos. Helsinki, 2003.
- Hemmo, Mika*: Sopimussoikeus III. Helsinki, 2005.
- Hemmo, Mika*: Sopimussoikeus I. Toinen, uudistettu painos. Helsinki, 2007.
- Hemmo, Mika – Hoppu, Kari*: Sopimussoikeus. Päivitettävä Asiantuntija-sarja. Helsinki, 2012 (viimeisin päivitys).
- Hoppu, Esko*: Alistamisesta rakennusurakassa. Sivu-urakoiden alistamista pääurakkaan koskeva oikeudellinen tutkimus. Helsinki, 1972.
- Hoppu, Esko*: Virallisen vastaväittäjän lausunto Juha Laineen väitöskirjasta Rakennusvirheistä. LM 1993, s. 651–656.
- Hoppu, Esko*: Oikeudellinen asiantuntijalausunto Vantaan käräjäoikeudessa käsitellyssä asiassa, 8.7.1997.
- Hoppu, Kari*: Virallisen vastaväittäjän lausunto Olli Norroksen väitöskirjasta Vastuu sopimusketjussa. LM 2007, s. 928–935.

- Hørlyck, Erik*: Enterprise og licitation. Almindelige betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed og Licitationsloven med kommentarer. Fjerde udgave. København, 1993.
- Iso-Mustajärvi, Pertti*: RTEK-3140 Betoniteknikka. Tampere, 2006.
- Klementjeff-Sarasma, Pia*: Sopijapuolten vastuu ja Sivu-urakan alistaminen. Teoksessa (Ahokas – Klementjeff-Sarasma – Larsén – Lehtonen): Urakoitsijan YSE-opas. Sähkö- ja teleurakoitsijaliitto. Neljäs, uusittu painos, s. 112–176 ja 257–272. Espoo, 2005.
- Kolehmainen, Esa*: Säänteelkö rakennushankkeen konsultin asemaa kauppaakaan 18 luku? Teoksessa Business Law Forum 2004, s. 193–227. Helsinki, 2004.
- Koskela, Timo*: Pääsuunnittelijan sopimusvastuu: käytännön käsikirja. Helsinki, 2004.
- Kousa, Marjaana*: Häiriötilanteiden, muutosten ja reklamaatioiden hallinta. Teoksessa (Haapio – Sipilä – Kousa – Palmu – Koskelainen – Nystén-Haarala – Lehto – Pohjonen – Salmi-Tolonen – Koivu – Leskinen): Sopimusten ja häiriötilanteiden hallinta rakennusprojekteissa, s. 85–107. Helsinki, 2005b.
- Kärkkäinen, Martti*: Rakennusurakoitsijan YSE 33 §:n mukainen selonottovelvollisuus. Helsinki, 2005.
- Laine, Juha*: Rakennusvirheistä. Helsinki, 1993.
- Laine, Juha*: Oikeustapauksia – kommentteja (KKO 2003:26). LM 2003, s. 1028–1041.
- Lehto, Jukka*: Sopimuksen näkymätön osa suoritushäiriötilanteiden arvioinnissa ja hallinnassa. Teoksessa (Haapio – Sipilä – Kousa – Palmu – Koskelainen – Nystén-Haarala – Lehto – Pohjonen – Salmi-Tolonen – Koivu – Leskinen): Sopimusten ja häiriötilanteiden hallinta rakennusprojekteissa, s. 190–228. Helsinki, 2005b.
- Lehtonen, Roger*: Urakan sisältö ja laajuus. Teoksessa (Ahokas – Klementjeff-Sarasma – Larsén – Lehtonen): Urakoitsijan YSE-opas. Sähkö- ja teleurakoitsijaliitto. Neljäs, uusittu painos, s. 80–93. Espoo, 2005.
- Liuksiala, Aaro*: Rakennussopimukset: käytännön käsikirja. Kuudes, uusittu laitos. Helsinki, 2004.
- Liuksiala, Aaro*: Viivästyssakon ja viivästystä koskevan vahingonkorvauksen välisestä suhteesta rakennusurakassa – oikaisuja Ari Saarnilehdon kirjoitukseen. DL 2009, s. 851–860.
- Norros, Olli*: Vastuu sopimusketjussa. Vantaa, 2007.
- Norros, Olli*: Vahingonkorvaus asiantuntijapalveluissa. LM 2008, s. 637–643.
- Norros, Olli*: Velvoiteoikeus. Helsinki, 2012.
- Oksanen, Antero – Laine, Ville – Kaskiaro, Kim*: Urakkasopimukset. Helsinki, 2010.
- Palmu, Brita*: Suunnittelutoimiston vastuu ja sopimusten hallinta. Teoksessa (Haapio – Sipilä – Kousa – Palmu – Koskelainen – Nystén-Haarala – Lehto – Pohjonen – Salmi-Tolonen – Koivu – Leskinen): Sopimusten ja häiriötilanteiden hallinta rakennusprojekteissa, s. 108–126. Helsinki, 2005b.
- Peltonen, Tommi – Kiiras, Juhani*: Projektinjohtorakentamisen kehittäminen, docutech-painos. Helsinki, 2008.
- Pistemaa, Jouko*: Vahingonkorvausvastuu sopimussuhteessa. Oikeustieto 2001/4, s. 11–12.
- Routamo, Eero*: Vastaavuusteoria – viisaallekin kivinen? LM 1980, s. 933–937.
- Routamo, Eero – Ramberg, Jan*: Kauppalain kommentaari. Helsinki, 1997.
- Rudanko, Matti*: Rakennuttajan myötävaikutushäiriöistä rakennusurakassa. Helsinki, 1989.

*Saarnilehto, Ari*: Kommentoituja oikeustapauksia korkeimmasta oikeudesta – oikeustoimen tulkinta. *Oikeustieto* 2003/3, s. 3–4.

*Saarnilehto, Ari*: Viivästysvastuun rajoitus rakennusurakan YSE 1998 -ehtojen mukaan. *DL* 2009, s. 523–539.

*Saarnilehto, Ari*: Urakkasopimuksen rikkomisen arviointi. *Oikeustieto* 2011/2, s. 16–17.

*Sandvik, Tore*: *Enterprenørrisiko*. Oslo, 1966.

*Sipilä, Ritva*: Vastuutilanteiden ja suunnitelmamuutosten hallinta. Teoksessa (Haapio – Sipilä – Kousa – Palmu – Koskelainen – Nystén-Haarala – Lehto – Pohjonen – Salmi-Tolonen – Koivu – Leskinen): *Sopimusten ja häiriötilanteiden hallinta rakennusprojekteissa*, s. 49–84. Helsinki, 2005b.

*Takki, Tapio*: *Konsulttisopimus*. Helsinki, 1988.

*Virtanen, Jenny*: Rakennuskonsultin vastuusta. *Oikeustieto* 2006/1, s. 19–22.

*Wilhelmsson, Thomas – Sevón, Leif – Koskelo, Pauliine*: *Kauppalaian pääkohdat*. Viides, uudistettu painos. Helsinki, 2006.

*Ämmälä, Tuula*: Kauppaa koskevista reklamaatioista. Teoksessa (toim. Tammi-Salminen) *Omistus, sopimus, vaihdanta: juhla*kirja Leena Kartiolle, s. 261–280. Turku, 2004.

## **Virallislähde**

HE 93/1986 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle kauppalaiksi.

## **Yleiset sopimusehdot ja sopimuslomakkeet**

RT 13-10574: Konsulttitoiminnan yleiset sopimusehdot KSE 1995.

RT 16-10660: Rakennusurakan yleiset sopimusehdot YSE 1998.

RT 17-10721: Rakennustuotteiden yleiset hankinta- ja toimitusehdot RYHT 2000.

RT 80271: Sivu-urakan alistamissopimus.

RT 80278: KVR-urakkasopimus.

## **Verkkolähde**

Suunnittelu- ja konsulttitoimistojen liitto SKOL ry. – [Http://www.skolry.fi](http://www.skolry.fi).



## OIKEUSTAPAUKSET

KKO 1980 II 23

KKO 1983 II 33

KKO 1985 II 51

KKO 1989:71

KKO 1991:153

KKO 1992:178

KKO 1993:130

KKO 1995:81

KKO 21.12.1998/4039

KKO 2001:14

KKO 2001:77

KKO 2003:26

KKO 2006:56

KKO 2007:5

KKO 2007:41

KKO 2008:19

KKO 2008:31

KKO 2008:62

KKO 2009:89

KKO 2009:92

KKO 2012:101

HelHO 1.12.2000, S 99/1292

HelHO 16.12.2004, S 02/49

HelHO 11.8.2010, S 09/788

HelHO 29.6.2011, S 10/95

RovHO 31.12.2002, S 01/497

TurHO 29.1.1993, S 91/789

VaaHO 11.5.2006, S 04/1162

## LIABILITY FOR DEFECTS AND THE RISKS IN THE CONTRACTUAL CHAINS IN CONSTRUCTION-RELATED CONTRACTS

The present article examines the liability for defects stipulated in general terms and conditions used in construction-related contracts. The article also discusses how the differences in liability clauses affect the different contractual chains commonly used in building projects. The three sets of general terms and conditions discussed herein are the *General Conditions for Building Contracts* (YSE 1998), the *General Conditions for Consulting* (KSE 1995) and the *General Procurement and Delivery Terms for Construction Products* (RYHT 2000).

In the mentioned three general terms and conditions there are some considerable differences between the liabilities of the contractor of the YSE 1995, the consultant of the KSE 1995 and the seller of the RYHT 2000. A defect in a contractual party's performance in a contractual chain can result in the liability of the so-called "middle link" instead of the source of the defect. The most essential differences in the liability clauses relate to the contents of the liability, the scope of the limitation of liability and the specificity of the reclamation rules.

The article represents three different contractual chains. In two of them, the contractor of the YSE 1998 contract is subject to the high-risk "middle link" role whereas in one of the chains there are only the KSE 1995 and the RYHT 2000 parties involved. However, an interesting observation can be made in this arrangement since the contractor of the YSE 1998 contract can be drawn into the picture even without being part of the chain.

The article establishes that the highest risk interrelates with the lowest limitations of liability, contained in the YSE 1998 contracts. The requirement to act diligently and professionally, the obligation of inspection and the actual ability to bear the responsibility further increase the YSE-contractor's liability.

The article also addresses whether different parties to different contracts could be held jointly liable for damage without a particular contractual or legislative provision. The expert opinions given on this topic are contrary: they either support or oppose the possibility of joint liability. Therefore, the question remains unanswered until the issue is resolved in the legal literature or through the court praxis.

The question of delay is excluded from this study due to the multidimensionality of the topic as such, even though it is evident that in practice the conflicts in building projects involve all kinds of interferences.

**Anne Nenonen**

**TUOMIOISTUIMEN TOIMIVALTA  
HANKINTALAKIEN  
ULKOPUOLELLE JÄÄVISSÄ  
HANKINNOISSA**



---

# Sisällys

1 TUTKIMUSTEHTÄVÄ .....	59
2 OIKEUSSUOJA HANKINTA-ASIOISSA .....	61
3 TOIMIVALLAN KÄSITE.....	64
4 HALLINTOVALITUKSEN JA KUNNALLISVALITUKSEN PIIRTEET JA EROAVAIUUDET.....	66
4.1 Päätöksen valituskelpoisuus ja valitusoikeus .....	66
4.2 Tuomioistuinkontrolli ja harkintavalta .....	67
4.3 Toimivalta muuttaa hallintopäätöstä.....	70
4.4 Valitusperusteiden esittäminen ja virallisperiaate.....	74
5 EUROOPAN IHMISOIKEUSSOPIMUKSEN VAATIMUKSET.....	77
5.1 EIS 6 ja 13 artiklat sekä niiden keskinäinen suhde.....	77
5.2 EIS 6 artikla ja tuomioistuimen toimivalta.....	79
5.2.1 Riittävän tutkinnan vaatimus.....	79
5.2.2 Valituksenalaisen päätöksen luonne .....	83
5.2.2.1 Viranomaiselle harkintavaltaa jättävät asiat .....	83
5.2.2.2 Muut asiaryhmät .....	86
5.2.2.3 Tuomioistuimen toimivallan laajuudelle asetettuja vaatimuksia .....	87
5.2.3 Menettely viranomaisessa .....	88
5.2.4 Riidan sisältö ja valitusperusteet .....	89
6 EU-OIKEUDEN VAATIMUKSET .....	90
6.1 Tehokkaan oikeussuojan periaate .....	90
6.2 Tehokas tuomioistuinvalvonta.....	91
6.3 Virallisperiaatteen soveltaminen .....	97
7 KOKOAVIA NÄKÖKOHTIA IHMISOIKEUSSOPIMUKSEN JA EU-OIKEUDEN VAATIMUKSISTA.....	101

8 TOIMIVALTAA KOSKEVIEN KYSYMYSTEN ARVIOINTIA ...	103
8.1 Markkinaoikeus vai hallinto-oikeus?.....	103
8.2 Hankintapäätöksen kumoaminen vai muuttaminen? .....	103
8.3 Valitusperusteiden esittäminen ja virallisperiaate.....	106
8.4 Hankintayksikön harkintavalta ja sitä koskeva tuomioistuinvalvonta .....	110
8.4.1 Harkintavallan tuomioistuinkontrollista .....	110
8.4.2 Harkintavallasta hankinta-asioissa .....	112
9 JOHTOPÄÄTÖKSIÄ.....	116
LÄHTEET .....	117
LYHENTEET .....	120
OIKEUSTAPAUKSET .....	121
ISSUES OF JURISDICTION IN PUBLIC PROCUREMENT BEYOND THE SCOPE OF PROCUREMENT LEGISLATION.....	124

---

# Tuomioistuimen toimivalta hankintalakien ulkopuolelle jäävissä hankinnoissa

## 1 TUTKIMUSTEHTÄVÄ

Tuomioistuimen toimivaltaa koskevat kysymykset ovat oikeusturvan kannalta merkityksellisiä paitsi päätettäessä asian tutkittavaksi ottamisesta valitusviranomaisessa myös prosessin myöhemmissä vaiheissa. Tuomioistuimen toimivalta määrittää asian tutkimisen laajuutta ja asiassa annettavan ratkaisun sisältöä. Toimivaltakysymykset vaikuttavat siten oikeussuojan tosiasialliseen saatavuuteen ja tehokkuuteen.

Julkisista hankinnoista annettuun lakiin (hankintalaki) sisältyvät säännökset sen soveltamisalaan kuuluvien hankintojen oikeussuojakeinoista. Hankintalain muutoksenhakua koskevien säännösten perusteella määräytyvät tahot, jotka voivat saattaa hankinta-asian markkinaoikeuden käsiteltäväksi, sekä päätökset ja muut hankintamenettelyssä tehdyt ratkaisut, jotka voivat olla muutoksenhaun kohteena. Markkinaoikeuden toimivaltaa hankinta-asioissa sääntelevät puolestaan hankintalain säännökset markkinaoikeuden määräämistä seuraamuksista. Hankinta-asioita koskeva oikeuskäytäntö on myös osaltaan selkeyttänyt markkinaoikeuden toimivallan rajoja.

Hankintalain ja vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista annetun lain (erityisalojen hankintalaki) soveltamisalaan kuulumattomissa hankinnoissa oikeussuojakeinona ovat yleishallinto-oikeudelliset muutoksenhakekeinot. Tuomioistuimeen pääsyä ja tuomioistuimen toimivaltaa hallintovalituksessa ja kunnallisvalituksessa määrittävät hallintolainkäyttölain ja kuntalain säännökset sekä hallinto-oikeuden perinteiset opit, joissa on tai on ollut monelta osin eroavaisuuksia valituslajien välillä. Julkiset hankinnat eivät niihin liittyvien erityispiirteiden vuoksi ole kaikilta osin ongelmitta sovitettavissa voimassa olevaan sääntelyyn ja muodostuneisiin tulkintaoppeihin, vaan ne vaativat perinteisten oppien osittaista uudelleen muovaamista.

Tämä artikkeli liittyy tutkimukseen, jonka kohteena ovat hallinto-oikeudelliset oikeussuojakeinot hankintalakien soveltamisalaan kuulumattomissa

hankinnoissa. Aikaisemmin julkaistussa artikkelissa ”Hallinto-oikeudellinen valitus ja tuomioistuimeen pääsy hankintalakien ulkopuolelle jäävissä hankinnoissa” on tarkasteltu muutoksenhakuoikeutta hallintovalituksessa ja kunnallisvalituksessa sekä käsitelty myös muun muassa hankinta-asioiden luonnetta ja hankintalakien ulkopuolelle jäävissä hankinnoissa sovellettavia säännöksiä.<sup>1</sup> Artikkelissa ”Oikeussuojaa koskevat vaatimukset julkisissa hankinnoissa EU-oikeuden alalla” on puolestaan tarkasteltu hankintoja koskevien oikeussuojadirektiivien mukaisia oikeussuojakeinoja sekä oikeussuojaa koskevia EU-oikeudellisia vaatimuksia mainittujen direktiivien soveltamisalan ulkopuolella.<sup>2</sup>

Tässä artikkelissa tutkimuksen kohteena ovat hallintotuomioistuimen toimivaltaa koskevat kysymykset sen käsitellessä hallintovalituksella tai kunnallisvalituksella tutkittavaksi saatettua hankintalakien ulkopuolelle jäävää hankinta-asiaa. Kyse on tällöin tarjoajan valituksesta, joka kohdistuu joko valtion viranomaisen tai kunnallisen viranomaisen hankintaa koskevaan päätökseen. Tutkimustehtävänä on selvittää, mikä on hallintotuomioistuimen antaman oikeusturvan sisältö niissä hankinnoissa, joissa valitustie markkinaoikeuteen ja hankintalain mukaiset oikeussuojakeinot on suljettu pois.<sup>3</sup> Artikkelissa tarkastellaan käytettävissä olevia valitusperusteita viranomaisen päätöksestä valitettaessa, viranomaisen hankintavaltaa ja sitä koskevan tuomioistuINVALVONNAN tiiviyyttä, valitusperusteiden esittämistä ja tuomioistuimen mahdollisuutta ottaa viran puolesta huomioon asian ratkaisemisessa merkityksellisiä seikkoja sekä tuomioistuimen toimivaltaa päätöksen muuttamisessa.

Artikkelin aluksi selvitetään hankinta-asioiden oikeussuojajärjestelmää, minkä jälkeen tarkastellaan tuomioistuimen toimivallan käsitettä. Seuraavaksi siirrytään käsittelemään hallintovalituksen ja kunnallisvalituksen piirteitä ja eroavaisuuksia. Sen jälkeen selvitetään Euroopan ihmisoikeus-sopimuksesta (EIS) ja EU-oikeudesta seuraavia tuomioistuimen toimivaltaa koskevia vaatimuksia erityisesti Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen (EIT) ja unionin tuomioistuimen (EUT) ratkaisukäytäntöjen pohjalta. Artikkelin lopuksi esitetään tulkintakannanottoja toimivaltakysymyksistä hankintalakien ulkopuolelle jäävissä hankinta-asioissa.

---

<sup>1</sup> Nenonen 2011 s. 335 ss.

<sup>2</sup> Nenonen 2012 s. 65 ss.

<sup>3</sup> Hankintalain mukainen hankintaoikaisu on mahdollinen myös hankintalakien ulkopuolelle jäävissä hankinnoissa, mutta hankintaoikaisun tekeminen ei avaa valitustietä markkinaoikeuteen. Ks. hankintalain 83 §.



## 2 OIKEUSSUOJA HANKINTA-ASIOISSA

Oikeussuojaa koskevissa direktiiveissä<sup>4</sup> säädetään julkisissa hankinnoissa käytettävissä olevista oikeussuojakeinoista. Oikeussuojadirektiivit sekä hankintamenettelyä sääntelevät hankintadirektiivit<sup>5</sup> on pantu täytäntöön hankintalailalla ja erityisalojen hankintalailalla.<sup>6</sup> Direktiivien edellyttämät oikeussuojakeinot sisältyvät hankintalakiin, ja ne soveltuvat myös erityisalojen hankintalain alaan kuuluviin hankintoihin.

Oikeussuojadirektiiveissä ei tarkemmin määritetä muutoksenhakukeinoilta edellytettävän tuomioistuinvalvonnan intensiteettiä. EUT on asiassa *HI* antamassaan ratkaisussa todennut, että kysymystä oikeussuojadirektiivin 89/665/ETY mukaisissa muutoksenhakumenettelyissä harjoitettavan tuomioistuinvalvonnan laajuudesta on arvioitava direktiivin tarkoituksen kannalta direktiivin tehokkuutta vaarantamatta. EUT viittasi direktiivin tarkoitukseen oikeussuojakeinojen vahvistamisesta ja totesi, ettei muutoksenhakumenettelyjen laajuutta pidä tulkita suppeasti. EUT:n tuomion mukaan sellaisissakin tapauksissa, joissa hankintaviranomaisilla on sovellettavan kansallisen lainsäädännön perusteella laaja hankintavalta peruuttaa tarjous-

<sup>4</sup> Neuvoston direktiivit 89/665/ETY julkisia tavaranhankintoja ja rakennusurakoita koskeviin sopimuksiin liittyvien muutoksenhakumenettelyjen soveltamista koskevien lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta (ensimmäinen valvontadirektiivi) ja 92/13/ETY vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja teletoiminnan alalla toimivien yksiköiden hankintamenettelyjä koskevien yhteisön sääntöjen soveltamiseen liittyvien lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta (toinen valvontadirektiivi) sekä Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2007/66/EY neuvoston direktiivien 89/665/ETY ja 92/13/ETY muuttamisesta julkisia hankintoja koskeviin sopimuksiin liittyvien muutoksenhakumenettelyjen tehokkuuden parantamiseksi (oikeussuojadirektiivi). Tutkimuksessa käytetään näistä kaikista direktiiveistä myös nimitystä ”oikeussuojadirektiivi”.

<sup>5</sup> Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivit 2004/17/EY vesi- ja energiahuollon sekä liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankintamenettelyjen yhteensovittamisesta (erityisalojen hankintadirektiivi) ja 2004/18/EY julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekemisen yhteensovittamisesta (hankintadirektiivi). Euroopan komissio on julkaissut 20.12.2011 ehdotukset direktiivien kokonaisuudistuksesta sekä ehdotuksen käyttöoikeussopimuksia koskevaksi direktiiviksi. Ks. ehdotus Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiiviksi vesi- ja energiahuollon sekä liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista KOM/2011/0895 lopullinen, ehdotus Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiiviksi julkisista hankinnoista KOM/2011/0896 lopullinen ja ehdotus Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiiviksi käyttöoikeussopimusten tekemisestä KOM/2011/0897 lopullinen. Neuvosto ja parlamentti ovat esittäneet lukuisia muutoksia komission ehdotukseen ja lainsäädäntöneuvottelut (ns. trilogi-neuvottelut) ovat käynnistyneet maaliskuussa 2013.

<sup>6</sup> Puolustus- ja turvallisuushankintojen sääntelyä ja oikeussuojakeinoja ei tässä artikkelissa käsitellä. Ks. Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2009/81/EY hankintaviranomaisten ja hankintayksiköiden tekemien rakennusurakoita sekä tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekemisen yhteensovittamisesta puolustus- ja turvallisuusalalla ja direktiivien 2004/17/EY ja 2004/18/EY muuttamisesta sekä laki julkisista puolustus- ja turvallisuushankinnoista.

pyyntö eli keskeyttää hankintamenettely, kansallisten tuomioistuinten on voitava oikeussuojadirektiivin nojalla tutkia, onko päätös tarjouspyynnön peruuttamisesta yhdenmukainen EU-oikeuden asiaa koskevien sääntöjen kanssa. Direktiivin sanamuodon ja tarkoituksen perusteella ei voida katsoa, että jäsenvaltiot voivat vapaasti rajoittaa tarjouspyynnön peruuttamista koskevan päätöksen laillisuusvalvonnan vain sen arviointiin, onko päätös mielivaltainen.<sup>7</sup>

Oikeussuojadirektiivien tarkoitus sekä niihin sisältyvät tehokkuus- ja vastaavuusperiaatteet määrittävät oikeussuojakeinoja niissä kysymyksissä, joista direktiiveihin ei sisälly sääntelyä.<sup>8</sup> Mainitut periaatteet vastaavat unionin oikeuden harmonisoimattomilla alueilla sovellettavia tehokkuus- ja vastaavuusperiaatteita. Jos oikeuskeinoja koskevaa EU:n erityissääntelyä ei ole annettu, EU-oikeuden soveltamista koskevissa asioissa käytettävien oikeudenkäyntimenettelyjen määrittäminen on lähtökohtaisesti jäsenvaltioiden tehtävä tehokkuus- ja vastaavuusperiaatteiden asettamin rajoituksin. Tehokkuusperiaate merkitsee, etteivät oikeussuojakeinoja koskevat menettelysäännöt saa tehdä unionin oikeuteen perustuvien oikeuksien turvaamista käytännössä mahdottomaksi tai suhteettoman vaikeaksi. Vastaavuusperiaate puolestaan edellyttää, etteivät oikeussuojakeinoja koskevat menettelysäännöt saa olla epäedullisempia kuin samankaltaisia jäsenvaltion sisäiseen oikeuteen perustuvia vaatimuksia koskevat säännöt.

Hankintadirektiivit ja hankintojen oikeussuojadirektiivit koskevat hankintoja, jotka ovat arvoltaan vähintään EU-kynnysarvojen määräisiä.<sup>9</sup> EUT on oikeuskäytännössään kuitenkin katsonut, että tietyissä hankintadirektiivien soveltamisalan ulkopuolelle kokonaan tai osittain jäävissä julkisissa hankinnoissa on noudatettava Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen (SEUT-sopimuksen) määräyksiä sekä yhdenvertaisen kohtelun ja avoimuuden periaatteita.<sup>10</sup> Edellytyksenä SEUT-sopimuksen määräysten ja periaatteiden soveltumiselle on hankintaan liittyvä jäsenvaltioiden rajat ylittävä intressi. Jos hankintadirektiivien ulkopuolelle jäävään hankintaan liittyy tällainen intressi, hankintamenettelyssä on noudatettava yhdenvertaisen kohtelun periaatetta ja avoimuusvelvoitet-

<sup>7</sup> Asia C-92/00, *HI*, tuomio 18.6.2002, kohdat 56–64. Tapauksesta ks. *Dischendorfer – Fruhmann*, P.P.L.R. 2002 s. NA126–132.

<sup>8</sup> *Nenonen* 2012 s. 94 ss.

<sup>9</sup> EU-kynnysarvot ovat ajalla 1.1.2012–31.12.2013 valtion keskushallintoviranomaisten tavara- ja palveluhankinnoissa 130 000 euroa, muiden hankintaviranomaisten tavara- ja palveluhankinnoissa 200 000 euroa ja rakennus- ja käyttöoikeusurakoissa 5 000 000 euroa. EU-kynnysarvo erityisalojen tavara- ja palveluhankinnoissa on 400 000 euroa ja rakennusurakoissa 5 000 000 euroa.

<sup>10</sup> EUT:n oikeuskäytännöstä ja kyseisten periaatteiden soveltamisesta ks. *Nenonen*, LM 2009a s. 83 ss.

ta.<sup>11</sup> EU-oikeuden soveltuessa yksityisillä oikeussubjekteilla on oltava käytettävissään tehokkaat oikeussuojakeinot unionin oikeuteen perustuvien oikeuksiensa toteuttamiseksi.

Tehokkaan oikeussuojan periaate sekä tehokkuus- ja vastaavuusperiaatteet määrittävät oikeussuojakeinoja hankinnoissa, joihin hankinta- ja oikeussuojadirektiivit eivät sovellu, mutta joihin sovellettavaksi tulevat unionin oikeuden yleiset periaatteet. Hankinta- ja oikeussuojadirektiivien ulkopuolelle jäävissä hankinnoissa EU-oikeutta sovellettaessa kansallisen tuomioistuimen toimivallan laajuus määräytyy siten kansallisen oikeuden perusteella edellä mainitut periaatteet huomioon ottaen.

Hankintalain soveltamisala on hankinta- ja oikeussuojadirektiivejä laajempi sen koskiessa EU-kynnysarvon alittavia, mutta vähintään kansallisen kynnysarvon suuruisia hankintoja.<sup>12</sup> Erityisalojen hankintalaki koskee puolestaan vain EU-kynnysarvot ylittäviä hankintoja. Soveltamisalan rajaukset merkitsevät, ettei kansallisen kynnysarvon alittavissa hankinnoissa ole mahdollista tehdä hankintalain mukaista valitusta markkinaoikeudelle. Vastaavasti erityisalojen hankinnoissa valitus markkinaoikeudelle ei ole käytettävissä EU-kynnysarvon alle jäävissä hankinnoissa. Niissä hankinnoissa, joissa valitustie markkinaoikeuteen ei ole mahdollinen, oikeussuojakeinon muodostavat edellä todetusti yleishallinto-oikeudelliset muutoksenhakekeinot.<sup>13</sup>

Oikeussuoja julkisissa hankinnoissa voidaan siten jakaa kolmeen eri tasoon. Ensimmäisen tason käsittävät hankintalain mukaiset oikeussuojakeinot. Toiseen tasoon kuuluvat kansalliset kynnysarvot alittavat hankinnat ja muutoin hankintalakien soveltamisalan ulkopuolelle jäävät hankinnat, joihin kuitenkin tulevat sovellettaviksi EU-oikeuden määräykset ja periaatteet. Kolmannen tason muodostavat ne hankintalakien ulkopuolelle jäävät hankinnat, joihin EU-oikeus ei tule sovellettavaksi ja joissa käytettävissä olevia oikeussuojakeinoja määrittää yksinomaan kansallinen oikeus.

<sup>11</sup> Rajat ylittävistä intressistä julkisissa hankinnoissa ks. *Nenonen*, LM 2009b s. 956 ss.

<sup>12</sup> Kansalliset kynnysarvot tavara- ja palveluhankinnoissa sekä palveluja koskevissa käyttöoikeussopimuksissa ovat 30 000 euroa, terveydenhoito- ja sosiaalipalveluissa sekä eräissä koulutuspalveluissa 100 000 euroa ja rakennus- ja käyttöoikeusurakoissa 150 000 euroa.

<sup>13</sup> Hallinto-oikeudellisista muutoksenhakekeinoista kirkollisvalitusta ei tässä artikkelissa käsitellä.

### 3 TOIMIVALLAN KÄSITE

Tuomioistuimen toimivaltaa koskeva tarkastelu voidaan jaotella eri perustein. *Craig* on jakanut muutoksenhaun kohteena olevan päätöksen aineellisoikeudellista sisältöä arvioivan tuomioistuinkontrollin (substantive judicial review) sen kohteen mukaan ja tarkastellut oikeuskysymyksiin, tosiseikkoihin ja harkintaan kohdistuvaa tuomioistuinkontrollia.<sup>14</sup> Tuomioistuimen toimivaltaa voidaan tarkastella myös prosessin vaiheiden mukaisesti. Toimivaltaa koskevat kysymykset nousevat esille oikeudenkäynnin eri vaiheissa: ne määrittävät valituksen tutkittavaksi ottamista, asian tutkimista sekä asiassa annettavan ratkaisun sisältöä. Tämä jaottelutapa avaa hyvin toimivallan käsitteen eri merkitysisältöjä ja muodostaa pohjan seuraavalle tarkastelulle.

Valitusviranomaisen toimivaltaisuus on valituksen tutkimisen edellytys. Oikeusjärjestykseen sisältyvien säännösten perusteella määräytyy, mikä valitusviranomainen on toimivaltainen tutkimaan ja ratkaisemaan kyseessä olevan asian. Lainkäyttöä koskevien perustuslain 98 ja 99 §:n mukaan tuomiovaltaa hallintolainkäyttöasioissa käyttävät korkein hallinto-oikeus ja hallinto-oikeudet. Hallintotuomioistuinten toimivalta on sidoksissa hallintolainkäytön asialliseen ja organisatoriseen soveltamisalaan: kyse on oikeusriidasta, joka koskee hallintoviranomaisen tekemää hallintopäätöstä tai julkisoikeudellista suhdetta.<sup>15</sup> Valitusviranomaisen asiallinen toimivalta nivoutuu käytännössä kysymykseen hallintopäätöksen valituskelpoisuudesta.<sup>16</sup>

Päätöksentekoon liittyvän toimivallan jakaa *Mäenpää* kolmeen eri peruselementtiin: tutkimisvaltaan, päätösharkintaan ja päätösvaltaan. *Mäenpää* on todennut tutkimisvallan määrittävän, missä laajuudessa tuomioistuimen pitää tai se voi arvioida muutoksenhaun kohteena olevaa päätöstä, millä perusteilla tuomioistuin voi arvioida päätöstä ja miten tiukasti se on sidottu valituksessa esitettyihin vaatimuksiin. *Mäenpää* viittaa määrittelemiinsä tutkimisvallan kahteen ulottuvuuteen: asialliseen tutkimisvaltaan ja aktiiviseen tutkimisvaltaan. Asiallinen tutkimisvalta liittyy tuomioistuinkontrollin kohteeseen, ja sen mukaan määräytyy muun muassa, missä laajuudessa tuomioistuin voi luottaa viranomaisen päätöksenteossa soveltamaan menettelyyn, harkintavaltaan ja päätösvallan käyttöön. Aktiivinen tutkimisvalta liittyy puolestaan tuomioistuimen rooliin asian tutkimisessa. Sen mukaan määräytyy, voiko tuomioistuin tutkia asian kokonaisuudessaan

<sup>14</sup> *Craig* 2012 s. 400 ss.

<sup>15</sup> *Mäenpää* 2007 s. 109 ss. Asiallisen ja organisatorisen toimivallan lisäksi erotetaan oikeusasteellinen ja alueellinen toimivalta, ks. *Koulu* 2012 s. 289 ss.

<sup>16</sup> Ks. myös *Mäenpää* 2007 s. 117.

uudelleen sekä onko sen rajoitettava valituksessa esitettyihin väitteisiin vai voiko se toimia oma-aloitteisesti. Tuomioistuimen tutkimisvaltaa rajaavat myös valituksen tutkimisen edellytyksenä olevat kysymykset päätöksen valituskelvopoisuudesta, valitusoikeudesta ja valitusmenettelystä, joita Mäenpää nimittää tutkimisvallan prosessuaalisiksi puitteiksi. Päätösvalta määrittää puolestaan asian ratkaisemiseen liittyvää valitusviranomaisen tuomiovaltaa. Mäenpään mukaan päätösvallan ulottuvuuden perusteella määräytyy tuomioistuimen toimivalta puuttua oikeudenkäynnin kohteena olevaan päätökseen tai julkisoikeudelliseen suhteeseen. Mäenpää toteaa valitusviranomaisen päätösvallan laajuuden muun muassa määrittävän, voiko tuomioistuin muuttaa oikeudenkäynnin kohteena olevaa päätöstä tai korvata sen kokonaan omalla päätöksellään ja minkälainen lopputulos ratkaisuun voi sisältyä.<sup>17</sup>

Tuomioistuimen toimivaltaa koskevat kysymykset ovat olleet pohdinnan kohteena sekä kansallisten oikeusjärjestelmien että eurooppaoikeuden näkökulmasta. Kotimaisessa oikeuskirjallisuudessa *Suviranta* on käsitellyt tuomioistuinkontrollin alaa ja tiiviyyttä sekä tuomioistuimen ratkaisualtaa koskevia kysymyksiä. *Suviranta* on todennut kontrollin tiiviyyttä koskevan kysymyksen kiertyvän kysymykseksi hallinnon ja hallintotuomioistuinten välisestä toimivallanjaosta ”laillisuuskysymysten” ratkaisemisessa ja ”laillisuuskysymyksiin” liittyvän tulkinta- ja harkintavallan jakautumisesta hallinnon ja hallintotuomioistuinten välillä.<sup>18</sup> EU-oikeudessa tehokkaan oikeussuojan vaatimukseen kuuluu tehokas tuomioistuinvalvonta, johon liittyviä tuomioistuimen toimivaltaa koskevia kysymyksiä *Tridimas* on tarkastellut tuomioistuinvalvonnan intensiteetiksi (intensity of review) nimetyn otsikon alla.<sup>19</sup> *Kanninen* on käsitellyt tuomioistuinkontrollia EU:n kilpailuasioissa koskevassa kirjoituksessaan sekä tuomioistuimen tutkimisvaltaan että päätösvaltaan liittyviä kysymyksiä. Hän on tarkastellut muun ohella kysymystä laillisuuskontrollin ulkopuolelle mahdollisesti jäävästä komission harkintavallasta kilpailuasioissa.<sup>20</sup> *Pellonpää* on viitannut kontrollitiiviyyden käsitteeseen todetessaan, ettei EIT:n ratkaisukäytännön mukaan hallintolainkäytössä kontrollitiiviyyden tarvitse automaattisesti olla sama kuin yleisen prosessin ydinalueilla. Pellonpään mukaan EIS 6 artiklan kanssa soposoinnussa on, että hallintoviranomaiselle jää väistämättä tiettyä harkintavaltaa, johon tuomioistuin ei puutu.<sup>21</sup>

<sup>17</sup> *Mäenpää* 2007 s. 479 ss. Jaottelun kolmannen peruselementin, päätösharkinnan, tarkoituksena on Mäenpään mukaan arvioida prosessissa kertyneen tosiasiaselvityksen luotettavuus ja oikeudellinen merkitys.

<sup>18</sup> *Suviranta*, DL 2005 s. 247.

<sup>19</sup> *Tridimas* 2006 s. 447.

<sup>20</sup> *Kanninen*, DL 2012 s. 456 ss.

<sup>21</sup> *Pellonpää* 2009 s. 235 ja *Pellonpää* 2008 s. 636.

Käsitteellisesti tuomioistuimen toimivalta asian tutkimisessa ja ratkaisemisessa voidaan Mäenpään jaottelun mukaisesti jakaa tutkimis- ja päätösvaltaan. Nämä toimivallan muodot vaikuttavat tuomioistuinvalvonnan laajuuteen ja tiivyyteen. Tuomioistuimen tutkimisvalta määrittelee, miten laajasti tuomioistuin tutkii asian ja missä määrin se voi jättää tutkinnan ulkopuolelle hallintoviranomaisen harkintavallan käytön. Lisäksi tuomioistuimen tutkimisvallan kannalta merkityksellistä on tuomioistuimen mahdollisuus ottaa viran puolesta huomioon asiaan liittyviä seikkoja. Tuomioistuimen päätösvaltaan puolestaan liittyy kysymys mahdollisuudesta korvata viranomaisen päätös omalla päätöksellään tai muuttaa viranomaisen päätöstä. Muun ohella nämä tekijät määrittävät tuomioistuinvalvonnan intensiteettiä ja ovat merkityksellisiä myös hankintalakien ulkopuolelle jäävissä hankinta-asioissa annettavan oikeusturvan kannalta.<sup>22</sup>

## 4 HALLINTOVALITUKSEN JA KUNNALLISVALITUKSEN PIIRTEET JA EROAVAISUUDET

### 4.1 Päätöksen valituskelpoisuus ja valitusoikeus

Tuomioistuimen toimivaltaa rajaavat myös valituksen tutkimisen edellytykset. Päätöksen valituskelpoisuus ja valittajan valitusoikeus ovat edellytyksenä sille, että tuomioistuin voi ottaa valituksen tutkittavakseen. Hallintovalituksen ja kunnallisvalituksen perinteisenä erona on ollut, ettei viranomaisen sitoutuminen yksityisoikeudelliseen toimeen tai oikeussuh-teeseen voi olla hallintovalituksen kohteena, mutta se voi olla kunnallis-valituksen kohteena.

Hankintalakien ulkopuolelle jäävissä hankinnoissa yleishallinto-oikeudellisten oikeussuojakeinojen käytettävyys on sidoksissa siihen, katsotaanko hankintapäätös valituskelpoiseksi ratkaisuksi ja tarjouskilpailuun osallistunut tarjoaja valitusoikeuden omaavaksi tahoksi. Kunnallisvalituksessa päätös ryhtyä yksityisoikeudelliseen toimeen on katsottu valituskelpoiseksi ratkaisuksi eikä hankintapäätösten valituskelpoisuus ole aiheuttanut tulkintaongelmia. Valituskelpoisten päätösten laajempi ala on vaikuttanut myös asianosaismäärittelyn laajuuteen. Sen sijaan valtion viranomaisten hankinnoista tekemät ratkaisut on käsitetty luonteeltaan lähinnä yksityisoikeudelliseen sopimukseen liittyviksi tahdonilmaisiksi ja siten valituskelvottomiksi. Hankintapäätöksen luonne toimittajan valintaa

<sup>22</sup> Tuomioistuinvalvonnan käsitteestä ks. *Suviranta* 2010 s. 304 ss.

koskevana ratkaisuna ja tätä valintaa sääntelevät elementit perustelevat kuitenkin myös valtion viranomaisen hankintapäätöksen katsomista valituskelpoiseksi hallintopäätökseksi. Hankintamenettelyyn kohdistuvat tarjoajan menettelylliset oikeudet puolestaan edellyttävät valitusoikeuden olemassaoloa. Myös oikeuskäytännössä tulkintalinja on muuttunut edellä mainittuun suuntaan.<sup>23</sup>

## 4.2 Tuomioistuinkontrolli ja harkintavalta

Toinen perinteinen hallintovalituksen ja kunnallisvalituksen eroavaisuus liittyy käytettävissä oleviin valitusperusteisiin. Valitusperusteet määrittävät lähtökohtaisesti tuomioistuimen tutkimisvallan asiassa. Kunnallisvalituksen valitusperusteet on rajattu kuntalain 90 §:n 2 momentissa mainittuihin laillisuusperusteisiin. Sen sijaan hallintovalitus olisi ainakin periaatteessa mahdollista tehdä sekä laillisuus- että tarkoituksenmukaisuusperusteella, sillä hallinto-oikeuksien toimivaltaa ei ole nimenomaisin säännöksiin rajoitettu vain hallintopäätöksen laillisuuden tutkimiseen. Korkeimman hallinto-oikeuden toimivaltaa koskee tältä osin kaksi erityissäännöstä. Hallintolainkäyttölain 7 §:n 1 momentin mukaan valtioneuvoston ja ministeriön päätöksestä valituksen korkeimpaan hallinto-oikeuteen saa tehdä vain sillä perusteella, että päätös on lainvastainen. Korkeimmasta hallinto-oikeudesta annetun lain 2 §:n 2 momentissa puolestaan säädetään, että katsoessaan valituksen koskevan kysymystä, jonka ratkaiseminen pääasiassa riippuu päätöksen tai toimenpiteen tarkoituksenmukaisuuden harkinnasta, korkeimman hallinto-oikeuden on siirrettävä asia tältä osin valtioneuvoston ratkaistavaksi.

Vaikka voimassa olevissa säännöksissä ei ole nimenomaisesti suljettu pois valituksen tekemistä hallinto-oikeuteen tarkoituksenmukaisuusperusteella, vallitsevan näkemyksen mukaan hallintotuomioistuimen toimivaltaan kuuluu ainoastaan valituksen kohteena olevan päätöksen lainmukaisuuden arvioiminen.<sup>24</sup> Suviranta on tarkastellut hallintovalitusjärjestelmän muutoksia ja todennut hallintovalituksen pelkistyneen oikeuskeinoksi, jolla hallinnon toiminnan oikeusjärjestyksenmukaisuus voidaan saattaa tuomioistuimen arvioitavaksi. Suvirannan mukaan ennen

<sup>23</sup> *Nenonen* 2011 s. 383 ss.

<sup>24</sup> Hallintolainkäyttölain uudistamista pohtinut prosessityöryhmä on oikeudenkäyntiä hallintoasioissa koskevassa lakiehdotuksessaan ehdottanut kirjattavaksi lakiin hallintovalituksen valitusperusteita koskevan vakiintuneen käytännön, jonka mukaan valituksen saa tehdä vain sillä perusteella, että viranomaisen päätös on lainvastainen, ks. Oikeudenkäynti hallintoasioissa s. 93. Ks. myös *Mäenpää* 2007 s. 540, *Hallberg – Ignatius – Kanninen* 1997 s. 127, *Aer* 2000 s. 134 sekä *Kotkas*, LM 2011 s. 1132.

muuta hallintotuomioistuinten vahvistunut rooli hallintovalitusjärjestelmässä on vähitellen johtanut siihen, ettei järjestelmä käytännössä enää palvele hallinnon sisäistä kontrollia. Aikaisemmin hallintovalitus oli osa hallinnon hierarkkista valvontajärjestelmää, ja hallintovalituksella asia voitiin saattaa kokonaisuudessaan ja siten myös tarkoituksenmukaisuusharkintaa sisältäviltä osin ylemmän viranomaisen ratkaistavaksi.<sup>25</sup> Mäenpää on todennut tarkoituksenmukaisuuden ja laillisuuden erottelulta pudonneen pohjan, kun tarkoituksenmukaisuuteen perustuva vapaa harkinta hallinnollisessa päätöksenteossa on vähitellen menettänyt olennaisen merkityksensä. Mäenpää on viitannut hallinnon oikeusperiaatteiden legalisointiin hallintolain 6 §:n säännöksellä sekä siihen, että lainsäädännössä suositaan viranomaisen harkittavallaan määrittelyssä ennemmin laillisuutta kuin tarkoituksenmukaisuutta.<sup>26</sup> Lisäksi viranomaisen päätöksenteon on tapahduttava ihmisoikeuksien, perusoikeuksien ja EU-oikeuden asettamissa puitteissa.<sup>27</sup>

Laillisuus- ja tarkoituksenmukaisuusharkintaa koskevan erottelun on katsottu olevan edelleen merkityksellinen sen kuvatessa toimivallanjakoa hallintoviranomaisten ja tuomioistuinten välillä ja siten toimeenpanovallan ja tuomiovallan välistä rajanvetoa.<sup>28</sup> Kuitenkin jo tarkoituksenmukaisuusharkinnan määrittelyksen vaikeus heikentää kyseisen käsitteen käyttöä tuomioistuimen toimivallan rajaajana.<sup>29</sup> *Laakso* on määritellyt laillisuusharkinnan (tai oikeusharkinnan) ja tarkoituksenmukaisuusharkinnan eron viittaamalla sallittujen päätöspremiisien laatuun: laillisuusharkinnassa viranomaisen päätös tulee johtaa oikeusjärjestyksestä ja tarkoituksenmukaisuusharkinnassa joistakin muista lähtökohdista.<sup>30</sup> Teoksessa *Laakso – Suviranta – Tarukannel* esitetyn määritelmän mukaan tarkoituksenmukaisuusharkinnassa voi olla kysymys esimerkiksi tiettyjen maatalous-, kulttuuri-, energia-, liikenne- tai elinkeinopoliittisten päämäärien (policies) toteuttamisesta tai edistämisestä.<sup>31</sup> Myös Mäenpään määritelmän mukaan

<sup>25</sup> *Suviranta*, DL 2005 s. 231, 238 ja 246. Ks. myös *Mäenpää* 2008 s. 142–143 ja *Kanninen*, DL 2012 s. 456.

<sup>26</sup> *Mäenpää* 2008 s. 138. Ks. myös *Laakso – Suviranta – Tarukannel* 2006 s. 312 ja 462.

<sup>27</sup> *Mäenpää* 2007 s. 540.

<sup>28</sup> *Mäenpää* 2008 s. 141–142 ja *Suviranta*, DL 2005 s. 238–239.

<sup>29</sup> Oikeuskirjallisuudessa on viitattu myös laillisuus- ja tarkoituksenmukaisuusperusteiden erottamisen vaikeuteen, ks. *Hallberg – Ignatius – Kanninen* 1997 s. 127, *Aer* 2000 s. 134, *Laakso – Suviranta – Tarukannel* 2006 s. 462 sekä myös *Kotkas*, LM 2011 s. 1139.

<sup>30</sup> *Laakso* 1990 s. 192.

<sup>31</sup> *Laakso – Suviranta – Tarukannel* 2006 s. 308. Käsitteellä ”policy” tarkoitetaan ”politiikkoja”, kuten toimintapolitiikkaa, ja se on erotettava varsinaisesta ”politiikasta” (”politics”). Ks. käsitteestä *Nousiainen – Pöysti*, Oikeus 2012 s. 611. Käsitteelle ”policy” ei ole luontevaa suomenkielistä käännöstä, joten artikkelissa käytetään käsitettä englanninkielisessä muodossaan.



tarkoituksenmukaisuusharkinnassa on kyse lähinnä policy-luonteisesta päätöksenteosta, jossa viranomaisen valitsee useista lainmukaisista vaihtoehtoista sen ratkaisun, jota se pitää yksittäistapauksessa optimaalisena ja sopivimpana eli tarkoituksenmukaisimpana.<sup>32</sup>

Viranomaisen harkinnan luonne ja päätöksenteossa huomioon otettavat tekijät vaihtelevat eri asioissa ja asiaryhmissä. Mäenpää on todennut tiukkarajaisen kahtiajaon sijasta nykyään puhuttavan harkintavallan asteikosta, jonka teoreettiset ääripäät muodostuvat puhtaista laillisuuskysymyksistä ja täysin policy-orientoituneista tai puhtaasti poliittisesti tarkoituksenmukaisimpaan tavoitteeseen tähtäävistä ratkaisuisista.<sup>33</sup> Suviranta on ehdottanut, että laillisuus- ja tarkoituksenmukaisuusharkinnan sekä hallintovalituksen reformatiivisen luonteen sijasta puhuttaisiin hallintotuomioistuinten harjoittaman kontrollin alasta ja tiiviyydestä. Suvirannan mukaan olisi kysyttävä, millainen ratkaisuvallta tuomioistuimella on kussakin menettelyssä ja asiaryhmässä. Suviranta on katsonut, että hallinnon ja tuomioistuimen toimivallan määrittäminen pelkistyy nimenomaan kontrollin tiiviyyttä koskeväksi kysymykseksi.<sup>34</sup> Mäenpää on todennut kysymyksen viranomaisen harkintavallan kontrolloinnin tavasta ja laajuudesta liittyvän sekä oikeus- turvan tehokkuuteen että vallanjaon puitteisiin.<sup>35</sup>

Tarkoituksenmukaisuusharkinnan käsite ei sellaisenaan riittävällä tavalla kuvaa ja erottele harkinnan eri muotoja ja lajeja. Erilaisten ratkaisutilanteiden hahmottamiseksi tarvittaisiin tarkempia määrittelyjä ja ryhmittelyjä. *Kotkas* on tarkastellut harkintaa koskevaa kysymystä hallintoviranomaisen ja hallinnollisen päätöksenteon näkökulmasta ja katsonut, ettei perinteinen jaottelu laillisuus- ja tarkoituksenmukaisuusharkintaan anna oikeaa kuvaa hallintoviranomaisen päätöksenteossaan käyttämästä harkinnasta.<sup>36</sup> Kotkaksen esittämässä hallinnollisen harkinnan jaottelussa erotetaan poliittisen harkinnan lisäksi yksittäistapauksellinen harkinta, sopeuttamisharkinta, asiantuntijaharkinta ja liikkeenjohdollinen harkinta. Jaottelu perustuu lähtökohtaan siitä, että harkintavallan antamisella viranomaiselle tavoitellaan jotakin tiettyä päämäärää, jonka hallinnon katsotaan lainsäätäjää paremmin pystyvän toteuttamaan.<sup>37</sup>

Tuomioistuinkontrollin näkökulmasta viranomaisen harkintavallaa koskeva kysymyksenasettelu on kolmijakoinen. Valitusta käsiteltäessä

<sup>32</sup> Mäenpää 2008 s. 143.

<sup>33</sup> Mäenpää 2008 s. 137–138. Ks. myös Mäenpää 1992 s. 175–177.

<sup>34</sup> Suviranta, DL 2005 s. 245 ja 247. Ks. myös Mäenpää 2008 s. 147.

<sup>35</sup> Mäenpää 2008 s. 147.

<sup>36</sup> *Kotkas*, LM 2011 s. 1133.

<sup>37</sup> *Kotkas*, LM 2011 s. 1137. Kotkaksen artikkelissaan esittämä jaottelu perustuu *Benjamin Schindlerin* väitöskirjassaan ”Verwaltungsermessens” ehdottamaan ryhmittelyyn hallinnollisen harkinnan lajeista, ks. tarkemmin *Kotkas*, LM 2011 s. 1133.

on ensinnäkin ratkaistava, onko hallintoviranomaisella katsottava olevan harkintavaltaa asiaa koskevassa päätöksenteossa ja mitkä ovat harkintavallan rajat. Toiseksi on määritettävä, millaisen tutkinnan tuomioistuimien kohdistaa viranomaisen harkintavallan käyttöön. Kolmantena kysymyksenä on tuomioistuimen päätösvallan määrittäminen. Harkinnanvaraista päätöstä koskevassa muutoksenhaussa tuomioistuinkontrollin intensiteetti poikkeaa tutkinnasta oikeusharkintaisessa asiassa, jossa ratkaisu johdetaan sovellettavasta säännöksestä ilmenevistä tai siitä tulkinnalla johdettavista kriteereistä.

Kysymys käytettävissä olevista valitusperusteista ja hallintoviranomaiselle jäävän harkintavallan laajuudesta on merkityksellinen hallintotuomioistuimen käsitellessä valitusta hankinta-asiassa. Jos hankintapäätöstä koskeva muutoksenhaku voitaisiin tehdä tarkoituksenmukaisuusperusteella tai tuomioistuinkontrolli voisi rajoituksettomasti kohdistua viranomaisen harkintavallan käyttöön, muodostuisi ongelmallinen tilanne viranomaisen ja tuomioistuimen välisen toimivallanjaon kannalta.

### 4.3 Toimivalta muuttaa hallintopäätöstä

Tuomioistuimen päätösvalta kunnallisvalitusta ja hallintovalitusta käsiteltäessä eroaa sen suhteen, voiko tuomioistuin vain kumota valituksenalaisen päätöksen vai voiko se myös muuttaa valituksenalaista päätöstä. Kunnallisvalitus on luonteeltaan kassatorinen muutoksenhakekokeino. Valitusviranomaisen ei siten voi yleensä antaa uutta päätöstä asiassa, vaan katsoessaan päätöksen olevan lainvastainen se voi kumota päätöksen ja mahdollisesti myös palauttaa asian uudelleen viranomaisen käsiteltäväksi. Sen sijaan hallintovalitus on luonteeltaan reformatorinen, jolloin tuomioistuimella on lähtökohtaisesti toimivalta myös muuttaa valituksenalaista päätöstä.

Valituslajien eroa selittävät niiden erilaiset osin historiallisetkin lähtökohdat. Kunnallisvalitukseen liittyy valvonnallinen tehtävä kunnan jäsenen kunnallishallintoon kohdistamana valvontakeinona. Kunnan asukkaiden itsehallinnon yksi keskeinen piirre ovat osallistumisoikeudet, joihin kuuluu oikeus kunnallisen päätöksenteon valvontaan. Kunnallisvalitus toteuttaa kunnan jäsenen oikeutta valvoa kunnan toiminnan laillisuutta. Kunnalliseen itsehallintoon liittyvät näkökohdat edellyttävät yhtäältä laajaa valitusoikeutta, mutta toisaalta niillä perustellaan myös tuomioistuimien rajoitettua toimivaltaa kunnan päätöksiin kohdistuvia valituksia käsiteltäessä.<sup>38</sup> Asiaa

<sup>38</sup> Mäkinen 2010a s. 9 ss. Kunnallisen itsehallinnon asemasta ks. perustuslain 121 § sekä Euroopan paikallisen itsehallinnon peruskirja (SopS 65 ja 66/1991).

koskeva tarkoituksenmukaisuusharkinta kuuluu kunnallisen itsehallinnon piiriin ja on kunnan viranomaisten, ei tuomioistuinten tehtävä. Kunnallisvalitus on mahdollista tehdä vain laillisuusperusteilla, ja tuomioistuinten toimivalta rajoittuu kunnan toiminnan lainmukaisuuden tutkimiseen. Kun hallintovalituksen tekemistä tarkoituksenmukaisuusperusteella ei nykyisin pidetä mahdollisena, eroa valituslajien välillä ei tässä suhteessa käytännössä esiinny. Kunnallisen itsehallinnon suojaamisella perustellaan lopullisen harkinta- ja päätösvallan jättämistä kunnalle, minkä vuoksi tuomioistuin ei ainakaan pääsääntöisesti voi muuttaa kunnan tekemää päätöstä.<sup>39</sup>

Kunnallisvalitus on kuitenkin myös se oikeuskeino, jolla asianosainen voi saattaa kunnan päätöksen tuomioistuimen tutkittavaksi. Asianosaisvalituksena kunnallisvalituksen on täytettävä oikeusturvavaatimukset, jotka seuraavat perus- ja ihmisoikeuksista. Nämä vaatimukset saattavat olla ristiriidassa niiden kunnallisvalituksen piirteiden kanssa, jotka perustuvat sen luonteeseen kunnan jäsenen valvontakeinona. Tältä kannalta ongelmalliseksi voi muodostua kielto uusien valitusperusteiden esittämisestä valitusajan jälkeen sekä kunnallisvalituksen kassatorinen luonne. Asianosaisen tehokkaan oikeussuojan turvaaminen saattaa joissakin tilanteissa edellyttää, että tuomioistuin voi tutkia valitusajan jälkeen esitetyn valitusperusteen tai että tuomioistuin valituksen hyväksyessään voi myös muuttaa kunnan päätöstä. *Tarukannel* ja *Jukarainen* ovat todenneet, että kunnallisvalituksen piirteisiin voi ajan myötä vaikuttaa jatkuvasti korostuva oikeussuoja-ajattelu, jonka voimistuessa yksilön oikeussuojan rajoittamista kunnallisen itsehallinnon suojaan vedoten ei voida pitää perusteltuna.<sup>40</sup>

Korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisussa KHO 2009:10 asianosaisen oikeusturvan tehokkaan toteuttamisen katsottiin edellyttävän kassatorisuuden periaatteesta poikkeamista. Päätöksessä lausutun mukaan kunnallisen itsehallinnon suojaamisen ja kunnallisvalituksen lähtökohtaisen kassatorisuuden ei katsottu olevan esteenä sille, että hallinto-oikeus kumoaa kunnallisen viranomaisen päätöksen ja velvoittaa viranomaisen maksamaan viranhaltijalle lainmukaisen palkan. Hallintotuomioistuimen päätös on tällöin ulosottoperuste, ja kunnallisvalitus lakiin perustuva, tehokas oikeusturvakeino kunnallisen viranomaisen tekemää palkkaratkaisua vastaan. *Mäkinen* on pitänyt KHO:n ratkaisua merkittävänä päänavauksena kunnallisvalituksen kassatorisuudesta luopumiseksi asianosaisen oikeuden sitä edellyttäessä ja osoituksena oikeuskäytännössä tapahtuneesta kunnallisvalituksen ja hallintovalituksen lähentymisestä.<sup>41</sup>

<sup>39</sup> Ks. *Harjula – Prättälä* 2012 s. 738–740, *Mäkinen* 2010a s. 202–204, *Mäenpää* 2007 s. 496 ja *Laakso – Suviranta – Tarukannel* 2006 s. 459.

<sup>40</sup> *Tarukannel – Jukarainen* 1999 s. 63.

<sup>41</sup> *Mäkinen* 2010a s. 68–69.

Kunnallisvalituksesta poiketen hallintovalitus on lähtökohtaisesti vain asianosaisen käytössä oleva oikeussuojakeino, jonka keskeisenä tehtävänä on oikeusturvan antaminen. Hallintovalitusta käsittelevän valitusviranomaisen laaja toimivalta juontuu aikaisemmin käytössä olleeseen valitusjärjestelmään, joka rakentui hallinnon sisäiselle muutoksenhauille. Alemman viranomaisen toimivaltaan kuuluva asia voitiin saattaa kokonaisuudessaan ylemmän viranomaisen käsiteltäväksi. Ylemmälle viranomaiselle siirtyi päätöksentekovalta myös tarkoituksenmukaisuusperusteiden osalta ja toimivalta korvata muutoksenhauinalainen päätös toisensisältöisellä ratkaisulla.<sup>42</sup> Kanninen on todennut, että muutoksenhakuasioiden siirryttyä tuomioistuinten käsiteltäviksi tuomioistuimet saivat ikään kuin huomaamatta ja pikemminkin teknisenä toimenpiteenä sellaista toimivaltaa, jonka voitaisiin katsoa kuuluvan vain hallinnolle itselleen.<sup>43</sup>

Hallintotuomioistuimille siirtyneet laajat toimivaltuudet mahdollistavat sinänsä tehokkaan oikeussuojan toteuttamisen, mutta nostavat samalla esille kysymyksen toimeenpanovallan ja tuomiovallan välisestä rajanvedosta.<sup>44</sup> Tuomioistuimen tehtäviin ei kuulu käyttää hallintoviranomaisen toimivaltaa, mikä merkitsee, ettei tuomioistuin voi yleensä tehdä uutta hallintopäätöstä viranomaisen puolesta, vaan tuomioistuimen tehtävänä on arvioida viranomaisen päätöksen lainmukaisuutta. Hallinnollisesta toimesta päättäminen kuuluu viranomaisen toimivaltaan eikä hallintotuomioistuin valituksen hyväksyessään voi korvata viranomaisen hallintopäätöstä omalla päätöksellään.<sup>45</sup> Kysymys toimivallanjaosta on merkityksellinen paitsi edellä käsitellyn harkintavallan laajuuden näkökulmasta myös tuomioistuimen päätösvallan kannalta. Kun hallintovalituksen johdosta on mahdollista muuttaa hallintoviranomaisen päätöstä, voidaan Kannisen tavoin kysyä, miten laajasti tai kuinka pitkälle tuomioistuin voi päättää hallintoasiasta ja milloin tuomioistuimen ja hallintoviranomaisen välinen toimivallanjako edellyttää asian palauttamista viranomaisen ratkaistavaksi.<sup>46</sup>

Toimivallan laajuutta koskevaa kysymystä arvioitaessa vaikeutena on jos sen määrittäminen, katsotaanko tuomioistuimen asiassa antaman päätöksen merkitsevän uuden hallintopäätöksen tekemistä vai hallintopäätöksen muuttamista. Käytännössä eroa tässä suhteessa ei välttämättä kaikissa tapauksissa ole.<sup>47</sup> Hallintopäätöksen muuttaminen voi merkitä astumista

<sup>42</sup> Ks. mm. *Suviranta*, DL 2005 s. 233 ss. ja *Kanninen* 2010 s. 228.

<sup>43</sup> *Kanninen* 2010 s. 230.

<sup>44</sup> Ks. mm. *Kanninen* 2010 s. 230.

<sup>45</sup> *Mäenpää* 2007 s. 491–492 ja 503.

<sup>46</sup> *Kanninen* 2010 s. 230.

<sup>47</sup> Ks. *Mäenpää* 2007 s. 495. Hallintolainkäyttölain uudistamista pohtinut prosessityöryhmä on mietinnössään esimerkkinä uuden hallintopäätöksen tekemisen ja päätöksen

hallintoviranomaisen toimivallan alueelle. Toinen arvioinnissa huomioon otettava kysymys on toimivallanjaon ja oikeusturvan keskinäinen suhde. Mäenpään mukaan vallanjaon puhdaslinjaista noudattamista tärkeämpää on, että hallintotuomioistuimen päätösvaltaa käytetään oikeusturvan toteuttamisen kannalta optimaalisessa laajuudessa. Mäenpää on katsonut tämän joissakin tapauksissa edellyttävän, että hallintotuomioistuimen päätöksessä määritellään myös sisällöllisesti valituksenalaisen hallinto päätöksen lopputuloksen puitteet ja perusteet. Näin on Mäenpään mukaan meneteltävä etenkin silloin, kun vain tietynsisältöinen asian lopputulos on lain mukainen.<sup>48</sup>

Vaikka tuomioistuin ei muutakaan hallintoviranomaisen päätöstä, tuomioistuimen ratkaisun sisältö voi tosiasiaassa määrätä, mikä viranomaisen päätöksen lopputuloksen tulee olla. Joissakin tilanteissa vaihtoehtona lainmukaisen tilan saavuttamiselle on, että viranomainen jättää uuden päätöksen tekemättä. Lopullisen harkinta- ja päätösvalan asiassa voidaan katsoa kuuluvan viranomaiselle kuitenkin niin, että viranomaisen uudelle ratkaisulle tai viranomaisen menettelylle rajat asettaa asiaa koskeva tuomioistuimen päätös.

Hallintovalituksessa sen reformatiivisen luonteen vuoksi ei oikeusturvan tehokkuus kuitenkaan yleensä muodostu ongelmaksi, vaan pikemminkin tuomiovallan ja toimeenpanovallan erillisyyks voi edellyttää tuomioistuimelta eräänlaisen itserajoituksen tai pidättyväisyyden omaksumista suhteessa sillä muodollisesti käytössä olevaan toimivaltaan.<sup>49</sup> Hankinta-asioissa hallintovalituksen reformatiivinen luonne merkitsisi tuomioistuimelle mahdollisuutta muuttaa viranomaisen tekemää hankintapäätöstä. Jos tuomioistuin katsoisi viranomaisen menettelleen hankinnassa esimerkiksi yhdenvertaisuusperiaatteen vastaisesti, se voisi kumota hankintapäätöksen ja todeta, mikä tarjoajista olisi tullut syrjimättömässä menettelyssä valita tarjouskilpailun voittajaksi. Tällaisten toimivaltuuksien mahdollisuus nostaa jälleen esille kysymyksen viranomaisen ja tuomioistuimen välisestä toimivallanjaosta.

---

muuttamisen erosta todennut, että tuomioistuin ei voi myöntää lupaa, kun se hyväksyy valituksen lupa-asiaassa tehdystä kielteisestä päätöksestä, mutta jos valitus kohdistuu luvan ehtoihin, tuomioistuin voi muuttaa niitä vastaamaan lain vaatimuksia. Ks. Oikeudenkäynti hallintoasioissa s. 171.

<sup>48</sup> Mäenpää 2007 s. 495.

<sup>49</sup> Ks. mm. *Suviranta*, DL 2005 s. 241–242 ja *Kanninen* 2010 s. 231.

#### 4.4 Valitusperusteiden esittäminen ja virallisperiaate

Hallintovalitus ja kunnallisvalitus eroavat toisistaan myös siinä suhteessa, onko uusien valitusperusteiden esittäminen valitusajan jälkeen mahdollista. Kunnallisvalituksessa valituksen perusteet on esitettävä kuntalain 90 §:n 3 momentin mukaan ennen valitusajan päättymistä.<sup>50</sup> Myös hallintolainkäyttölain 23 §:n 1 momentissa edellytetään hallintovalituksen muutosvaatimusten ja niiden perusteiden esittämistä valituskirjelmässä ja siten valitusajan kuluessa. Hallintolainkäyttölain 27 §:n 1 momentin mukaan valittaja saa kuitenkin valitusajan päättymisen jälkeen esittää uuden vaatimuksen, joka perustuu olosuhteiden muutokseen tai seikkaan, joka on tullut valittajan tietoon valitusajan jälkeen. Pykälän 2 momentin mukaan valittaja saa valitusajan jälkeen esittää uusia perusteita vaatimuksensa tueksi edellyttäen, ettei asia sen johdosta muutu toiseksi.

Oikeuskäytännössä hallintovalituksen muutosvaatimuksen perusteiden esittämistä koskevaa säännöstä on sovellettu varsin joustavasti, kun sen sijaan kunnallisvalitusta koskevaa uusien valitusperusteiden esittämiskieltoa on noudatettu tiukasti.<sup>51</sup> Jos kunnallisvalituksella vireille pannussa asiassa valittaja on vedonnut uuteen valitusperusteeseen vastaselityksessään, uusi valitusperuste on jätetty tutkimatta.<sup>52</sup> Kunnallisvalituksessa valitusviranomaisen tutkimisvalta on siten rajoittunut niihin valitusperusteisiin, jotka valittaja on valitusajassa esittänyt. Hallintovalituksen ja kunnallisvalituksen välinen eroavaisuus uusien valitusperusteiden esittämismahdollisuuden suhteen liittyy myös virallisperiaatteen erilaiseen asemaan näissä kahdessa eri valituslajissa. Hallintovalitusasiassa tuomioistuimen tutkimisvalta on laajempi ja aktiivisempi kuin kunnallisvalituksella vireille saatettua asiaa käsiteltäessä.<sup>53</sup>

<sup>50</sup> Oikeuskirjallisuudessa on esitetty erilaisia kannanottoja uusien valitusperustelujen esittämisen mahdollisuudesta kunnallisvalituksessa. Mäenpään mukaan valitusajan päätyttyä on mahdollista esittää uusia valitusperusteluita, kunhan ne liittyvät valitusajassa esitettyihin valitusperusteisiin, ks. *Mäenpää* 2007 s. 328. Teoksessa *Hannus – Hallberg – Niemi* on lausuttu, että valitusajan umpeen kulumisen jälkeen valituksen tueksi ei saa esittää uusia valitusperusteluita, mutta aikaisemmin esitettyjä vaatimuksia tai valitusperusteluita voidaan perustella esittämällä uusia näkökohtia, ks. *Hannus – Hallberg – Niemi* 2009 s. 612. Vastaavasti *Harjula* ja *Prättälä* katsovat vain aiemmin esitettyjen vaatimusten ja perustelujen täydentämisen mahdolliseksi, ks. *Harjula – Prättälä* 2012 s. 742. *Aer* puolestaan katsoo, ettei valitusajan jälkeen saa esittää vaatimuksen tueksi uusia oikeustositseikkoja, mutta uusien todisteiden, todistusositseikkojen sekä oikeudellisen argumentaation esittäminen on mahdollista, ks. *Aer*, DL 2008 s. 768.

<sup>51</sup> *Mäenpää* 2007 s. 327–329 ja 499–501, *Hallberg – Ignatius – Kanninen* 1997 s. 131 ja 207 ja *Mäkinen* 2010a s. 67. Väittämistaakan laajuudesta hallintovalituksessa ks. *Aer*, DL 2008 s. 768 ss.

<sup>52</sup> Toisinaan voi olla kuitenkin tulkinnanvaraista, katsotaanko kyse olevan uudesta valitusperusteesta, ks. esimerkiksi *Mäenpää* 2007 s. 328–329.

<sup>53</sup> *Mäenpää* 2007 s. 329, *Laakso – Suviranta – Tarukannel* 2006 s. 461–462 ja 486–488, *Tarukannel – Jukarainen* 1999 s. 62–63 sekä *Hallberg – Ignatius – Kanninen* 1997 s. 131 ja 327.

Kun hallintotuomioistuin voi hallintovalitusta käsitellessään puuttua viran puolesta päätöstä koskeviin virheisiin, kysymys uusien valitusperusteiden tai -perustelujen esittämisestä ei muodostu samalla tavoin ongelmaksi.<sup>54</sup>

Kunnallisvalituksen uusien valitusperusteiden esittämiskielto ja viralisperiaatteen rajoitetumpi soveltaminen perustuvat kunnallisvalitusta keskeisesti leimaavaan pyrkimykseen suojata kunnallista itsehallintoa. Tämän katsotaan nimittäin edellyttävän, että tuomioistuin tutkii vain valittajan valituksensa tueksi esittämät perusteet eikä omaksu aktiivisesta roolia asian tutkimisessa.<sup>55</sup> Kuten *Kuusiniemi* on todennut, tässä suhteessa valitusajan jälkeen esitetyt uudet valitusperusteet eroavat kuitenkin valitusperusteista, joita valittaja ei ole ollenkaan esittänyt. Uuden valitusperusteen esittäminen liittyy valittajan mahdollisuuteen vedota valitusperusteeseen myöhemmin oikeudenkäynnin kuluessa, eikä kysymys näin ollen ole tuomioistuimen oma-aloitteisesta asian tutkimisesta.<sup>56</sup>

Kunnallisen itsehallinnon suojaamisella voidaan sinänsä perustella tuomioistuimen toimivaltaa rajoittavia kunnallisvalituksen piirteitä silloin, kun kunnallisvalitusta käytetään kunnan jäsenen valvontakeinona. Kunnallisvalitus on kuitenkin myös asianosaisvalitus, minkä vuoksi on pohdittava tehokkaan oikeusturvan takaamisen ja kunnallisen itsehallinnon suojaamisen välistä suhdetta ja niiden painoarvoja. Myös vaatimus EU-oikeuden tehokkaasta toteutumisesta on otettava arvioinnissa huomioon. Asianosaisen oikeuksien tehokas toteutuminen ja kunnallisen itsehallinnon suojaaminen ovat useimmiten erisuuntaisia tavoitteita ja saattavat olla ristiriidassa keskenään. Oikeuskirjallisuudessa esitetyissä kannanotoissa onkin perusteltu uusia valitusperusteita koskevan säännöksen tulkittamista tehokkaan oikeussuojan ja EU-oikeudelliset vaatimukset varmistavalla tavalla. Mäenpää on todennut säännöksen joustavan tulkinnan olevan perusteltua

<sup>54</sup> Menettelyvirheisiin viran puolesta puuttumista pidetään yleisesti mahdollisena, ks. *Mäenpää* 2007 s. 499, *Laakso – Suviranta – Tarukannel* 2006 s. 461 ja *Tarukannel – Jukkarainen* 1999 s. 62. Ks. myös *Kulla* 2004 s. 176 ja *Aer*; DL 2008 s. 770–771. Mäenpään mukaan varauksellisemmin on sen sijaan suhtauduttu sisällölliseen lainvastaisuuteen puuttumiseen. Mäenpää on todennut, että tuomioistuin voi viran puolesta puuttua ainakin selviin toimivaltavirheisiin ja harkintavallan käytön selvään hallinnon oikeusperiaatteiden vastaisuuteen. Samoin ehdottomat prosessinedellytykset otetaan huomioon viran puolesta. Ks. *Mäenpää* 2007 s. 499–500. Teoksessa *Hallberg – Ignatius – Kanninen* lausutun mukaan hallintovalituksessa valitusviranomaisen voi viran puolestakin tutkia päätöksen laillisuuden. Teoksessa todetaan, että hallintovalituksessa esimerkiksi viranomaisen menettelyn lainmukaisuus voidaan yleensä ottaa myös viran puolesta huomioon. Ks. *Hallberg – Ignatius – Kanninen* 1997 s. 131 ja 327.

<sup>55</sup> *Mäenpää* 2007 s. 328 sekä *Kuusiniemi* 2010 s. 234 ss. Mäkinen on todennut, että tuomioistuimen tutkimisvallan rajaamista vain valitusajan kuluessa esitettyihin valitusperusteisiin on perusteltu myös tarkoituksenmukaisuussyillä ja tehokkuusnäkökulmalla. Kunnan on päätöksensä täytäntöön panemisesta päättäessään tiedettävä, millä perusteella päätöksestä on valitettu. Ks. *Mäkinen* 2010a s. 203.

<sup>56</sup> *Kuusiniemi* 2010 s. 237.

ainakin silloin, kun kysymys on välittömästi asianosaisen oikeusasemaan vaikuttavasta päätöksestä. Vaatimus EU-oikeuden soveltamisesta viran puolesta voi Mäenpään mukaan rajoittaa kuntalain 90 §:n 3 momentin säännöksen kategorista soveltamista asianosaisen ollessa kunnallisvalituksen tekijänä.<sup>57</sup> Kuusiniemi on katsonut, että hänen selostamassaan tapauksessa säännöstä olisi ollut mahdollista tulkita supistavasti niin, että yksilöity ja vahvasti dokumentoitu uusi valitusperuste olisi tullut tutkia. Kuusiniemen mukaan supistava tulkinta olisi tapauksessa edistänyt myös EU-oikeuden vaatimusten tehokasta toteutumista.<sup>58</sup> Mäkinen on pitänyt tuomioistuimen tutkimisvallan rajaamista valitusajan kuluessa esitettyihin perusteisiin asianosaisen oikeussuojan kannalta vaikeasti perusteltavissa olevana ja ongelmallisena.<sup>59</sup>

Hankintalakiin ulkopuolelle jäävissä hankinta-asioissa kunnallisvalituksen uusien valitusperusteiden esittämiskiello saattaa muodostua pulmalliseksi muun muassa tapauksissa, joissa valittaja vetoaa EU-oikeudelliseen perusteeseen valitusajan jälkeen tai tuomioistuin itse toteaa tällaisen perusteen mahdollisesti olevan olemassa. EU-oikeuteen pohjautuvasta valitusperusteesta on kyse esimerkiksi väitettäessä yhdenvertaisen kohtelun periaatetta ja avoimuusvelvoitetta loukatun hankinnassa, johon liittyy jäsenvaltioiden rajat ylittävää kiinnostusta.

---

<sup>57</sup> *Mäenpää* 2007 s. 501. Ks. myös *Mäenpää* 2011 s. 446.

<sup>58</sup> *Kuusiniemi* 2010 s. 245 ss. Kuusiniemi on selostanut KHO:n päätöksellä 20.1.2010 t. 69 ratkaistua asiaa ja viitannut asiaa koskevassa äänestyslauseunnossaan esittämänsä kantaan. Kyse on äänestysratkaisusta, jossa enemmistö (4–1) pysytti hallinto-oikeuden päätöksen lopputuloksen. Hallinto-oikeus oli jättänyt uuden valitusperusteen tutkimatta ja muutoin hylännyt valituksen. Ks. *Kuusiniemi* 2010 s. 243 ss.

<sup>59</sup> *Mäkinen* 2010a s. 67 sekä *Mäkinen* 2010b s. 258. Myös *Pohjalainen* ja *Tarukannel* ovat katsoneet uusien valitusperusteiden esittämiskiellon sisältävän oikeusturvariskejä asianosaisasemassa olevalle valittajalle. He ovat todenneet, että säännös saattaa olla ongelmallinen tehokkaan ihmis- ja perusoikeussuojan ja EY-oikeuden toteuttamisen kannalta. Ks. *Pohjalainen – Tarukannel*, DL 2004 s. 1120. Samoin Aer on todennut väittämistaakan voivan muodostua kohtuuttoman ankaraksi yksityisen oikeusturvan kannalta, kun otetaan huomioon, että valituksen muuttamista kunnallisasioissa on rajoitettu. Ks. *Aer*, DL 2008 s. 771.



## 5 EUROOPAN IHMISOIKEUSSOPIMUKSEN VAATIMUKSET

### 5.1 EIS 6 ja 13 artiklat sekä niiden keskinäinen suhde

Euroopan ihmisoikeussopimuksesta seuraavat tuomioistuimen toimivaltaa koskevat vaatimukset perustuvat sekä 6 artiklan tuomioistuinkäsittelyä koskevaan oikeuteen että 13 artiklan vaatimukseen tehokkaasta oikeussuojakeinosta. EIS 6 artiklassa turvataan oikeus saattaa tuomioistuimen tutkittavaksi oikeuttaan tai velvollisuuttaan koskeva asia ja määritellään oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin menettelylliset vaatimukset. Artiklan 1 kappaleen mukaan jokaisella on oikeus kohtuullisen ajan kuluessa oikeudenmukaiseen ja julkiseen oikeudenkäyntiin laillisesti perustetussa riippumattomassa ja puolueettomassa tuomioistuimessa silloin, kun päätetään hänen oikeuksistaan ja velvollisuuksistaan. Tuomioistuinkäsittelyä koskevaan oikeuteen kuuluu tuomioistuimeen pääsyn lisäksi oikeus saada asiansa tosiasiallisesti tutkituksi, ja siten artikla edellyttää riittävän laajaa tuomioistuimen tutkimisvaltaa. Oikeuksiin pääsyn toteutuminen merkitsee näin ollen paitsi muodollista tuomioistuimeen pääsyä myös ratkaisun saamista asianosaisen esittämään vaatimukseen.<sup>60</sup>

EIS 6(1) artiklassa taattu oikeus oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin edellyttää kansallisessa oikeudessa tunnustetun yksityisluonteisen oikeuden olemassaoloa. EIT:n ratkaisukäytännössä oikeuden tuomioistuinkäsittelyyn on katsottu koskevan hankinta-asioita, joissa valittajat ovat vedonneet asemaan perustuvaan syrjintään ja joissa on ollut kysymys valittajien oikeudesta tasa-arvoiseen kohteluun. Muissa kuin syrjintätapauksissa EIT on arvioinut kansallisia hankintasäännöksiä ja niitä koskevaa oikeuskäytäntöä sen ratkaisemiseksi, onko yksityisluonteisen oikeuden perustaksi löydettävissä kansallisessa oikeudessa tunnustettu oikeus.<sup>61</sup>

EIS 13 artikla puolestaan edellyttää tehokkaita kansallisia oikeussuojakeinoja ihmisoikeussopimuksessa suojattuja oikeuksia koskevien loukkauksien varalta. Sopimusmääräyksen mukaan jokaisella, jonka sopimuksessa tunnustettuja oikeuksia ja vapauksia on loukattu, on oltava käytettävissään tehokas oikeussuojakeino kansallisen viranomaisen edessä. Artiklassa tarkoitetun viranomaisen ei välttämättä edellytetä olevan tuomioistuin.<sup>62</sup> Sopimusmääräys täydentää EIS:n takaamia oikeuksia edellyttämällä kansallisen oikeussuojakeinon saatavilla oloa loukkauksen korjaamiseksi tai hyvittämiseksi ja korostaa oikeuksien turvaamista ensisijaisesti kansallisen

<sup>60</sup> Ks. *Ervo* 2005 s. 118.

<sup>61</sup> *Nenonen* 2011 s. 364 ss.

<sup>62</sup> *Pellonpää – Gullans – Pölönen – Tapanila* 2012 s. 796.

oikeusjärjestyksen perusteella.<sup>63</sup> Oikeussuojan tarjoamista koskevan velvollisuuden edellytyksenä ei ole, että oikeuden loukkauksen olisi todettu tapahtuneen. Riittävää on, että valittaja esittää perusteltavissa olevan (arguable) väitteen oikeuden loukkauksesta.<sup>64</sup>

EIS 13 artiklassa tarkoitettu oikeussuojakeinon tehokkuus edellyttää, että kysymys sopimusrikkomuksesta on ollut mahdollista saattaa asiallisesti tutkittavaksi.<sup>65</sup> Oikeussuojakeinon on mahdollistettava EIS:n rikkomista koskevan väitteen tutkinta, ja oikeussuojakeinon on oltava tehokas sekä käytännössä että oikeudellisesti.<sup>66</sup> *Daneliuksen* määritelmän mukaan tehokkaan oikeussuojakeinon edellyttämä tutkinnan ala vastaa periaatteessa laajuudeltaan EIT:n tutkintaa siitä, onko ihmisoikeussopimusta rikottu.<sup>67</sup> 13 artikla merkitsee myös tuomioistuimille velvollisuutta turvata ihmisoikeuksien toteutuminen tehokkailla oikeussuojakeinoilla. EIT katsoi *Smith* ja *Grady* -tapauksessa antamassaan ratkaisussa, ettei tuomioistuimissa tapahtunutta tutkintaa ollut pidettävä EIS 13 artiklan mukaisena tehokkaana oikeussuojakeinona, koska tuomioistuimet olivat määritelleet policy-kysymykset niin laajasti, etteivät valittajat olleet voineet tuoda esiin EIS 8 artiklan mukaisia oikeuksiaan koskevia seikkoja.<sup>68</sup> Tapauksessa *K.* ja *T. v. Suomi* lausutun mukaan mikään ei viitannut siihen, että suomalaisten hallintotuomioistuinten tehokkuutta oikeussuojakeinona olisi syytä epäillä. Tapauksessa kyse oli lastensuojeluasiasta.<sup>69</sup>

Oikeutta tuomioistuinkäsittelyyn koskeva EIS 6(1) artikla on päällekkäinen 13 artiklan tehokkaita kansallisia oikeussuojakeinoja koskevan

<sup>63</sup> *Pellonpää – Gullans – Pölönen – Tapanila* 2012 s. 785 ss.

<sup>64</sup> *Pellonpää – Gullans – Pölönen – Tapanila* 2012 s. 787. Ks. mm. *Mamič v. Slovenia* (n:o 2), tuomio 27.7.2006, kohdat 39–41.

<sup>65</sup> *Pellonpää – Gullans – Pölönen – Tapanila* 2012 s. 797. Ks. myös *Jacobs – White – Ovey* 2010 s. 135 ss. ja *Harris – O’Boyle – Warbrick* 2009 s. 563–564. Kyse on *Niemen* määritelmän mukaisesta oikeussuojakeinon *aineellisesta tehokkuudesta*, joka edellyttää, että vaatimuksen tueksi voidaan esittää aineellisoikeudelliset, oikeudellisesti merkitykselliset argumentit. Ks. *Niemi* 2010 s. 266–267.

<sup>66</sup> Ks. mm. *Rotaru v. Romania*, tuomio 4.5.2000, kohta 67 ja *Kudla v. Puola*, tuomio 26.10.2000, kohta 157.

<sup>67</sup> *Danelius* 2012 s. 513.

<sup>68</sup> Ks. *Smith* ja *Grady v. Yhdistynyt kuningaskunta*, tuomio 27.9.1999, kohdat 135–139. Ks. myös *Hatton ym. v. Yhdistynyt kuningaskunta*, tuomio 8.7.2003, kohta 140. *Hatton*-tapauksessa EIT katsoi, ettei tuomioistuinten tutkinnan ala vastannut EIS 13 artiklan vaatimuksia, koska tuomioistuimet eivät olleet tuolloisen sääntelyn nojalla voineet harkita, oliko lentokentän lähellä asuneiden yksityis- ja perhe-elämän sekä kodin suojaa voitu oikeutetusti rajoittaa yölentöjen lisäämisellä. Tuomioistuinten tutkinnan alaa rajoittivat sellaiset Englannin klassisen julkisen oikeuden käsitteet kuin irrationaalisuus, lainvastaisuus ja ilmeinen perusteettomuus. Ks. kohdat 137–142.

<sup>69</sup> *K. ja T. v. Suomi*, jaoston tuomio 27.4.2000, kohta 179. Suuren jaoston tuomiossa 12.7.2001 viitattiin tältä osin jaoston tuomioon, kohdat 198–199. Ks. myös *Pellonpää – Gullans – Pölönen – Tapanila* 2012 s. 675–676 ja 799.

määräyksen kanssa silloin, kun 13 artiklassa tarkoitettu EIS:n turvaama oikeus on myös 6(1) artiklan tarkoittama kansallisessa oikeudessa tunnustettu yksityisluonteinen oikeus. Esimerkkinä tällaisesta oikeudesta voidaan mainita omaisuuden suoja.<sup>70</sup> Hankinta-asioissa artiklojen päällekkäinen soveltamistilanne voi syntyä vedottaessa syrjintään. Hankinta-asioita koskevissa EIT:n ratkaisuisissa on katsottu oikeuden tasa-arvoiseen kohteluun muodostavan 6(1) artiklassa tarkoitettua yksityisluonteisen oikeuden. Myös EIS:n 12. lisäpöytäkirja sisältää luonteeltaan yleisen syrjintäkiellon.<sup>71</sup>

EIT on ratkaisukäytännössään katsonut, ettei 13 artiklan rikkomisesta ole yleensä tarpeen lausua silloin, kun on vedottu 6(1) artiklan loukkaukseen. EIT on viitannut siihen, että 6(1) artikla tiukempia vaatimuksia asettavana erityissäännöksenä ”absorboi” 13 artiklan vaatimukset.<sup>72</sup> Poikkeuksen tästä muodostavat erityisesti prosessin pituutta koskevat asiat.<sup>73</sup> EIS 13 artiklalla on itsenäinen soveltamisala tapauksissa, joissa kyse on EIS:n turvaaman oikeuden loukkauksesta eikä kyseinen oikeus ole katsottavissa 6(1) artiklassa tarkoitetuksi yksityisluonteiseksi oikeudeksi.

Syrjintätapauksia lukuun ottamatta hankinta-asioissa ei tyypillisesti loukata sellaista oikeutta, joka olisi EIS:n turvaama. Kansallisen lainsäädäntömme perusteella oikeuden yhdenvertaiseen kohteluun voidaan katsoa muodostavan EIS 6(1) artiklassa tarkoitettua oikeuden, ja oikeussuojaa koskevat vaatimukset määräytyisivät tällöin kyseisen artiklan perusteella.<sup>74</sup> Vastausta kysymykseen tuomioistuimelta edellytettävän toimivallan laajuudesta etsitäänkin seuraavassa EIS 6(1) artiklaa koskevasta EIT:n ratkaisukäytännöstä.

## 5.2 EIS 6 artikla ja tuomioistuimen toimivalta

### 5.2.1 Riittävän tutkinnan vaatimus

EIT:n oikeuskäytännössään lausuman mukaan EIS 6(1) artikla edellyttää mahdollisuutta saattaa hallintoviranomaisten päätökset rajoittamattoman

<sup>70</sup> Ks. *Golder v. Yhdistynyt kuningaskunta*, tuomio 21.2.1975, kohta 33 ja *Kudla v. Puola*, kohta 146. Ks. myös *Harris – O’Boyle – Warbrick* 2009 s. 245–246.

<sup>71</sup> *Nenonen* 2011 s. 369–370.

<sup>72</sup> Ks. mm. *Sporrong ja Lönnroth v. Ruotsi*, tuomio 23.9.1982, kohta 88 ja *Sigma Radio Television Ltd v. Kypros*, tuomio 21.7.2011, kohta 120.

<sup>73</sup> Ks. *Kudla v. Puola*, kohdat 146–156. Ks. myös *Harris – O’Boyle – Warbrick* 2009 s. 561 ja 570 ss. sekä *Pellonpää – Gullans – Pölönen – Tapanila* 2012 s. 788 ss. EIT on katsonut 13 artiklan edellyttävän kansallista oikeussuojakeinoa, joka voi olla preventiivinen keino oikeudenkäynnin viipymisen estämiseksi eli käytännössä kiirehtimiseksi tai reparatiivinen keino asianmukaisen hyvityksen saamiseksi loukattaessa 6 artiklan vaatimusta oikeudenkäynnistä kohtuullisen ajan kuluessa. Ks. *Kudla v. Puola*, kohta 159.

<sup>74</sup> *Nenonen* 2011 s. 373.

toimivallan (full jurisdiction) omaavan lainkäyttöelimen tutkittavaksi.<sup>75</sup> Tämä lausuma viittaa siihen, että viranomaisen päätöstä koskevaa valitusta käsittelevällä tuomioistuimella tulisi olla rajoittamaton toimivalta asian tutkimisessa ja ratkaisemisessa. Pelkästään tuomioistuimen toimivallan laajuus ei kuitenkaan ole ratkaiseva arvioitaessa, täytyvätkö tuomioistuinkäsittelyä koskevat vaatimukset asiassa. EIT ei ratkaisuisaan tarkastele yksinomaan tuomioistuimen toimivaltuuksia, vaan keskeistä on sen arvioiminen, ovatko toimivaltuudet mahdollistaneet riittävän tutkinnan kyseisessä asiassa. EIT on todennut vaatimuksen tuomioistuimen ”rajoittamattomasta toimivallasta” täyttyvän silloin, kun tuomioistuin on kyseessä olevassa oikeudenkäynnissä käyttänyt ”riittävää toimivaltaa” (sufficient jurisdiction) tai tarjonnut ”riittävän tutkinnan” (sufficient review).<sup>76</sup> Vaikka tuomioistuimen toimivalta ei olisi rajoittamaton, EIS 6(1) artiklan vaatimusten katsotaan täyttyvän, jos tuomioistuin on voinut suorittaa asian luonteeseen ja siinä esitettyihin vaatimuksiin nähden riittävän tutkinnan. Ratkaisuisaan EIT on todennut, että tuomioistuimella on oltava toimivalta tutkia ratkaistavan riidan kannalta kaikki merkitykselliset tosiasia- ja oikeuskysymykset.<sup>77</sup> Riittävää tutkintaa koskeva lähestymistapa mahdollistaa kahden tekijän huomioon ottamisen: tuomioistuinkontrollin intensiteetin sitomisen ratkaistavan asian luonteeseen sekä asiassa esitettyihin vaatimuksiin pohjautuvan tutkinnan kattavuuden arvioinnin.

Hallinto-oikeudellisissa asioissa kysymys tuomioistuinkontrollin laajuudesta ja tiiviyydestä on noussut esille asioissa, joissa viranomaisille on perinteisesti kuulunut harkintavaltaa. EIS 6(1) artiklan civil right-käsitteen soveltamisalan laajennuttua enenevässä määrin kansallisessa oikeudessa hallinto-oikeudellisiksi luokiteltaviin asioihin on tasapainoa jouduttu hakemaan kahden erisuuntaisen intressin välillä: yksilön oikeusturvan toteuttaminen edellyttää mahdollisimman tehokasta hallinnollisen päätöksenteon valvontaa, mutta hallinnolliselle toiminnalle asetettujen päämäärien toteuttamisen ja hallinnon toimivuuden katsotaan joissakin

---

<sup>75</sup> Ks. mm. *Albert ja Le Compte v. Belgia*, tuomio 10.2.1983, kohta 29, *Zumtobel v. Itävalta*, tuomio 21.9.1993, kohta 29, *Fischer v. Itävalta*, tuomio 26.4.1995, kohta 28, *Bryan v. Yhdistynyt kuningaskunta*, tuomio 22.11.1995, kohta 40, *Tsfayo v. Yhdistynyt kuningaskunta*, tuomio 14.11.2006, kohta 42 ja *Sigma Radio Television Ltd v. Kypros*, kohta 151.

<sup>76</sup> *Sigma Radio Television Ltd v. Kypros*, kohta 152 sekä siinä viitatu tapaukset. Ks. myös *Tsfayo v. Yhdistynyt kuningaskunta*, kohdat 43–44.

<sup>77</sup> Ks. mm. *Le Compte, van Leuven ja de Meyere v. Belgia*, tuomio 23.6.1981, kohta 51, *Albert ja Le Compte v. Belgia*, kohta 29, *Terra Woningen B.V. v. Alankomaat*, tuomio 17.12.1996, kohta 52, *Chevol v. Ranska*, tuomio 13.2.2003, kohta 77, *I.D. v. Bulgaria*, tuomio 28.4.2005, kohta 45 ja *Družstevní záložna Pria ym. v. Tšekki*, tuomio 31.7.2008, kohta 107.

asioissa edellyttävän viranomaisille jätettävää harkintavaltaa.<sup>78</sup> Oikeusturvan ja hallinnollisen päätöksenteon suhteeseen vaikuttaa oppi tuomiovallan ja toimeenpanovallan välisestä toimivallanjaosta. Suomen tavoin useissa muissakin jäsenvaltioissa lähtökohtana on, ettei tuomioistuimen tule käyttää hallintoviranomaisen toimivaltaa.<sup>79</sup> EIT:n ratkaisemissa asioissa on noussut esille samantyyppisiä toimivallanjakoon liittyviä kysymyksiä, joita on käsitelty edellä hallintovalitusta ja kunnallisvalitusta tarkasteltaessa.

EIT on lähtökohtaisesti suhtautunut hyväksyvästi jäsenvaltioissa käytössä oleviin oikeussuojajärjestelmiin, joissa tuomioistuinten toimivaltaa rajoittaa periaate siitä, ettei tuomioistuinten tule ottaa itselleen toimeenpanovallan tehtäviä. *Sigma Radio Television* -tapauksessa antamassaan ratkaisussa EIT on todennut, että kansallisissa valitusjärjestelmissä tuomioistuinvalvonnan laajuus tosiseikkojen suhteen saattaa olla rajoitettu ja prosessin tarkoituksena on enemminkin arvioida viranomaisten menettelyä kuin tehdä tosiasiallisia päätöksiä (factual decisions). EIT:n lausuman mukaan 6 artiklan ei ole katsottu edellyttävän pääsyä sellaiseen tuomioistuimeen, jonka toimivalta mahdollistaisi hallintoviranomaisen arvioinnin korvaamisen tuomioistuimen arvioinnilla. Tässä suhteessa EIT:n ratkaisukäytännössä on erityisesti painotettu sellaisten päätösten kunnioittamista, jotka hallintoviranomainen on tehnyt tarkoituksenmukaisuusperusteilla (grounds of expediency) ja jotka usein koskevat lainsäädännön erityisaloja (specialised areas of law).<sup>80</sup> Vaikka tuomioistuimella ei olisi toimivaltaa tehdä viranomaisen päätöksen korvaavaa päätöstä, tästä hallinto-oikeudellisiin asioihin liittyvästä erityispiirteestä huolimatta tuomioistuimen tutkinta voi olla asiassa riittävää EIS 6(1) artiklan vaatimukseen nähden.<sup>81</sup>

EIT:n ratkaisukäytännössä kansallisen tuomioistuimen toimivallan ja sen asiassa suorittaman tutkinnan riittävyttä arvioidaan suhteessa

<sup>78</sup> Ks. tuomari Martensin eriävä mielipide asiassa *Fischer v. Itävalta*, eriävän mielipiteen kohdat 6–7.

<sup>79</sup> Englannissa hallintopäätösten tuomioistuinvalvonta on perinteisesti ollut rajoittunutta, mikä näkyy EIT:n oikeuskäytännössä useina Englantia koskevinä päätöksinä, joissa on ollut kysymys tuomioistuinten toimivallan riittävydestä. Hallintotuomioistuimen ja hallintoviranomaisen välisen suhteen vertailusta Englannissa, Saksassa ja Ranskassa, ks. *Mäenpää* 2005 s. 287 ss.

<sup>80</sup> *Sigma Radio Television Ltd v. Kypros*, kohta 153 ja siinä viitatu tapaukset. Jäsenvaltioissa käytössä olevien oikeussuojajärjestelmien piirteistä ks. myös *Bryan v. Yhdistynyt kuningaskunta*, kohdat 44 ja 47.

<sup>81</sup> *Sigma Radio Television Ltd v. Kypros*, kohdat 153 ja 159–160. EIT:n ratkaisun mukaan tuomioistuimen tutkintavallan ala täytti EIS 6 artiklan vaatimukset ja asiaa käsitelty tuomioistuin EIS 6 artiklan mukaiset riippumattomuus- ja puolueettomuusvaatimukset. EIT katsoi, että valitus oli näiltä osin jätettävä ilmeisen perusteettomana enemmälti tutkimatta.

kyseessä olevassa tapauksessa esitettyihin valitusperusteisiin ja -perusteluihin. Ratkaisuisaan EIT on ilmoittanut rajoittuvansa sikäli kuin se on mahdollista tutkimaan sillä ratkaistavana olevan asian esille nostamat kysymykset. EIT päättää siis vain sen, täyttääkö kansallisen tuomioistuimen toimivallan laajuus ja suoritettu tutkinta kyseisessä asiassa 6(1) artiklan asettamat vaatimukset.<sup>82</sup> Jos tuomioistuimen toimivalta on mahdollistanut valittajan esittämien vaatimusten ja väitteiden tutkimisen, tutkimisvalta katsotaan riittäväksi, vaikka jonkin muun mahdollisen valitusperusteen, johon valittaja ei ole kuitenkaan vedonnut, käsitteleminen ja ratkaiseminen jäisivät tuomioistuimen toimivallan ulkopuolelle. Tämä EIT:n arviointitapa on pidettävä mielessä sen päätöksiä analysoitaessa. Vaikka EIT:n ratkaisun lopputulos olisikin, ettei 6(1) artiklaa ole loukattu, tämä ei kuitenkaan sulje pois sitä, että jossakin muussa tapauksessa kansallisen tuomioistuimen toimivaltaa saatetaan pitää liian rajallisena ja 6 artiklaa katsotaan rikutun.<sup>83</sup>

Leimallista EIT:n oikeuskäytännölle onkin tuomioistuimen toimivallan arvioiminen kussakin tapauksessa erikseen kansallisen prosessijärjestelmän ja prosessissa esitettyjen vaatimusten pohjalta ottaen huomioon myös asian luonteen. Lainkäyttöelinten toimivaltaa koskevia ratkaisuja on lukuisia, mutta niiden sisältö on edellä todetuista syistä sidoksissa varsin pitkälti ratkaistuun tapaukseen ja sen piirteisiin. Yleistä määritelmää siitä, millainen toimivalta tuomioistuimella tulisi olla, on EIT:n oikeuskäytännön perusteella vaikea esittää.<sup>84</sup>

EIT on kuitenkin ratkaisuisaan määritellyt kriteerejä, joita voidaan käyttää arvioitaessa, täyttääkö tuomioistuimen toimivalta asiassa 6(1) artiklan mukaisen tuomioistuinkäsittelyn vaatimukset. Nämä kriteerit todettiin *Bryan*-tapauksessa, ja niiden sisältöä on täydennetty myöhemmässä oikeuskäytännössä.<sup>85</sup> Vaikka kriteerit on määritelty ratkaisussa, jossa kyse oli viranomaisen harkintaa sisältävään päätökseen kohdistuvasta tuomioistuinkontrollista, ne tarjoavat kuitenkin rungon yleisemmällekkin tarkastelulle.

EIT:n ratkaisukäytännön perusteella tutkimisvaltaa arvioitaessa tuomioistuimen toimivaltuuksien ohella merkityksellistä on ensinnäkin, mistä

<sup>82</sup> Ks. mm. *Zumtobel v. Itävalta*, kohta 32, *Fischer v. Itävalta*, kohta 33, *Družstevní záložna Pria ym. v. Tšekki*, kohta 107 ja *Sigma Radio Television Ltd v. Kypros*, kohta 155. Ks. myös *Obermeier v. Itävalta*, tuomio 28.6.1990, kohta 70.

<sup>83</sup> Ks. *Danelius* 2012 s. 191–192, *Harris – O’Boyle – Warbrick* 2009 s. 231 ja *Södergren* 2009 s. 200–201.

<sup>84</sup> *Danelius* 2012 s. 191 ja *Södergren* 2009 s. 200.

<sup>85</sup> *Bryan v. Yhdistynyt kuningaskunta*, kohta 45. Myöhemmästä ratkaisukäytännöstä *Tsfayo v. Yhdistynyt kuningaskunta*, kohdat 43–49, *Crompton v. Yhdistynyt kuningaskunta*, tuomio 27.10.2009, kohdat 73–80, *Družstevní záložna Pria ym. v. Tšekki*, kohdat 107–115 ja *Sigma Radio Television Ltd v. Kypros*, kohdat 154–166.

valituksenalaisessa päätöksessä on kysymys. Tällöin otetaan huomioon erityisesti, koskeeko päätös erityisalan kysymystä, joka edellyttää asiantuntemusta tai kokemusta, sekä sisältääkö päätös ja missä määrin hallinnollista harkintaa. Toisena kriteerinä arvioinnissa on, millä tavoin päätös on tehty, erityisesti millaiset menettelylliset takeet tuomioistuinvaihetta edeltävä menettely on tarjonnut. Kolmantena kriteerinä otetaan huomioon riidan sisältö sekä valitusperusteet, joihin on vedottu tai haluttu vedota. Tuomioistuimen toimivaltuuksia arvioidaan tapauskohtaisesti suhteessa edellä mainittuihin seikkoihin. Lopputuloksena voi olla, että tuomioistuimelle lain säännöksiin määritelty ja oikeuskäytännössä muotoutunut toimivalta jossakin tapauksessa mahdollistaa riittävän tutkinnan, kun taas toisessa asiassa lopputulos voi olla päinvastainen.

## 5.2.2 Valituksenalaisen päätöksen luonne

### 5.2.2.1 Viranomaiselle harkintavaltaa jättävät asiat

Hankinta-asioissa hankintayksiköille katsotaan jäävän harkintavaltaa jäljempänä tarkemmin selostettavin tavoin. Sen selvittäminen, millaista tuomioistuimen toimivaltaa EIS 6(1) artikla edellyttää hallintoviranomaiselle harkintavaltaa jättävissä asioissa, määrittää myös hankinta-asioiden tuomioistuinkontrolliin kohdistuvia vaatimuksia.

EIT:n ratkaisukäytännön mukaan ihmisoikeussopimuksen mukainen oikeus tuomioistuinkäsittelyyn ei toteudu, jos valituksenalaisella päätöksellä ratkaistu asia on lähes kokonaan viranomaisen harkintavallassa eikä tuomioistuimella ole käytännössä mahdollisuuksia tutkia asiaa.<sup>86</sup> *Zumtobel*-tapauksessa annettu ratkaisu kuitenkin osoittaa, että tuomioistuinkontrollin laajuuteen ja tiiviyyteen vaikuttaa se, että oikeudenkäynnin kohteena olevassa asiassa kyse on hallinnollisen harkintavallan käyttämisestä.<sup>87</sup> Tapauksessa riidan kohteena oli kysymys alueen lunastamisesta tien rakentamista varten. Ratkaisussaan EIT katsoi, että tuomioistuimen tutkinnan laajuutta arvioitaessa on otettava huomioon, että alueen lunastuksesta päättäminen ei ollut kokonaisuudessaan viranomaisten harkinnassa. Lainsäädännössä lunastustoimenpiteen lainmukaisuudelle oli asetettu edellytyksiä, ja hallintotuomioistuimen tehtävänä oli ratkaista, oliko näitä edellytyksiä asiassa noudatettu. EIT totesi kansallisen tuomioistuimen käsitelleen kaikkia valittajan esittämiä väitteitä, eikä se ollut jättänyt vastaamatta niihin puuttuvan toimivallan vuoksi. Katsoessaan, että hallintotuomioistuimen tutkinta täytti

<sup>86</sup> *Obermeier v. Itävalta*, kohta 70, *Zumtobel v. Itävalta*, kohta 31 ja *Müller ym. v. Itävalta*, päätös 23.11.1999, kohta 1.

<sup>87</sup> *Zumtobel v. Itävalta*, kohdat 31–32. Ks. myös *Pellonpää* 2009 s. 235 ja *Harris – O’Boyle – Warbrick* 2009 s. 230.

6(1) artiklan vaatimukset, EIT viittasi sellaisten päätösten kunnioittamiseen, jotka hallintoviranomainen on tehnyt tarkoituksenmukaisuusperusteilla.<sup>88</sup>

*Bryan*-tapauksessa EIT katsoi, että kaavoitusta koskevissa asioissa 6(1) artikla ei välttämättä edellytä täyttää tutkintaa tosiasiakysymysten suhteen.<sup>89</sup> Ratkaisun perusteella lainsäädännön erityisaloilla asioissa, joissa ratkaisun tehneellä viranomaisella on ollut harkintavaltaa, tuomioistuimen rajoitetumpi toimivalta puuttua tosiasiakysymyksiin voidaan hyväksyä erityisesti silloin, kun tosiseikat on selvitetty oikeudenkäyntiä edeltävässä menettelyssä, joka on sisältänyt lainkäyttöllisiä piirteitä (quasi-judicial) ja tarjonnut 6(1) artiklan mukaisia oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin takeita.<sup>90</sup> *Bryan*-tapauksessa rakennusten purkamista koskevasta määräyksestä oli valitettu ympäristöministeriöön, joka oli määrännyt tarkastajan (inspector) tutkimaan asian ja ratkaisemaan valituksen.

EIT:n oikeuskäytännössä on siten hyväksytty tietyin edellytyksin rajoitetumpi tuomioistuinkontrolli asioissa, joissa viranomaiselle on jätetty harkintavaltaa asian ratkaisemisessa. Pellonpään toteamalla tavalla tämän voidaan katsoa osoittavan EIT:n ymmärtämystä hallintolainkäytön erityisiä tarpeita kohtaan. EIS 6(1) artiklan soveltamisalan laajeneminen koskemaan yhä enenevässä määrin erityyppisiä hallinto-oikeudellisia asioita on edellyttänyt hallintolainkäytön erityispiirteiden ja hallintoasioiden luonteen huomioon ottamista. Pellonpää on katsonut EIT:n käytännön osoittavan, ettei hallintoprosessissa automaattisesti tarvitse noudattaa samaa kontrollitiiviyyttä kuin yleisen prosessin ydinalueilla ja ettei EIS 6 artikla vaadi tuomioistuinta puuttumaan hallintoviranomaiselle väistämättä jäävään tiettyyn hallinnolle tyypilliseen harkintavaltaan.<sup>91</sup> EIT:n ratkaisukäytännössä käyttämän ilmaisun perinteinen hallinnollisen harkintavallan käyttö (the classic exercise of administrative discretion) voidaan katsoa viittaavan hallinnolle tyypilliseen erityisasiantuntemukseen tai kokemukseen pohjautuvaan harkintaan taikka policy-luonteiseen päätöksentekoon.<sup>92</sup>

<sup>88</sup> Vastaavasti mm. rakennuskaavaa ja -lupaa koskenut asia *Ortenberg v. Itävalta*, tuomio 25.11.1994, kohdat 33–34. Kaatopaikkatoiminnan harjoittamista koskevan luvan peruuttamista koskeneessa asiassa *Fischer v. Itävalta* EIT totesi hallintopäätöksen perustuvan objektiivisiin kriteereihin, jotka jättivät viranomaisille suhteellisen vähän harkintavaltaa, ks. kohta 34.

<sup>89</sup> *Bryan v. Yhdistynyt kuningaskunta*, kohdat 36–47. Ks. myös *Chapman v. Yhdistynyt kuningaskunta*, tuomio 18.1.2001, kohta 124, *Jane Smith v. Yhdistynyt kuningaskunta*, tuomio 18.1.2001, kohta 133 ja *Müller ym. v. Itävalta*, päätöksen kohta 1.

<sup>90</sup> *Bryan v. Yhdistynyt kuningaskunta*, kohta 47. Ks. *Pellonpää – Gullans – Pölönen – Tapanila* 2012 s. 533–534 ja *Harris – O’Boyle – Warbrick* 2009 s. 230–231.

<sup>91</sup> *Pellonpää* 2009 s. 235 ja *Pellonpää* 2008 s. 636.

<sup>92</sup> Ks. *Kingsley v. Yhdistynyt kuningaskunta*, tuomio 28.5.2002, kohta 32, *Sigma Radio Television Ltd v. Kypros*, kohta 161 sekä *Tsfayo v. Yhdistynyt kuningaskunta*, kohdat 43 ja 46. Ks. myös *Harris – O’Boyle – Warbrick* 2009 s. 230. Myös asiassa *Alatulkilla ym. v. Suomi* arvioidessaan, täyttikö purkuhakemuksen tutkinta 6(1) artiklan vaatimukset



EIT:n asiassa *Tsfayo* antama tuomio tarkensi *Bryan*-tapauksessa määritellyjä kriteerejä tuomioistuimen toimivallan ja tutkinnan riittävydestä. EIT korosti ratkaisussaan 6(1) artiklan edellyttävän tuomioistuimella olevan toimivalta riidan keskeisen kysymyksen ratkaisemiseen. EIT totesi kyseisessä tapauksessa ratkaistavana olleen kysymyksen siitä, onko asumistukea koskevan hakemuksen myöhässä tekeminen johtunut hyväksyttävästä syystä. Kysymys oli yksinkertaisen tosiseikan ratkaisemisesta, mikä ei vaatinut erityisasiantuntemusta. EIT:n mukaan *Tsfayo*-tapaus erosi tässä suhteessa *Bryan*-tapauksesta, jossa tarkastajan päätökseen tosin sisältyi jossain määrin tosiseikkojen selvittämistä, mutta valitus ei niinkään kohdistunut tosiseikkoihin, vaan tarkastajan policy-luonteiseen päätöksentekoon muun muassa luonnonsuojelun alueen kehityksen osalta. *Bryan*-tapauksen kysymysten ratkaiseminen oli edellyttänyt erityisasiantuntemusta ja -kokemusta sekä hallinnollista harkintaa laajempien policy-näkökohtien toteuttamiseksi. EIT katsoi *Tsfayo*-tapauksessa tuomioistuimen tutkinnan riittämättömäksi, koska tuomioistuin ei ollut voinut ottaa vastaan todistelua eikä korvata valittajan kertomuksen uskottavuutta koskevaa arviota omalla arvioinnillaan. Riidan keskeistä kysymystä ei ollut näin ollen mahdollista saattaa tuomioistuimen ratkaistavaksi.<sup>93</sup>

*Crompton*-tapauksessa puolestaan katsottiin, ettei 6(1) artiklan loukkausta ollut tapahtunut tuomioistuimen tutkittua ratkaistavana olleen jutun keskeisen kysymyksen. Riidan kohteena oli virasta irtisanotulle maksettavan korvauksen suuruuden määrittäminen. EIT katsoi asiaa käsitelleellä puolustusvoimien lautakunnalla olleen laaja harkintavalta korvauksen määrän päättämisessä, sillä laskentamenetelmästä ei ollut säännöksiä. Kun korvauksen suuruuden määrittäminen ei edellyttänyt puolustusvoimien lautakunnan erityisasiantuntemusta, ei ollut mitään pakottavaa syytä, miksi korvauksen määrän olisi tullut jäädä vain lautakunnan ratkaistavaksi, ja kysymys oli voitava saattaa tuomioistuimen tutkittavaksi. Vaikka tuomioistuin ei voinut korvata viranomaisen päätöstä omalla arvioinnillaan asianmukaisen korvauksen määrästä, se tutki sekä käytetyn laskentametodin että laskennassa käytettyjen lukujen oikeellisuuden, ja katsottuaan laskelman olevan osin virheellinen se edellytti lautakunnan tarkistavan laskelman. EIT katsoi tuomioistuimen toimivallan täyttävän 6(1) artiklan vaatimukset.<sup>94</sup>

---

tuomioistuimen tutkimisvallan osalta, EIT otti huomioon, että kysymys oli erityisaloista (kaavoitus ja ympäristönsuojelu), joihin liittyi harkintavallan käyttöä, ks. *Alatulkkila ym. v. Suomi*, tuomio 28.7.2005, kohta 52.

<sup>93</sup> *Tsfayo v. Yhdistynyt kuningaskunta*, kohdat 43–48.

<sup>94</sup> *Crompton v. Yhdistynyt kuningaskunta*, kohdat 74–80.

### 5.2.2.2 Muut asiaryhmät

Tapauksissa, joissa harkintavallan jättämistä viranomaiselle ei katsota oikeusturvavaatimusten mukaiseksi, tuomioistuinkontrollin rajoituksia ei voida pitää perusteltuina.<sup>95</sup> EIT:n ratkaisukäytännön mukaan tuomioistuimelta edellytetty tutkinnan laajuus vaihtelee asiaryhmittäin, ja tuomioistuinkontrollilta vaadittu intensiteetti on riippuvainen viranomaisen ratkaiseman asian luonteesta.<sup>96</sup> EIT:n käytäntö viittaa myös siihen, että rikosoikeudellisissa asioissa tuomioistuimen toimivallalle asetetaan tiukempia vaatimuksia kuin civil right -käsitteen piiriin luettavissa hallinto-oikeudellisissa asioissa.<sup>97</sup> Toisaalta jos asia ei luonteeltaan kuulu rikosoikeuden ydinalueeseen, EIS 6 artiklasta seuraavat vaatimukset eivät ole välttämättä yhtä tiukat kuin perinteisellä rikosoikeuden alalla. EIT on maininnut asiassa *Jussila v. Suomi* antamassaan tuomiossa tällaisina rikosoikeuden ydinalueen ulkopuolelle jäävinä asioina muun muassa kilpailuoikeusasiat.<sup>98</sup>

Asiassa *A. Menarini Diagnostics* EIT katsoi, että kilpailuviranomaisen yhtiölle määräämä sakko voitiin ankaruuteensa nähden rinnastaa rikosseuraamukseen ja siten EIS 6 artikla soveltui. EIT ei tuomiossaan nimenomaisesti lausunut, luokitellaanko kilpailurikkomuksesta määrättävää sakkoa koskeva asia rikosoikeuden ydinalueeseen vai sen ulkopuolelle kuuluvaksi asiaksi. EIT sinänsä totesi, että kyseessä olevan hallintomenettelyn laadulla saattaa olla vaikutusta siihen, miten EIS 6 artiklan rikoshaaran mukaisia takeita

<sup>95</sup> Ks. *Harris – O’Boyle – Warbrick* 2009 s. 229–230 ja 232. Ks. myös tuomari Martensin eriävä mielipide asiassa *Fischer v. Itävalta*, eriävän mielipiteen kohta 8.

<sup>96</sup> Lapsen tapaamisoikeutta koskevassa asiassa tuomioistuimen toimivaltaa ei pidetty riittävänä, koska tuomioistuin ei voinut tutkia jutun tosiseikkoja, vaan sen toimivalta oli rajoitettu arviointiin, onko viranomainen menetellyt lainvastaisesti, kohtuuttomasti tai epäoikeudenmukaisesti. Ks. mm. asia *B. v. Yhdistynyt kuningaskunta*, tuomio 8.7.1987, kohta 82. *Obermeier*-tapauksessa Itävallan hallintotuomioistuin oli käytännössä sidottu viranomaisen harkintavaltansa puitteissa tekemään päätökseen siitä, onko vammaisen henkilön työsuhteen päättäminen sosiaalisesta näkökulmasta perusteltavissa. Asiaa koskevaan lainsäädäntöön ei sisällynyt säännöksiä viranomaisen päätöksenteossa sovellettavista edellytyksistä. Hallintotuomioistuin oli katsonut sillä olevan vain toimivalta tutkia, oliko viranomainen käyttänyt harkintavaltansa lainsäädännön kohteen ja tarkoituksen mukaisesti. EIT ei katsonut näin rajoitetun tutkinnan täyttävän 6(1) artiklan vaatimusta tehokkaasta muutoksenhausta. Ks. *Obermeier v. Itävalta*, kohta 70.

<sup>97</sup> Ks. *Pellonpää – Gullans – Pölönen – Tapanila* 2012 s. 566 sekä *Mäenpää* 2007 s. 493–494. Rikosasiaa koskeneessa *Schmautzer*-tapauksessa itävaltalaista hallintotuomioistuinta ei pidetty 6 artiklan vaatimusten mukaisena lainkäyttöelimenä, koska sen toimivalta kumota (quash) päätös tosiasiakysymyksen osalta oli rajoitettu. Asia *Schmautzer v. Itävalta*, tuomio 23.10.1995, kohta 36. Vastaavasti myös asiat *Umlauf, Gradinger, Pramstaller, Palaoro ja Pfarmer v. Itävalta*. Saman hallintotuomioistuimen katsottiin kuitenkin täyttävän 6(1) artiklan vaatimukset sen käsitellessä edellä selostetussa *Zumtobel*-tapauksessa hallinto-oikeudellista civil right -asiaa saman prosessinormiston perusteella. Ks. *Pellonpää – Gullans – Pölönen – Tapanila* 2012 s. 566.

<sup>98</sup> Ks. *Jussila v. Suomi*, tuomio 23.11.2006, kohta 43.

sovelletaan. Toisaalta EIT edellytti, että sakon määräämistä koskeva asia on voitava saattaa sellaisen tuomioistuimen tutkittavaksi, jolla on toimivalta harkita kaikkia asiassa merkityksellisiä oikeus- ja tosiasiakysymyksiä sekä muuttaa hallintoviranomaisen päätöstä kaikilta osin. Tapauksessa tuomioistuinten toimivalta ei ollut rajoittunut lain noudattamisen valvontaan, vaan tuomioistuimet olivat voineet tutkia myös kilpailuviranomaisen toimivaltuuksien käytön asianmukaisuuden, harkita teknisluonteisia arviointeja sekä rikkomuksen ja seuraamuksen oikeasuhteisuutta ja myös puuttua seuraamukseen. EIS 6 artiklaa ei siten katsottu rikutun.<sup>99</sup>

EIT:ssä on myös vireillä kilpailuoikeudellista asiaa koskeva valitus, jossa vastaajana on Suomen valtio. Valitus on tehty asfalttikartellia koskevasta KHO:n ratkaisusta 2009:83. EIT:lle tehdyssä valituksessa on katsottu kilpailunrikkomismaksun määräämistä koskevan päätöksen loukkaavan EIS 6 artiklaa maksun määräämisen perusteeksi hyväksytyyn näytön arvioinnin vuoksi.<sup>100</sup>

### 5.2.2.3 Tuomioistuimen toimivallan laajuudelle asetettuja vaatimuksia

EIT:n ratkaisukäytännössä on korostettu tuomioistuimelta vaadittavaa itsenäisyyttä ja riippumattomuutta suhteessa hallintoviranomaiseen. EIT on päätöksissään edellyttänyt, että kansallisella tuomioistuimella on toimivalta tutkia oikeusriidan keskeinen kysymys.<sup>101</sup> Tuomioistuinkäsittelyä koskevaa oikeutta on loukattu silloin, kun kansallinen tuomioistuin ei ole tutkinut relevantteja kysymyksiä itsenäisesti, vaan on katsonut olevansa sidottu asian päättäneen viranomaisen kantaan, jolla on ollut ratkaiseva merkitys jutun lopputulokselle. Tuomioistuimen riippumattomuus toimeenpanovallasta ja oikeussuojan tehokkuus edellyttävät, että tuomioistuin voi itsenäisesti tutkia jutun tosiseikkoja sekä arvioida oikeudelliset kysymykset.<sup>102</sup> Tuomioistuimelta vaaditaan myös toimivaltaa

<sup>99</sup> *Asia A. Menarini Diagnostics S.R.L. v. Italia*, tuomio 27.9.2011.

<sup>100</sup> *SA-Capital Oy v. Suomi*, valitus nro 5556/10. EIT:n ratkaisua asiassa ei ollut vielä annettu tämän artikkelin mennessä painoon 14.6.2013.

<sup>101</sup> Ks. edellä selostetut asiat *Tsfayo v. Yhdistynyt kuningaskunta* ja *Crompton v. Yhdistynyt kuningaskunta*.

<sup>102</sup> Ks. mm. *Obermeier v. Itävalta*, kohdat 69–70 (vammaisen henkilön työsuhteen päättämisen hyväksyttävyyys), *Terra Woningen B.V. v. Alankomaat*, kohdat 52–54 (maaperän saastuneisuuden aiheuttama riski), *Beaumart v. Ranska*, tuomio 24.11.1994, kohdat 38–39 ja *Chevol v. Ranska*, kohdat 77–84 (ulkoministeriön lausunnon sitovuus), *I.D. v. Bulgaria*, kohdat 45–55 (työolojen ja sairauden välinen syy-yhteys) ja *Capital Bank AD v. Bulgaria*, tuomio 24.11.2005, kohdat 98–108 (pankin maksukyvyttömyys). Ks. myös hankintaa koskenut *Tinnelly & Sons Ltd ym.* -tapaus, jossa EIS 6(1) artiklaa katsottiin loukatun, kun valittajien ei ollut mahdollista saattaa tuomioistuimen tutkittavaksi tarjouksensa hylkäämistä, joka oli perustunut hallintoviranomaisen harkintavaltansa puitteissa suorittamaan kansallista turvallisuutta koskevien seikkojen arviointiin. Ks. *Tinnelly & Sons Ltd ym. v. Yhdistynyt kuningaskunta*, tuomio 10.7.1998, kohta 74.

arvioida määrätyn toimenpiteen tai seuraamuksen ja sen perusteena olevien seikkojen tai rikkeen välistä suhteellisuutta, jotta 6 artiklan vaatimukset täyttyisivät.<sup>103</sup> Lisäksi 6 artiklan katsotaan edellyttävän, että tuomioistuimella ei ole pelkästään toimivaltaa tutkia esitettyä valitusperustetta, vaan valitusperusteen hyväksyessään myös toimivalta kumota valituksenalainen päätös ja joko päättää asiasta itse tai palauttaa asia uuden päätöksen tekemistä varten.<sup>104</sup>

### 5.2.3 Menettely viranomaisessa

Arvioidessaan asiaa käsitelleen tuomioistuimen toimivallan ja tutkinnan alan riittävyttä EIT on ratkaisuisaan ottanut huomioon viranomaisen päätöstä tehdessään noudattaman menettelyn. Jotta tuomioistuimen rajoitetumpaa tutkintaa tosiseikkojen suhteen hallinnollista harkintavaltaa sisältävissä asioissa voitaisiin pitää hyväksyttävänä, edellytyksenä on, että viranomaisen päätöksentekomenettely täyttää riittävässä määrin EIS 6(1) artiklan vaatimukset. Jos viranomaisen menettely on sisältänyt lainkäytöllisiä piirteitä ja siinä on noudatettu oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin takeita, tuomioistuimen rajoitetumpi toimivalta asian tutkimisessa on voitu katsoa riittäväksi.<sup>105</sup> *Bryan*-tapauksessa EIT katsoi, että noudatettu menettely tarkastajan käsitellessä asiaa oli sinänsä ollut oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimusten mukaista, mutta tarkastaja ei täyttänyt tuomioistuimelta edellytettyä riippumattomuutta. Vaikka tarkastajan päätöstä ei voitu rinnastaa tuomioistuimen päätökseen, noudatettu menettely

---

<sup>103</sup> *Družstevní záložna Pria ym. v. Tšekki* -tapauksessa valvova virasto oli asettanut luottolaitoksen selvitystilaan (in receivership) alaa koskevien säännösten rikkomisen vuoksi. Kansallinen tuomioistuin oli todennut viraston määränneen ankarimman käytettävissä olevista toimenpiteistä, mutta ei ollut lausunut määrätyn toimenpiteen suhteellisuudesta, vaan oli katsonut, että toimenpiteen valinta jää viranomaisen harkintaan ja ettei viranomaisen ollut ylittänyt harkintavaltaansa. Kun kansallinen tuomioistuin ei ollut arvioinut määrätyn toimenpiteen edellytysten täyttymistä eikä päätöksen lainmukaisuutta, sen suorittama tutkinnan laajuus ei täyttänyt 6(1) artiklan vaatimuksia. Ks. *Družstevní záložna Pria ym. v. Tšekki*, kohdat 111–115. Ks. myös *Albert ja Le Compte v. Belgia*, kohta 36 ja *Diennent v. Ranska*, tuomio 26.9.1995, kohta 34 sekä *Pellonpää – Gullans – Pölönen – Tapanila* 2012 s. 533.

<sup>104</sup> Tuomioistuimen päätösvallan laajuus nousi esille *Kingsley*-tapauksessa, jossa rahapeliviraston jäsenten muodostama lautakunta oli käsitellyt pelikasinon johtotehtäviin annetun hyväksynnän peruuttamista. Kansalliset tuomioistuimet olivat ratkaisuisaan katsonneet, että vaikka lautakunta olisikin ollut puolueellinen, sen päätös oli tullut pysyttää välttämättömyysopin (the doctrine of necessity) perusteella, koska päätös oli tullut tehdä virastossa eikä sen tekemistä ollut voitu delegoida riippumattomalle tuomioistuimelle. EIT lausui, että yleensä tuomioistuimessa tapahtuvan tutkinnan käsitteeseen kuuluu, että hyväksyessään valitusperusteen tuomioistuimella on valta kumota riidanalainen päätös ja joko päättää asiasta itse tai palauttaa asia uuden päätöksen tekemistä varten samalle tai toiselle elimelle. Ks. *Kingsley v. Yhdistynyt kuningaskunta*, kohta 32.

<sup>105</sup> *Harris – O’Boyle – Warbrick* 2009 s. 230.

päätöstä tehtäessä muodosti kuitenkin yhden huomioon otetuista seikoista, joiden nojalla 6(1) artiklan vaatimusten katsottiin täyttyvän tuomioistuimen rajoitetusta toimivallasta huolimatta.<sup>106</sup> EIT:n ratkaisuihin viraston tai sen virkamiesten muodostaman lautakuntatyypin elimen päätöksentekomennettelyä on luonnehdittu ”kvasilainkäyttölliseksi” (quasi-judicial) tai sen on todettu sisältävän prosessuaalisia takeita, kuten suullisen käsittelyn.<sup>107</sup>

#### 5.2.4 Riidan sisältö ja valitusperusteet

Ratkaisukäytännössään EIT on arvioinut tuomioistuimen tutkimisvallan riittävyttä suhteessa kyseisessä asiassa esitettyihin vaatimuksiin ja väitteisiin. Tämä kriteeri on erillinen muihin edellä käsiteltyihin kriteereihin nähden.<sup>108</sup> Jos tuomioistuin on rajoitetusta toimivallastaan huolimatta tutkinut asiassa esitetyt valitusperusteet ja -perustelut, sen suorittama tutkinta on katsottu riittäväksi ja oikeudenkäynti 6(1) artiklan mukaiseksi. EIT on tällöin päätöksensä perusteluna viitannut siihen, että kansallinen tuomioistuin on tutkinut esitetyt asiaperusteet (submissions on their merits) tai valituksen tueksi esitetyt perusteet kohta kohdalta ilman, että se olisi katsonut siltä puuttuvan toimivallan vastata niihin tai varmistua tosiseikoista.<sup>109</sup>

Vaikka kansallinen oikeussuojakeino on mahdollistanut vain lain soveltamisen arvioinnin, kyse ei ole kuitenkaan ollut tuomioistuinkäsittelyä koskevan oikeuden loukkauksesta, jos tuomioistuin on tosiasiallisesti tutkinut esitetyt väitteet. *Zumbotel*-tapauksessa EIT:lle tehdyssä valituksessa valittajat viittasivat siihen, että Itävallan hallintotuomioistuimen tutkimisvalta rajoittui päätöksen lainmukaisuuden arvioimiseen. Tuomioistuin oli sidottu viranomaisten esittämään tosiasiaselvitykseen tiettyjä tilanteita lukuun ottamatta eikä niissäkään tapauksissa voinut päätöksessään oikaista tai täydentää tosiseikkoja tai tehdä päätöstä viranomaisen sijasta, vaan sen täytyi palauttaa asia viranomaiselle. EIT katsoi tuomioistuimen tutkineen kaikki valittajan väitteet eikä 6(1) artiklan loukkausta katsottu tapahtuneen.<sup>110</sup> *Potocka*-tapauksessa EIT totesi Puolan korkeimman hallinto-oikeuden toimivallan rajoittuvan periaatteessa valituksenalaisen päätöksen lailli-

<sup>106</sup> *Bryan v. Yhdistynyt kuningaskunta*, kohdat 36–38 ja 46. EIT viittasi muun ohella siihen, että tarkastajan edellytettiin toimivan itsenäisesti ja vapaana painostuksesta sekä noudattavan avoimuuden, oikeudenmukaisuuden ja puolueettomuuden periaatteita. Tuomioistuin saattoi tutkia, oliko tarkastajan toiminta täyttänyt nämä edellytykset.

<sup>107</sup> *Bryan v. Yhdistynyt kuningaskunta*, kohta 46, *Kingsley v. Yhdistynyt kuningaskunta*, kohta 32, *Müller ym. v. Itävalta*, kohta 1 ja *Sigma Radio Television Ltd v. Kypros*, kohta 162.

<sup>108</sup> *Harris – O’Boyle – Warbrick* 2009 s. 231.

<sup>109</sup> Ks. mm. *Sigma Radio Television Ltd v. Kypros*, kohta 156 ja siinä viitattut tapaukset.

<sup>110</sup> *Zumbotel v. Itävalta*, kohta 32. Ks. myös mm. *Fischer v. Itävalta*, kohta 34 ja *Bryan v. Yhdistynyt kuningaskunta*, kohta 47.

suuden arvioimiseen, mutta katsoi tuomioistuimen perustelujen osoittavan sen tutkineen myös asiaan liittyvän tarkoituksenmukaisuuskysymyksen (expediency aspect) ja vastanneen kohta kohdalta valittajien väitteisiin.<sup>111</sup>

Vastaavasti *Alatulkila*-tapauksessa EIT katsoi Suomen korkeimmalle hallinto-oikeudelle tehtyjen purkuhakemusten riittävän poikkeuksellisesti antamaan valittajille tehokkaan pääsyn tuomioistuimeen vaatimustensa tutkimiseksi. EIT:n arvioinnissa korostettiin, että korkeimman hallinto-oikeuden päätös oli perusteltu kaikkien esitettyjen purkuperusteiden osalta, eikä valittajien väitteistä ollut jätetty lausumatta miltään osin toimivallan puuttumisen vuoksi.<sup>112</sup>

## 6 EU-OIKEUDEN VAATIMUKSET

### 6.1 Tehokkaan oikeussuojan periaate

Ihmisoikeussopimuksen 6(1) artiklaa koskevassa EIT:n ratkaisukäytännössä tuomioistuimen toimivallan riittävyyttä arvioitaessa merkityksellistä on yksityisen oikeussubjektin mahdollisuus saattaa asiansa tuomioistuimen tutkittavaksi ja ratkaistavaksi. Lähtökohtana tuomioistuimen tutkimisvaltaa määritettäessä on siten yksityisen oikeussubjektin oikeuksien turvaaminen. EU-oikeudessa oikeusturvan perusoikeusluonteen ohella merkityksellistä on myös unionin oikeuden tehokkuutta koskeva tavoite. Kansallisen tuomioistuimen toimivallan on mahdollistettava EU-oikeuden määräysten ja periaatteiden noudattamisen valvonta ja tätä kautta yksityiselle oikeussubjektille unionin oikeudesta seuraavien oikeuksien toteutuminen.

EU:n perusoikeuskirjan 47 artiklassa on vahvistettu perusoikeutena oikeus tehokkaisuuteen oikeussuojakeinoihin. Kyseinen säännös velvoittaa jäsenvaltioiden viranomaisia ja tuomioistuinta niiden soveltaessa unionin oikeutta ja koskee siten asioita, jotka kuuluvat EU-oikeuden soveltamisalaan. 47 artiklan 1 kohdan mukaan jokaisella, jonka unionin oikeudessa taattuja oikeuksia ja vapauksia on loukattu, on oltava artiklassa määrättyjen edellytysten mukaisesti käytettävissään tehokkaat oikeussuojakeinot tuomioistuimessa. Artiklan 2 kohdassa on taattu jokaiselle oikeus kohtuullisen ajan kuluessa oikeudenmukaiseen ja julkiseen oikeudenkäyntiin riippumattomassa ja

<sup>111</sup> *Potocka ym. v. Puola*, tuomio 4.10.2001, kohdat 55–59. Ks. myös *Sigma Radio Television Ltd v. Kypros*, kohdat 159–166.

<sup>112</sup> *Alatulkila ym. v. Suomi*, kohta 52. Tapauksessa korkeimmalta hallinto-oikeudelta haettiin purkua suomalais-ruotsalaisen rajajokikomission kalastusrajoituksia sisältäneeseen päätökseen. Purkuhakemuksen tutkinta ei kuitenkaan yleensä täytä 6(1) artiklan vaatimuksia, ks. *Sporrong ja Lönnroth v. Ruotsi*, kohta 86.

puolueettomassa tuomioistuimessa, joka on etukäteen laillisesti perustettu. 47 artiklan selityksissä on todettu artiklan 1 kohdan perustuvan EIS 13 artiklaan ja 2 kohdan EIS 6(1) artiklaan. Perusoikeuskirjan 47 artikla on kuitenkin soveltamisalaltaan laajempi kuin EIS 6(1) artikla.<sup>113</sup> Perusoikeuskirjan 47 artiklan mukainen oikeus tehokkaiisiin oikeussuojakeinoihin koskee kaikkia unionin oikeudessa taattuja oikeuksia, eikä pelkästään EIS 6(1) artiklassa tarkoitettua civil right -käsitteen alle kuuluvia oikeuksia.

Tulkinnallinen yhteys yhtäältä perusoikeuskirjan ja toisaalta ihmisoikeussopimuksen ja sitä koskevan EIT:n ratkaisukäytännön välillä on vahvistettu perusoikeuskirjan 52(3) artiklassa, jonka mukaan EIS muodostaa vähimmäistason perusoikeuksien suojalle EU-oikeudessa.<sup>114</sup> Sinänsä EUT on jo varsin vakiintuneesti omissa ratkaisuisaan ottanut huomioon EIT:n ratkaisukäytännön.<sup>115</sup> Pellonpää on todennut EIT:n ja EUT:n välillä olevan tulkinnallista vuorovaikutusta molempiin suuntiin, sillä myös EIT on osoittanut valmiutensa hakea tulkinnallista johtoa EUT:n oikeuskäytännöstä.<sup>116</sup>

## 6.2 Tehokas tuomioistuinvalvonta

EU-oikeuden tehokasta oikeussuojaa koskeva periaate sekä tehokkuus- ja vastaavuusperiaatteet määrittävät kansalliselta tuomioistuimelta vaaditun tutkimisvallan laajuutta niissä hankinta-asioissa, joissa EU-oikeus tulee sovellettavaksi. Tehokkaan oikeussuojan periaate edellyttää paitsi tuomioistuimeen pääsyä myös tehokasta tuomioistuinvalvontaa ja siten toimivaltaa tutkia ja ratkaista EU-oikeuden soveltamista koskeva kysymys. EUT:n *Johnston*-tapauksessa lausuman mukaan jäsenvaltioiden on taattava, että tuomioistuimet valvovat tehokkaasti unionin oikeuden sovellettavien säännösten ja määräysten sekä direktiivissä säädettyjen oikeuksien täytäntöönpanemiseksi annetun kansallisen lainsäädännön noudattamista.<sup>117</sup> Tuomioistuinvalvonnan tehokkuutta koskeva vaatimus on EUT:n oikeuskäytännössä

<sup>113</sup> Euroopan unionin perusoikeuskirjan selitykset EUVL 2007/C 303 s. 29–30. Euroopan unionista tehdyn sopimuksen 6 artiklan 1 kohdan kolmannen alakohdan ja perusoikeuskirjan 52 artiklan 7 kohdan mukaan perusoikeuskirjan selitykset on otettava huomioon perusoikeuskirjan tulkinna.

<sup>114</sup> *Siitari-Vanne* on todennut perusoikeuskirjan avanneen soveltamisyhteyden ihmisoikeussopimuksessa ja perusoikeuskirjassa turvattujen oikeuksien välisestä suhteesta, ja unionin liittymisen ihmisoikeussopimukseen avaavan puolestaan soveltamiselle myöhemmin ulkoisen yhteyden. Ks. *Siitari-Vanne* 2012 s. 203.

<sup>115</sup> Ks. *Ojanen*, DL 2011 s. 453–454. Ks. myös mm. *Weiß*, E.C.L.R. 2011 s. 188 ss. *Weißin* mukaan EUT:n oikeuskäytännön syvällisempi tarkastelu osoittaa, ettei EUT ennen EIS:n inkorporointia ole katsonut ainakaan kaikilta osin olevansa velvollinen seuraamaan EIT:n oikeuskäytäntöä.

<sup>116</sup> *Pellonpää – Gullans – Pölönen – Tapanila* 2012 s. 125 ss.

<sup>117</sup> *Asia C-222/84, Johnston*, tuomio 15.5.1986, kohta 19.

liitetty ennen kaikkea EU-oikeuden soveltamisen takaamiseen. EUT korosti asiassa *Upjohn* antamassaan tuomiossa, että kansallisten viranomaisten tekemien päätösten kansallisessa tuomioistuINVALVONTAJÄRJESTELMÄSSÄ on oltava mahdollista, että päätöksestä nostettua kumoamiskannetta käsittelevä tuomioistuin voi päätöksen laillisuusvalvonnan yhteydessä tosiasiasa soveltaa asiassa merkityksellisiä unionin oikeuden periaatteita ja sääntöjä.<sup>118</sup>

EUT:n oikeuskäytännössä kysymys viranomaisen harkintavallan jäämisestä ainakin joltakin osin tuomioistuinkontrollin ulkopuolelle on ollut esillä vastaavaan tapaan kuin EIT:n ratkaisukäytännössä. Määritellesään kansallisilta tuomioistuimilta edellytettävää toimivaltaa EUT on viitannut Euroopan unionin tuomioistuimen suorittaman valvonnan laajuuteen sen tutkiessa EU:n viranomaisten päätöksiä. Komission ja muiden EU:n viranomaisten päätösten lainmukaisuus voidaan saattaa Euroopan unionin tuomioistuimen tutkittavaksi SEUT-sopimuksen 263 artiklassa määrätyllä kanteella. Tuomioistuimen toimivalta sen käsitellessä 263 artiklassa tarkoitettua kannetta rajoittuu päätöksen laillisuuden tutkimiseen.<sup>119</sup>

EUT:n *Upjohn*-tapauksessa lausuman mukaan EU-oikeudessa ei vaadita, että jäsenvaltiot ottaisivat käyttöön sellaisen järjestelmän, jossa valvonta olisi Euroopan unionin tuomioistuimen samankaltaisissa tapauksissa suorittamaa valvontaa laajempi. EUT:n mukaan silloin, kun EU:n viranomainen suorittaa tehtävänsä yhteydessä monimutkaisia kysymyksiä koskevia arviointeja, sillä on laaja harkintavalta, jonka käyttöä valvotaan rajoitetussa tuomioistuINVALVONNASSA. Unionin tuomioistuimet eivät tällöin saa korvata viranomaisen tosiseikkojen osalta tekemää arviointia omalla arvioinnillaan. Tuomioistuimen on tällaisessa tapauksessa rajoituttava tutkimaan tosiseikkojen paikkansa pitävyyttä ja viranomaisen niistä tekemää oikeudellista arviointia ja erityisesti sitä, että toimivaltaa ei ole käytetty ilmeisen virheellisellä tavalla, että harkintavaltaa ei ole käytetty väärin tai että kyseinen toimielin ei ole selvästi ylittänyt harkintavaltansa rajoja. *Upjohn*-tapauksessa kysymys tuomioistuINVALVONNAN LAJUUDESTA koski päätöstä lääkkeiden markkinoille saattamista koskevien lupien peruuttamisesta. EUT:n ennakkoratkaisupyyntöön antaman vastauksen mukaan EU-oikeudessa ei aseteta jäsenvaltioille velvollisuutta ottaa käyttöön tuomioistuINVALVONTAMENETTELYÄ, jossa kansalliset tuomioistuimet saavat korvata omalla arvioinnillaan kansallisten viranomaisten lupien peruuttamisen osalta tekemän arvioinnin tosiseikoista ja erityisesti kumoamispäätöksen perusteena olevasta tieteellisestä näytöstä.<sup>120</sup>

<sup>118</sup> Asia C-120/97, *Upjohn*, tuomio 21.1.1999, kohta 36.

<sup>119</sup> Ks. unionin tuomioistuinten tuomioistuinkontrollin laajuudesta mm. *Kanninen*, DL 2012 s. 458 ss. sekä *Craig* 2012 s. 405 ss.

<sup>120</sup> Asia C-120/97, *Upjohn*, kohdat 33–37. Vastaavasti yhdistetyt asiat C-211/03, C-299/03 ja C-316/03–C-318/03, *HLH Warenvertriebs ja Orthica*, tuomio 9.6.2005, kohdat 74–79



EUT:n ratkaisukäytännön mukaan monitahoista arviointia edellyttävissä asioissa Euroopan unionin tuomioistuimen harjoittama tuomioistuinkontrolli kohdistuu ainoastaan seuraaviin seikkoihin: menettelyä ja perusteluvolvollisuutta koskevien sääntöjen noudattaminen, ratkaisun perustana olevat tosiseikat pitävät asiallisesti paikkansa, asiassa ei ole tehty oikeudellista virhettä, tosiseikkoja ei ole arvioitu ilmeisen virheellisesti eikä harkintavaltaa ole käytetty väärin.<sup>121</sup> Vaikka komissiolla on harkintavaltaa taloudellisissa asioissa aloilla, joilla on tehtävä monitahoisia taloudellisia arviointeja, tämä ei EUT:n mukaan kuitenkaan tarkoita, että unionin yleisen tuomioistuimen olisi laillisuusvalvonnassaan pidättäydyttävä valvomasta sitä, miten komissio on tulkinut taloudellisia seikkoja. Unionin yleisen tuomioistuimen on paitsi tutkittava erityisesti esitettyjen todisteiden aineellinen paikkansapitävyys, luotettavuus ja johdonmukaisuus myös tarkistettava, sisältävätkö esitetyt todisteet kaikki ne merkitykselliset seikat, jotka on otettava huomioon monitahoisen tilanteen arvioinnissa, ja voivatko kyseiset todisteet tukea päätelmiä, jotka niistä on tehty.<sup>122</sup>

Tuomioistuinkontrollin laajuuden kannalta merkityksellistä on sen määrittäminen, milloin kyseessä on monitahoista arviointia edellyttävä asia. Kannisen mukaan tällaisen asian voidaan ymmärtää sisältävän vaikean, erityisosaamista koskevan kysymyksen, ja se voi liittyä taloudelliseen, tekniseen, tilastolliseen tai tieteelliseen arviointiin. Monitahoisesta arvioinnista on yleensä kyse päätöksessä, jossa komissio on käyttänyt talouspoliittista harkintaa.<sup>123</sup> Myös hankinta-asia voi joissakin tilanteissa olla luonteeltaan EUT:n oikeuskäytännössä tarkoitettu monitahoisia arviointeja edellyttävä ja siten laajaa harkintavaltaa sisältävä asia.<sup>124</sup> Kanninen on kilpailuasioden osalta lausunut, että sikäli kuin komissio on voinut käyttää harkintavaltaa laillisuuden rajoissa, SEUT-sopimuksen 263 artikla ei mahdollista tämän harkintavallan sisällä tapahtuvan toimivallan tutkintaa. Hänen mukaansa laillisuuden rajoissa käytettävissä oleva harkintavalta voidaan nähdä samana asiana kuin tarkoituksenmukaisuusharkinta.<sup>125</sup> Kanninen on todennut

---

(lääkkeiden ja elintarvikkeiden välistä eroa koskeva asia). EUT viittasi *Upjohn*-tapauksessa antamassaan tuomiossa myös siihen, että uuden hakemuksen tekeminen tilanteessa, jossa luvan peruuttamispäätöksen jälkeen ilmenee uusia seikkoja, mahdollistaa direktiiviin perustuvien oikeuksien toteutumisen, ks. tuomion kohdat 38–42. Ks. myös asia C-63/01, *Evans*, tuomio 4.12.2003 ja asia C-380/01, *Schneider*, tuomio 5.2.2004.

<sup>121</sup> Yhdistetyt asiat C-75/05 P ja C-80/05 P, *Kronofrance*, tuomio 11.9.2008, kohta 59. Ks. myös mm. asia C-425/08, *Enviro Tech*, tuomio 15.10.2009, kohta 47.

<sup>122</sup> Ks. mm. asia C-12/03 P, *Tetra Laval*, tuomio 15.2.2005, kohta 39, asia C-525/04 P, *Lenzing*, tuomio 22.11.2007, kohdat 56–57 ja asia C-389/10 P, *KME Germany*, tuomio 8.12.2011, kohta 121.

<sup>123</sup> *Kanninen*, DL 2012 s. 464.

<sup>124</sup> Ks. julkisasiamies *Tizzanon* ratkaisuehdotus 28.6.2001 edellä selostetussa hankintamenettelyn keskeyttämisestä koskevassa asiassa C-92/00, *HI*, kohta 37.

<sup>125</sup> *Kanninen*, DL 2012 s. 459.

kyseiseen oikeuskeinoon liittyvän lisäksi sen rajoituksen, ettei tuomioistuin voi suoraan muuttaa lainvastaiseksi katsomaansa päätöstä.<sup>126</sup>

EUT:n oikeuskäytännön perusteella kansallisen tuomioistuimen toimivalta voisi siten olla rajoitettu ratkaistaessa valituksia päätöksistä, jotka ovat seurausta monitahoisista arvioinneista asioissa, joissa viranomaisella on erityinen asiantuntemus. *Wardin* mukaan kansallisilta tuomioistuimilta vaadittavan tuomioistuinkontrollin intensiteettiin vaikuttaa jäsenvaltioille jätetty harkintavalta kyseisen EU-toimenpiteen (EU measure) täytäntöönpanossa: mitä suurempi harkintavalta, sitä löysempi tuomioistuinkontrolli ja päinvastoin.<sup>127</sup> Tuomioistuimen toimivallan on kuitenkin tällaisissakin asioissa mahdollistettava unionin tuomioistuinten samankaltaisissa tapauksissa suorittamaa valvontaa vastaava tutkinta.<sup>128</sup> Rajoitettu tuomioistuINVALVONTA tässä yhteydessä merkitsee erityisesti sitä, ettei tuomioistuin voi korvata omalla arvioinnillaan viranomaisen tosiseikoista tekemää arviointia.<sup>129</sup> Siten ei välttämättä edellytetä, että tuomioistuin voi muuttaa muutoksenhaun kohteena oleva päätöstä tai korvata sen omalla päätöksellään. Tutkimisvallan on kuitenkin kohdistuttava myös asiassa esitettyyn selvitykseen, ja tuomioistuimen on voitava tutkia, että tosiseikat pitävät asiallisesti paikkansa ja ettei niitä ole arvioitu ilmeisen virheellisesti eikä harkintavaltaa ole käytetty väärin.<sup>130</sup> Näin ollen on erotettava yhtäältä viranomaisen suorittama arviointi, jota tuomioistuin ei voi korvata omalla arvioinnillaan, ja toisaalta viranomaisen arvioinnin perusteena käytetty selvitys, jonka osalta on tutkittava muun muassa todisteiden paikkansa pitävyys ja niistä tehtyjen päätelmien oikeellisuus.<sup>131</sup>

Tulkinnanvaraista on, missä määrin EUT:n *Upjohn*-tapauksen kannanotot ovat yleistettävissä, koska tapauksessa nimenomaisesti todettiin kyse olevan monitahoisesta päätöksentekotilanteesta. *Eribrand*-tapauksessa esillä oli yksinkertaisempi kysymys eli lisäajan myöntäminen viejälle vientitoimen toteuttamista koskevien asiakirjojen esittämiseksi. EUT katsoi kansallisille viranomaisille jätetyn harkintavaltaa lisäajan myöntämisen ja sen pituuden osalta, mutta totesi, että viranomaiset ovat myöntämänsä määräajan vahvistaessaan velvollisia ottamaan huomioon kunkin tapauksen erityisolosuhteet. EUT lausui päätöksessään, että kysymys siitä, onko kansallisen tuomiois-

<sup>126</sup> *Kanninen*, DL 2012 s. 460.

<sup>127</sup> *Ward* 2007 s. 175 ja 177.

<sup>128</sup> *Dougan* on maininnut *Upjohn*-tapauksen esimerkkinä, jossa EUT on määrittäessään kansallisia oikeussuojakeinoja koskevia vaatimuksia käyttänyt perustana unionin tuomioistuinten antaman oikeussuojan tasoa. Kyse on luonteeltaan satunnaisesta cross-fertilisation -ilmiöstä keskitetyn ja hajautetun oikeussuojajärjestelmän välillä. Ks. *Dougan* 2004 s. 298 ss.

<sup>129</sup> Ks. myös asia T-201/04 *Microsoft Corp. v. komissio*, tuomio 17.9.2007, kohta 88.

<sup>130</sup> *Mäenpää* 2011 s. 441–442.

<sup>131</sup> Ks. myös *Kanninen*, DL 2012 s. 464.

tuimen rajoitettava valvomaan toimivaltaisten kansallisten viranomaisten tekemää päätöstä vai voiko se sitä vastoin itse vahvistaa lisääjän pituuden, on ratkaistava kansallisen oikeuden sääntöjen mukaisesti. Viranomaisen päätöksen tehokas valvonta on kuitenkin kaikissa tapauksissa taattava.<sup>132</sup> Kyseisessä tapauksessa kansallisen tuomioistuimen ratkaistavaksi siten jäi, millaista toimivaltaa unionin oikeuden tehokas valvonta edellyttää.<sup>133</sup> Keskeinen vaatimus kuitenkin on, että valitusta käsittelevä tuomioistuin voi päätöksen laillisuusvalvonnan yhteydessä tosiasiallisesti soveltaa asiassa merkityksellisiä unionin oikeuden periaatteita ja määräyksiä.<sup>134</sup>

EU-oikeuden edellyttämää kansallisen tuomioistuinkontrollin intensiteettiä on vaikea määritellä yleisellä tasolla. Vaadittavan tuomioistuinvalvonnan laajuuden voidaan katsoa riippuvan ratkaistavan asian luonteesta ja kunkin tapauksen piirteistä.<sup>135</sup> Perusoikeuskirjan säännös EIS:stä perusoikeuksien suojan vähimmäistasona edellyttää, että tuomioistuimen toimivalta EU-oikeuden soveltamisalalla täyttää EIT:n ratkaisukäytännön mukaiset tutkimis- ja päätösvaltaa koskevat vaatimukset.<sup>136</sup> Tämä ei juurikaan vähennä kysymyksen epäselvyyttä, koska myöskään EIS 6(1) artiklan asettamien toimivaltaa koskevien vaatimusten sisältö ei ole yksiselitteinen. Perusoikeuskirjan oikeudellisesti sitovaksi tulon myötä näyttäisi toimivaltakysymyksiä koskevissa EUT:n ratkaisuihin enemmän sijaa kuitenkin saaneen tuomioistuinvalvonnan oikeusturvaelementti. EUT on todennut, että perusoikeuskirjan 47 artiklalla taataan unionin oikeudessa EIS 6(1) artiklassa vahvistettu suoja. EUT:n lausuman mukaan perusoikeuskirjan 47 artiklaan sisältyvään tehokkaan oikeussuojan periaatteeseen kuuluu oikeus tuomioistuin käsittelyyn, joka edellyttää, että tuomioistuimella on toimivalta tutkia kaikki sen käsiteltäväksi saatetun oikeusriidan kannalta merkitykselliset tosiseikka- ja oikeuskysymykset, jotta se voi ratkaista unionin oikeuteen perustuvia oikeuksia ja velvoitteita koskevat oikeudenkäyntiasiat perusoikeuskirjan 47 artiklan mukaisesti.<sup>137</sup>

<sup>132</sup> Asia C-467/01, *Eribrand*, tuomio 19.6.2003, kohdat 59–63.

<sup>133</sup> Ks. *Engström* 2009 s. 181–182.

<sup>134</sup> Tähän vaatimukseen viitaten julkiasiamies totesi viestintämarkkinasääntelyä koskevassa *Arcor*-tapauksessa, ettei tuomioistuinvalvonnan intensiteetin rajoittaminen kansallisessa prosessioikeudessa voi missään tapauksessa johtaa sääntelyviranomaisten tekemien päätösten jäämiseen tehokkaan tuomioistuinvalvonnan ulkopuolelle. Asia C-55/06, *Arcor*, julkisasiamies *Maduron* ratkaisuehdotus 18.7.2007, kohta 99.

<sup>135</sup> Ks. *Tridimas* 2006 s. 447–448. Ks. myös *Dougan* 2004 s. 8–9 ja *Södergren* 2009 s. 225–226.

<sup>136</sup> Ks. myös *Tridimas* 2006 s. 448.

<sup>137</sup> Asia C-199/11, *Otis*, tuomio 6.11.2012, kohdat 47–49. Asiassa arvioitava kysymys oli, toteutuuko perusoikeuskirjan 47 artiklan mukainen oikeus tuomioistuin käsittelyyn, kun kansallinen tuomioistuin vahingonkorvausvaatimusta käsitellessään on sidottu komission päätökseen kilpailusääntöjen rikkomisesta. Se, etteivät kansalliset tuomioistuimet voi tehdä komission päätöksen kanssa ristiriitaisia päätöksiä, on EUT:n mukaan erityinen ilmaus

Erityisesti kilpailuasioita koskevassa EUT:n viimeaikaisessa ratkaisukäytännössä on käsitelty unionin yleisen tuomioistuimen tuomioistuinten kontrollin riittävyttä valittajien vedottua EIS 6 artiklaan ja perusoikeuskirjan 47 artiklaan. Valittajat ovat muun muassa katsoneet, että unionin yleinen tuomioistuin on tukeutunut liiallisesti komission harkintavaltaan ja valittajien perusoikeutta saada asiansa käsitellyksi tuomioistuimessa täysimääräisesti ja tehokkaasti on loukattu.<sup>138</sup> Julkisasiamiehet ovat ratkaisuehdotuksissaan tarkastelleet EIT:n oikeuskäytäntöä käsitellessään unionin tuomioistuinten toimivaltaa koskevaa kysymystä.<sup>139</sup>

Kilpailusakkoja koskevan oikeuskäytännön kannanotoilla on kuitenkin vain rajoitetulta osin merkitystä muissa hallinto-oikeudellisiksi luonnehdittavissa asioissa. Sakkoja koskevissa asioissa SEUT-sopimuksen 263 artiklan mukaista laillisuusvalvontaa täydentää täysi harkintavalta, joka perustuu SEUT-sopimuksen 261 artiklaan ja asetuksen 1/2003 31 artiklaan.<sup>140</sup> Täyden harkintavallan nojalla unionin yleinen tuomioistuin voi paitsi tutkia seuraamuksen laillisuuden myös korvata komission arvioinnin omallaan ja siten poistaa määrätyn sakon tai alentaa tai korottaa sen määrää.<sup>141</sup> Kartellin johdosta määrättyjä sakkoja koskevassa *KME Germany* -tapauksessa EUT toisti edellä todetun lausumansa laillisuusvalvonnasta asioissa, joissa komissiolla on harkintavaltaa taloudellisissa kysymyksissä ja joissa kyse on monitahoisia taloudellisia arviointeja edellyttävistä aloista. EUT totesi, ettei laillisuusvalvonta, jota täydentää sakon määrää koskeva täysi harkintavalta, ole ristiriidassa perusoikeuskirjan 47 artiklassa vahvistetun tehokkaan oikeussuojan periaatteen kanssa. EUT katsoi perussopimuksissa määrätyn valvonnan merkitsevän, että unionin yleinen tuomioistuin harjoittaa sekä oikeudellisiin seikkoihin että tosiseikkoihin kohdistuvaa valvontaa ja että sillä on toimivalta arvioida todisteita, ku-

---

yhtäältä kansallisten tuomioistuinten ja toisaalta komission ja unionin tuomioistuinten välisestä toimivallanjaosta. EUT totesi unionin oikeudessa säädetyn komission päätösten tuomioistuinvalvontajärjestelmän tarjoavan kaikki perusoikeuskirjan 47 artiklassa vaaditut takeet. Ks. tuomion kohdat 50–57.

<sup>138</sup> Ks. mm. kuparisten teollisuusputkien kartellia koskeva asia C-272/09 P, *KME Germany*, tuomio 8.12.2011 sekä kuparisten vesi- ja viemäriputkien kartellia koskevat asiat C-389/10 P, *KME Germany*, tuomio 8.12.2011 ja asia C-386/10 P, *Chalkor*, tuomio 8.12.2011. Ks. myös EFTAn tuomioistuimen tuomio 18.4.2012 asiassa E-15/10, *Posten Norge*.

<sup>139</sup> Ks. mm. asia C-521/09 P, *Elf Aquitaine*, julkisasiamies *Mengozzin* ratkaisuehdotus 17.2.2011, kohdat 30–37 ja asia C-272/09 P, *KME Germany*, julkisasiamies *Sharpstonin* ratkaisuehdotus 10.2.2011, kohdat 68–69.

<sup>140</sup> Neuvoston asetus (EY) N:o 1/2003 perustamissopimuksen 81 ja 82 artiklassa vahvistettujen kilpailusääntöjen täytäntöönpanosta. *Kanninen* on todennut, ettei käytetty termi ”täysi harkintavalta” ole aivan onnistunut, sillä ranskan- ja englanninkieliset ilmaisut kuvaavat paremmin sitä, että kysymyksessä on rajoittamaton toimivalta, ks. *Kanninen*, DL 2012 s. 458.

<sup>141</sup> Ks. asia C-272/09 P, *KME Germany*, kohdat 93 ja 103.

mota riidanalainen päätös tai muuttaa sakkojen määrää.<sup>142</sup> Arvioitaessa kilpailusakkoja koskevien ratkaisujen ulottuvuutta muihin asioihin on otettava huomioon, että asiassa *A. Menarini Diagnostics* antamassaan ratkaisussa EIT määritteli kilpailusakkoja koskevan asian luonteeltaan rikosoikeudelliseksi. *KME Germany* -tapausta koskevassa EUT:n tuomioissa kysymykseen asian mahdollisesta rikosoikeudellisesta luonteesta ei kuitenkaan ainakaan nimenomaisesti otettu kantaa.<sup>143</sup>

### 6.3 Virallisperiaatteen soveltaminen

Kansallisen tuomioistuimen tutkimisvaltaan liittyy myös kysymys tuomioistuimen mahdollisuudesta ottaa viran puolesta huomioon asian ratkaisemisen kannalta merkityksellisiä seikkoja. Pellonpää on todennut, ettei EIT:n ratkaisukäytännössä ole katsottu virallisperiaatteen ja tuomioistuimen aktiivisen roolin asian selvittämisessä sinällään olevan EIS 6 artiklan vastaista. Oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimukset edellyttävät kuitenkin osapuolten kuulemista viran puolesta hankitun selvityksen johdosta.<sup>144</sup> EU-oikeuden kannalta keskiössä on sen sijaan kysymys kansallisen tuomioistuimen velvollisuudesta ottaa viran puolesta huomioon EU-oikeuteen nojautuvat perusteet. Lähtökohtaisesti jäsenvaltioiden toimivaltaan kuuluu prosessissa sovellettavien menettelysääntöjen määrittäminen. Unionin oikeuden tehokkuus saattaa kuitenkin edellyttää EU-oikeudellisten perusteiden huomioon ottamista viran puolesta, vaikka kansalliseen oikeuteen sisältyisikin tältä osin rajoittavia säännöksiä. Kansallisessa oikeusjärjestyk-

<sup>142</sup> Asia C-272/09 P, *KME Germany*, kohdat 94 ja 106. Ks. tapauksen analysoinnista mm. *Sibony*, CML Rev 2012 s. 1995 ss. EU:n kilpailuasoiden tuomioistuinkontrollista ks. *Kanninen*, DL 2012 s. 458 ss. sekä *Craig* 2012 s. 420 ss. *Craigin* mukaan erityisesti kilpailuasioissa tuomioistuinkontrollin intensiteetti on lisääntynyt. Ks. *Craig* 2012 s. 408–409, 420 ja 423–424.

<sup>143</sup> Syynä siihen, ettei EUT:n ratkaisuissa käsitellä sakkopäätösten luonnetta, saattaa olla se, että asetuksen 1/2003 23(5) artiklassa säädetyn mukaan sakkopäätökset eivät ole rikosoikeudellisia. *Siitari-Vanne* on todennut, ettei asetuksen rajauksella ole itsenäistä tulkinnallista merkitystä, vaikka unionin tuomioistuimet yhä välttävätkin tekemästä asetuksen sanamuodosta eroavaa toteamusta. Ks. *Siitari-Vanne* 2012 s. 205 alaviite 6. Muista mahdollisista syistä EIS 6 artiklaan viittaamatta jättämiselle ks. *Sibony*, CML Rev 2012 s. 1989 ss.

<sup>144</sup> *Pellonpää* 2009 s. 235. Asiassa *Krčmář v. Tšekki* oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimusten vastaisena ei pidetty sitä, että tuomioistuin pyysi omasta aloitteesta selvitystä viranomaisilta. EIS 6 artiklan vastaiseksi katsottiin kuitenkin se, ettei osapuolia kuultu tuomioistuimen omasta aloitteestaan pyytämän selvityksen johdosta, ks. tuomion 3.3.2000 kohdat 38–46. Ks. myös mm. *Cimolino v. Italia*, tuomio 22.9.2009. Myös EUT:n asiassa *GAT* antamassa tuomiossa lausuman mukaan ennen ratkaisun antamista muutoksenhakuelimen on kunnioitettava asianosaisilla olevaa oikeutta tulla kuulluksi lainvastaisuudesta, johon puututtiin viran puolesta. Ks. asia C-315/01, *GAT*, tuomio 19.6.2003, kohta 49.

sessämme kunnallisvalituksen uusien valitusperusteiden esittämiskielto voi edellä todetuin tavoin muodostua ongelmalliseksi EU-oikeuden tehokkaan soveltamisen kannalta.

Lähtökohtaisesti kysymys virallisperiaatteen soveltamisesta ratkeaa vastaavuusperiaatteen mukaisesti. Jos tuomioistuimella on kansallisen oikeuden nojalla velvollisuus viran puolesta tutkia sellaiseen pakottavaan kansalliseen oikeussääntöön perustavat oikeudelliset perusteet, joihin asianosaiset eivät ole vedonneet, tuomioistuimen on tällöin viran puolesta tutkittava myös pakottaviin unionin oikeuden sääntöihin nojautuvat perusteet. Vastaava velvollisuus kansallisella tuomioistuimella on myös silloin, kun sillä on mahdollisuus viran puolesta soveltaa pakottavaa oikeussääntöä, ja kansallinen oikeus siten jättää tuomioistuimelle harkintavaltaa menettelynsä suhteen tältä osin. Tällöin vastaavuusperiaatteen ohella vaikuttaa myös tehokkuusperiaate, ja jäsenvaltioiden tuomioistuinten on vilpittömän yhteistyön ja tehokkaan oikeussuojan periaatteiden mukaisesti turvattava unionin oikeuden tehokkuus ja annettava oikeussuojaa yksityisten oikeussubjektien unionin oikeuteen perustuville oikeuksille.<sup>145</sup>

Jäsenvaltioiden prosessuaalisen toimivallan periaate ja unionin oikeuden tehokkuusperiaate voivat joutua vastakkain silloin, kun kansallinen oikeus rajoittaa asian ratkaisemiseen liittyvien perusteiden ja siten myös EU-oikeuteen nojautuvien perusteiden viran puolesta huomioon ottamista. Jos kansallinen prosessisääntö tekisi EU-oikeuden soveltamisen mahdottomaksi tai suhteettoman vaikeaksi, on punnittava vastakkain kansallisen säännön taustalla olevia periaatteita ja EU-oikeuden tehokkuutta. Kyse on eräänlaisen prosessuaalisen rule of reason -säännön soveltamisesta, mikä mahdollistaa kansallisten prosessisääntöjen omaksumiseen vaikuttaneiden intressien huomioon ottamisen ja punninnan suhteessa vaatimukseen unionin oikeuden tehokkaasta toteuttamisesta.<sup>146</sup> EUT:n mukaan tehokkuus- ja vastaavuusperiaatteiden soveltamiseksi ”kaikkia sellaisia tapauksia, joissa on kyse siitä, tekeekö kansallinen menettelysääntö yhteisön oikeuden soveltamisen mahdottomaksi tai suhteettoman vaikeaksi, on tarkasteltava ottaen huomioon tämän säännön merkityksen koko oikeudenkäynnin, sen kulun sekä sen erityispiirteiden kannalta eri kansallisissa oikeuselimissä. Tämän osalta on tarvittaessa syytä ottaa huomioon kansallisen tuomioistuintinjärjestelmän perustana olevat periaatteet, joita ovat muun muassa puolustuksen oikeuksien suojaaminen, oikeusvarmuuden periaate sekä oikeudenkäyntimenettelyn moitteeton kulku.”<sup>147</sup>

<sup>145</sup> Ks. mm. asia C-72/95, *Kraaijeveld*, tuomio 24.10.1996, kohdat 57–58. Ks. myös *Jans – de Lange – Prechal –Widdershoven* 2007 s. 309.

<sup>146</sup> Ks. *Prechal*, CML Rev 1998 s. 690 ss. Ks. myös mm. *Engström* 2009 s. 49–50 ja *Craig – de Bürga* 2007 s. 322.

<sup>147</sup> Ks. mm. yhdistetyt asiat C-430/93 ja C-431/93, *van Schijndel*, tuomio 14.12.1995, kohta

Kansallisten säännösten taustalla olevien periaatteiden ja EU-oikeuden tehokkuuden välistä punnintaa voi sinänsä pitää perusteltuna arviointitapana, mutta samalla korostuu tapauskohtaisen arvioinnin merkitys. Punninta saattaa johtaa eri asioissa erilaisiin lopputuloksiin, kuten EUT:n ratkaisut *van Schijndel*- ja *Peterbroeck*-tapauksissa osoittavat. *Van Schijndel*-tapauksessa valittajat esittivät vasta muutoksenhakutuomioistuimessa EU-oikeuden vastaisuutta koskevan väitteen. Kansallisen tuomioistuimen valtaa ottaa viran puolesta esiin perusteita rajoitti kansallisen oikeuden periaate, jonka mukaan tuomioistuimella on velvollisuus pitäytyä riita-asian kohteessa ja perustaa päätöksensä sille esitettyihin tosiseikkoihin. EUT totesi toimivallan rajoituksen perustuvan periaatteeseen, jonka mukaan aloitteen tekeminen oikeudenkäynnissä on asianosaisten tehtävä, eikä tuomioistuin voi toimia viran puolesta kuin poikkeuksellisissa tilanteissa, joissa yleinen etu edellyttää asiaan puuttumista. Periaatteella suojataan puolustautumisoikeuksia ja turvataan menettelyn moitteeton kulku erityisesti välttämällä uusien perusteiden harkintaan liittyvät viiveet. EUT katsoi, ettei tehokkuusperiaate estänyt kyseisen kansallisen prosessisäännön soveltamista. EU-oikeuden ei siten katsottu velvoittavan kansallista tuomioistuinta ottamaan viran puolesta huomioon unionin oikeussääntöjen rikkomista koskevaa perustetta, jos tuomioistuimen olisi tällaisen perusteen tutkiakseen luovuttava sille kuuluvasta passiivisesta asemasta ja nojaututtava muihin tosiseikkoihin kuin niihin, joihin asianosainen on perustanut vaatimuksensa.<sup>148</sup>

EUT päätyi päinvastaiseen lopputulokseen *Peterbroeck*-tapauksessa. Kyseisessä tapauksessa EU-oikeuden vastaisuuteen vedottiin vasta muutoksenhakutuomioistuimessa sen jälkeen, kun määräaika uusien vaatimusten esittämiselle oli päättynyt. Kansallisen oikeuden säännökset estivät tuomioistuinta ottamasta käsiteltäväksi viran puolesta vaatimusta, jota verovelvollinen ei voinut enää esittää kyseisessä tuomioistuimessa. EUT katsoi, ettei asetettua määräaikaa ollut sinänsä syytä asettaa kyseenalaiseksi, mutta tapauksen erityispiirteiden vuoksi EU-oikeuden vastaista oli, ettei tuomioistuin voinut tutkia kansallisen säännöksen EU-oikeuden mukaisuutta viran puolesta. Perusteluina EUT viittasi neljään seikkaan. Ensinnäkin EUT totesi, että muutoksenhakutuomioistuin oli ensimmäinen tuomioistuin, joka voi esittää EUT:lle ennakkoratkaisupyynnön. Toiseksi aika, jona valittaja pystyi esittämään uusia vaatimuksia ja tuomioistuin ottamaan viran puolesta huomioon kansallisen säännöksen yhteensoveltu-

19 ja asia C-312/93, *Peterbroeck*, tuomio 14.12.1995, kohta 14.

<sup>148</sup> Yhdistetyt asiat C-430/93 ja C-431/93, *van Schijndel*, kohdat 20–22. Muutoksenhakutuomioistuimessa uusiin väitteisiin voitiin vedota ainoastaan, jos ne olivat puhtaasti oikeudellisia eivätkä edellyttäneet tosiseikkojen tutkimista.

vuuden EU-oikeuden kanssa, oli jo päättynyt tuomioistuimen käsitellessä asiaa. Kolmantena seikkana todettiin, ettei asiaa myöhemmin käsittelevä tuomioistuinkaan olisi voinut viran puolesta tutkia kansallisen oikeuden EU-oikeuden mukaisuutta. Neljänneksi oikeusvarmuuden tai oikeudenkäynnin moitteettoman kulun periaatteiden ei katsottu voivan kohtuudella perustella toisensuuntaista ratkaisua.<sup>149</sup>

Mainittuja EUT:n ratkaisuja on kritisoitu, koska epäselväksi jää, mikä tekijä oikeastaan selittää tapausten erilaisen lopputuloksen.<sup>150</sup> EUT:n asiasa *van der Weerd* antama ratkaisu kuitenkin osoittaa, että *van Schijndel*-tapauksessa omaksutun tulkinnan on katsottava muodostavan pääsäännön ja *Peterbroeck*-tapaus on nähtävä siihen liittyvien erityispiirteiden valossa.<sup>151</sup> *Van der Weerd* -asiassa lausutun mukaan *Peterbroeck*-tapauksessa asialle ominaiset seikat johtivat siihen, että pääasian kantajalla ei ollut mahdollisuutta vedota tehokkaasti kansallisen säännön unionin oikeuden vastaisuuteen. *Van der Weerd* -asiassa EUT viittasi asiasa *van Schijndel* annettuun ratkaisuun ja lausui, ettei tehokkuusperiaate velvoita kansallisia tuomioistuimia ottamaan esiin viran puolesta yhteisön oikeuden säännökseen tai määräykseen perustuvaa perustetta, kun asianosaisille annetaan tosiasiallinen mahdollisuus vedota yhteisön oikeuteen pohjautuvaan perusteeseen kansallisessa tuomioistuimessa.<sup>152</sup>

Unionin oikeuden mukaan lähtökohtaisesti riittävää on, että kansallisissa menettelysäännöksissä annetaan oikeussubjekteille tehokas mahdollisuus käyttää oikeuksiaan.<sup>153</sup> Kansallisten prosessisääntöjen (kuten määräajat, uusien valitusperusteiden esittämisestä koskevat säännöt) omaksumiseen ovat voineet vaikuttaa hyväksyttävät perusteet (kuten oikeusvarmuuden periaate ja tavoite oikeudenkäyntimenettelyn joutuisasta kulusta). EUT:n oikeuskäytäntö osoittaa, ettei EU-oikeuden tehokkuuden vuoksi ehdottomasti edellytetä luovuttavan sinänsä hyväksyttäviin perusteisiin nojautu-

---

<sup>149</sup> Asia C-312/93, *Peterbroeck*, kohdat 15–21. Uudet vaatimukset olisi tullut kansallisen säännöksen mukaan esittää 60 päivän kuluessa siitä, kun veroviranomaiset olivat toimitaneet muutoksenhakutuomioistuimelle oikeaksi todistetun jäljennöksen riidanalaisesta päätöksestä.

<sup>150</sup> Ks. mm. *Engström* 2009 s. 331–332. Ks. myös *Peterbroeck*-tapauksen kriittisestä arvioinnista *Tridimas* 2006 s. 462.

<sup>151</sup> Ks. *Arnulf*, E.L.Rev. 2011 s. 62–63. Ks. myös *Tridimas* 2006 s. 462.

<sup>152</sup> Yhdistetyt asiat C-222/05–C-225/05, *van der Weerd*, tuomio 7.6.2007, kohdat 37–41. Asiassa *Heemskerk* EUT puolestaan katsoi, ettei unionin oikeus velvoita kansallista tuomioistuinta soveltamaan viran puolesta unionin oikeuden säännöstä, jos soveltaminen johtaisi reformatio in pejus -kiellon vastaiseen lopputulokseen, ks. asia C-455/06, *Heemskerk*, tuomio 25.11.2008, kohta 46.

<sup>153</sup> Ks. julkisasiamies *Jacobsin* ratkaisuehdotus 15.6.1995 yhdistetyissä asioissa C-430/93 ja C-431/93, *van Schijndel*, kohta 25.



vista kansallisista prosessisäännöistä.<sup>154</sup> Tapauksen erityispiirteet saattavat kuitenkin johtaa siihen, että EU-oikeuden tehokkuus edellyttää unionin oikeuteen nojautuvien perusteiden huomioon ottamista viran puolesta. Tästä aiheutuu ennakoimattomuutta sekä oikeudellista epävarmuutta siitä, missä tilanteissa EU-oikeudellisten perusteiden viran puolesta huomioon ottamista vaaditaan.<sup>155</sup>

## 7 KOKOAVIA NÄKÖKOHTIA IHMISOIKEUSSOPIMUKSEN JA EU-OIKEUDEN VAATIMUKSISTA

Määritettäessä tuomioistuinkontrollin rajoja ja tuomioistuimen toimivallan ulottuvuutta hallintoasioissa yhteistä sekä EIT:n että EUT:n ratkaisukäytännöissä on sen lähtökohdan hyväksyminen, ettei tuomioistuimen tehtäviin kuulu käyttää viranomaisen toimivaltaa. Siten tuomioistuimella ei välttämättä edellytetä olevan toimivaltaa uuden hallintopäätöksen tekemiseen tai edes viranomaisen päätöksen muuttamiseen. Epäselvempää on, mitä muita tuomioistuimen toimivallan rajoituksia hyväksytään asioissa, joissa viranomaisen käyttää hallinnollista harkintavaltaa. Sekä EIT:n että EUT:n oikeuskäytännöt viittaavat siihen, että harkintavallan käyttö voisi joiltakin osin jäädä tuomioistuinkontrollin ulkopuolelle tai ainakin sitä koskisi vain rajoitettu tuomioistuinvalvonta. Tulkinnanvaraista kuitenkin on, mitä tämä käytännössä tarkoittaa ja miltä osin tarkalleen ottaen tuomioistuin voisi jättää puuttumatta viranomaisen harkintaa sisältävään päätökseen.

EIT:n ratkaisuisissa on todettu, että tuomioistuinkontrollin laajuuteen voi tosiseikkojen selvittämisen osalta vaikuttaa se, että kyse on lainsäädännön erityisaloja koskevasta asiasta, jossa ratkaisun tehneellä viranomaisella on ollut harkintavaltaa. Kyse voi tällöin olla policy-luonteisesta päätöksenteosta tai viranomaisen erityisasiantuntemukseen kuuluvasta asiasta. Kuitenkin edellytyksenä tässä suhteessa rajoitetulle tuomioistuinkontrollille on, että viranomaisen on omassa päätöksentekomenettelyssään noudattanut ainakin

<sup>154</sup> Unionin tuomioistuimissa kumoamiskanteita käsiteltäessä asian tutkiminen kohdistuu asianosaisten rajaamaan oikeudenkäynnin kohteeseen. *KME Germany* -tapauksessa lausutun mukaisesti kantajan on esitettävä kanneperusteet ja todisteet niiden tueksi eikä tuomioistuin tutki viran puolesta perusteita, joihin valittaja ei ole kannekirjelmässään vedonnut, lukuun ottamatta oikeusjärjestyksen perusteisiin pohjautuvia perusteita (kuten päätöksen perustelujen puutteet). Ks. asia C-272/09 P, *KME Germany*, kohdat 101–105. Kanninen on todennut, että järjestelmää voidaan perustella myös asianajajakolla kilpailuoikeudenkäynneissä EU:n tuomioistuimissa. Ks. *Kanninen*, DL 2012 s. 459.

<sup>155</sup> *Craig – de Búrca* 2007 s. 322–323 ja *Engström* 2009 s. 332.

osaa EIS 6 artiklan mukaisista oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin takeista. Jos tämän vaatimuksen katsotaan edellyttävän viranomaisen järjestämää suullista käsittelyä, mahdollisuus tuomioistuinkontrollin rajoittamiseen on käytännössä vähäinen.

Tuomioistuimen toimivallan riittävyttä arvioitaessa on lisäksi otettava huomioon, että EIT:n ratkaisujen mukaan tuomioistuimella on oltava toimivalta jutun keskeisen kysymyksen ratkaisemiseen. *Tsfayo*-tapauksessa EIT katsoi tutkinnan riittämättömäksi, koska kansallinen tuomioistuin ei voinut ottaa vastaan todistelua eikä korvata valittajan kertomuksen uskottavuutta koskevaa arviota omalla arvioinnillaan. EUT:n oikeuskäytännön perusteella niissäkin asioissa, joissa viranomaisella on katsottu olevan laaja harkintavaltta, tuomioistuinkontrollin on ulotuttava sen tutkimiseen, että viranomaisen päätöksen perusteena olevat tosiseikat pitävät asiallisesti paikkansa ja ettei tosiseikkoja ole arvioitu ilmeisen virheellisesti.

Rajoitettu tuomioistuinkontrolli näyttäisi koskevan viranomaiselle kuuluvaa hallinnollista harkintaa sen suhteen, mikä sinänsä lainmukaisista vaihtoehdoista on policy-näkökohtiin nähden tai viranomaisen erityisasiantuntemuksen perusteella sääntelyn tavoitteita parhaiten toteuttava. EU-oikeuden alalla tuomioistuinkontrollin piiriin kuuluu myös sen tutkiminen, ettei harkintavalttaa ole käytetty väärin. Samanlaista tuomioistuinkontrollia koskevaa vaatimusta sovelletaneen arvioitaessa tuomioistuimen suorittamaa tutkintaa EIS 6 artiklan vaatimusten pohjalta. EIT:n oikeuskäytännössä puhutaan päätöksen tekemisestä tarkoituksenmukaisuusperustein tai perinteisestä hallinnollisen harkintavallan käytöstä, EUT:n oikeuskäytännössä viranomaisen laajasta harkintavallasta asioissa, jotka edellyttävät monitahoisia arviointeja. Kotimaisessa oikeustieteessä vastaavaa kuvaa tarkoituksenmukaisuusharkinnan käsite.

Virallisperiaatteen soveltamista koskevissa EIT:n ja EUT:n ratkaisuihin näkyvät EIS:n ja EU-oikeuden erilaiset lähtökohdat ja tavoitteet. Virallisperiaatteen soveltamisen ei sinänsä ole katsottu loukkaavan ihmisoikeussopimusta, kunhan viran puolesta hankitusta selvityksestä kuullaan osapuolia. EUT:n oikeuskäytännön perusteella EU-oikeuden tehokkuus voi tietyissä tilanteissa edellyttää EU-oikeudellisen kysymyksen viran puolesta huomioon ottamista, vaikka kansallinen oikeus ei tähän velvoittaisi tai edes oikeuttaisi. Kyse olisi tällöin tilanteista, joissa kansalliset menettelysäännökset eivät anna oikeussubjekteille tehokasta mahdollisuutta käyttää oikeuksiaan.

## 8 TOIMIVALTAA KOSKEVIEN KYSYMYSTEN ARVIOINTIA

### 8.1 Markkinaoikeus vai hallinto-oikeus?

Hankintalain 94 §:ssä on määritelty markkinaoikeuden toimivaltaan kuuluvat oikeussuojakeinot. Jos hankinnassa on menetelty hankintalain tai sen nojalla annettujen säännösten, Euroopan unionin lainsäädännön tai Maailman kauppajärjestön julkisia hankintoja koskevan sopimuksen vastaisesti, markkinaoikeus voi määrätä pykälän 1 momentissa säädetyn seuraamuksen. Säännöstä ei voida kuitenkaan tulkita siten, että vain markkinaoikeudella hankinnan arvosta riippumatta olisi toimivalta arvioida, onko hankinnassa menetelty EU-oikeuden vastaisesti. Hankintalain 15 §:ssä hankintalain soveltamisen edellytykseksi on asetettu kansallisen kynnysarvon ylittyminen, eivätkä hankintalain mukaiset oikeusturvakeinot hankintaoikaisua lukuun ottamatta ole käytettävissä kansallisen kynnysarvon alle jäävissä hankinnoissa. Hankintalain 94 §:n säännöksen viittaus EU-oikeuteen liittyy seuraamusten määräämisen edellytyksiin. Seuraamukset ovat määrättävissä hankintalainsäädännön vastaisen menettelyn johdosta, ja hankintalainsäädännön vastaisuudella tarkoitetaan kansallisen hankintalainsäädännön ohella myös Euroopan unionin lainsäädännön ja Maailman kauppajärjestön julkisia hankintoja koskevan sopimuksen vastaista menettelyä.<sup>156</sup> Vaikka kansallisen kynnysarvon alittavassa hankinnassa vedottaisiin unionin oikeuden periaatteisiin, markkinaoikeus ei hankintalain soveltamisalaa koskevan rajauksen vuoksi ole asiassa toimivaltainen, vaan kyse on lähtökohtaisesti hallinto-oikeuden toimivaltaan kuuluvasta asiasta.

### 8.2 Hankintapäätöksen kumoaminen vai muuttaminen?

Hallinto-oikeuden käsitellessä hankinta-asiaa sen toimivalta päätöksen muuttamisen suhteen on lähtökohtaisesti erilainen siitä riippuen, onko asia saatettu vireille hallintovalituksella vai kunnallisvalituksella. Kunnallisvalitus ei ole luonteeltaan reformatorinen muutoksenhakukeino, eikä kunnallisen viranomaisen päätöksen muuttamista tuomioistuimen päätöksellä pidetä yleensä mahdollisena. Kunnallisvalitusta käsitellessään tuomioistuimen toimivalta pääsääntöisesti rajoittuu päätöksen kumoamiseen tai asian palauttamiseen uutta käsittelyä varten. Tämän periaatteen mukaisesti virkavaalia koskevassa KHO:n päätöksessä 13.11.2009 t. 3209 (lyhyt ratkaisuseloste) on todettu, ettei hallinto-oikeuden toimivaltaan kun-

<sup>156</sup> Ks. HE 190/2009 vp s. 68. Vastaavasti HE 50/2006 vp s. 118–119.

nallisvalituksella vireille tullessa asiassa ollut kuulunut sen vahvistaminen, että virkaan valitsemista koskevan päätöksen tultua kumotuksi valittaja on tullut valituksi varasijalta virkaan. Päätöksen mukaan hallinto-oikeus voi antaessaan ratkaisun kuntalain 90 §:ssä tarkoitettuun kunnallisvalitukseen lähtökohtaisesti joko pysyttää valituksen kohteena olevan päätöksen sellaisenaan tai kumota sen kokonaan. Hallinto-oikeus ei voi muuttaa valituksen kohteena olevaa kunnan toimielimen tekemää päätöstä. Kyseisessä asiassa ei katsottu olevan perusteita poiketa tästä lähtökohdasta kunnan itsehallinto huomioon ottaen. Sen sijaan edellä selostetussa päätöksessä KHO 2009:10 oikeussuojakeinon tehokkuuden katsottiin edellyttävän, että kunnallisvalituksen kassatorisuudesta huolimatta hallinto-oikeus voi velvoittaa viranomaisen maksamaan viranhaltijalle lainmukaisen palkan.

Hallintovalitus määritellään puolestaan luonteeltaan reformatiiviseksi muutoksenhakekeinoiksi, joka mahdollistaa myös viranomaisen päätöksen muuttamisen. Vaikka hallintovalitus ainakin muodollisesti antaa tuomioistuimelle toimivallan hallintopäätöksen sisällön muuttamiseen, ratkaistavan asian luonne saattaa kuitenkin edellyttää tuomioistuimelta eräänlaisen itserajoituksen omaksumista sillä muodollisesti käytettävissä olevaan toimivaltaan. Tällainen pidättyväisyys on perusteltua hallintoviranomaisen ja tuomioistuimen välisen toimivallanjaon vuoksi. Tuomioistuimen päätösvallan laajuuden ja hallintovalituksen tosiasiallisen luonteen voidaankin katsoa riippuvan ratkaistavan asian laadusta. Kuten hallintolainkäyttölakia koskevassa hallituksen esityksessä on todettu, hallintolainkäytössä ratkaistavat asiat eroavat sekä asian materiaalisesta että prosessuaalisesta laadusta puolesta.<sup>157</sup> Tällä on väistämättä vaikutuksensa myös hallintotuomioistuimen päätösvallan laajuuteen.

Myös oikeuskäytännössä tuomioistuimen toimivaltaa hallintovalitusta käsiteltäessä on arvioitu suhteessa ratkaistavana olevaan asiaan. Ennakkoratkaisupyynnössä KHO 2006:63 kysymys oli valitusoikeuden ohella KHO:n toimivallasta viestintämarkkinalainsäädäntöä koskevassa asiassa. Ennakkoratkaisupyynnössä todetun mukaan KHO:n oli ratkaistava, miten sen toimivallan laajuuteen valituksen tutkimisessa vaikuttaa se, että valituksenalainen Viestintäviraston päätös oli perustunut komission viestintämarkkinalainsäädännön mukaisessa menettelyssä tekemään päätökseen. KHO lausui hallintotuomioistuimen päätösvaltaa rajoittavan periaatteen siitä, ettei hallinnollisesta toimesta päättäminen kuulu tuomioistuimen vaan toimeenpanoelimen toimivaltaan ja ettei hallintotuomioistuin voi valituksen hyväksyessään korvata viranomaisen hallintopäätöstä omalla päätöksellä. KHO totesi edellä todetun periaatteen merkitsevän, ettei se voisi valituksen hyväksyessään määrätä valituksessa vaaditun tavoin kilpaile-

<sup>157</sup> HE 217/1995 vp s. 79.

vaa teleyritystä huomattavan markkinavoiman yritykseksi ja asettaa sille valituksessa vaadittuja velvollisuuksia. Valituksen hyväksyminen johtaisi Viestintäviraston päätöksen kumoamiseen ja asian palauttamiseen virastolle uudelleen käsiteltäväksi.<sup>158</sup> Ympäristölupaa myöntämistä koskevasta toimivallasta oli puolestaan kysymys KHO:n päätöksellä 1.11.2007 t. 2797 ratkaistussa asiassa. Päätöksessään KHO viittasi ympäristönsuojelulain 31 §:n sääntökseen toimivaltaisesta lupaviranomaisesta ja lausui, ettei ympäristölupaa voida myöntää välittömästi korkeimmassa hallinto-oikeudessa.

Ideaalinen hallintotuomioistuimen päätösvalta hankinta-asioissa mahdollistaisi kahden vaatimuksen toteutumisen: hankintayksikön on korjattava virheellinen menettely hankintaa jatkaessaan, mutta hankintayksikkö voi vielä harkita, onko hankinnan toteuttaminen edelleen tarkoituksenmukaista. Ajan kulumisen oikeuskäsittelyn aikana saattaa muuttaa tilannetta siten, ettei hankinnan jatkaminen ole enää järkevää, minkä vuoksi hankintayksiköllä olisi oltava mahdollisuus vetäytyä hankinnan toteuttamisesta. Hankintayksikkö olisi siten velvoitettava korjaamaan virheellinen menettely, mutta sitä ei tulisi velvoittaa jatkamaan hankintaa. Hankintalain mukaiset oikeusturvakeinot mahdollistavat markkinaoikeudelle tällaisen päätösvallan hankinta-asiaa ratkaistaessa. Hankintalain mukaan markkinaoikeudella on toimivalta velvoittaa hankintayksikkö korjaamaan virheellinen menettely. Toisaalta markkinaoikeudella ei ole toimivaltaa tehdä hankintapäätöstä hankintayksikön sijasta eikä myöskään velvoittaa hankintayksikköä hankinnan tekemiseen. KHO:n päätöksessä 25.11.2002 t. 3064 oli kysymys markkinaoikeuden edeltäjän, kilpailuneuvoston, toimivallasta määrätä hankinnan toteuttamisesta. Ratkaistavassa asiassa kilpailuneuvosto oli päätöksellään velvoittanut kaupungin tekemään uuden hankintapäätöksen asettamaansa ajankohtaan mennessä sakon uhalla. Korkein hallinto-oikeus katsoi, ettei kilpailuneuvosto voinut päätöslauselmassaan ilmaisemallaan ehdottomalla tavalla velvoittaa hankinnan toteuttamiseen. KHO viittasi perusteluina hankintayksiköllä olevaan mahdollisuuteen olla tekemättä hankintaa suoritettujen tarjousmenettelyjen perusteella. Hankinta-asioissa annetuissa ratkaisuissa mahdollisuus jättää hankinta toteuttamatta ilmenee päätöksissä usein käytetystä ilmaisusta ”mikäli hankintayksikkö jatkaa hankintaa julkisena hankintana”. Jos hankintayksikkö jatkaa hankintaa, sen on otettava huomioon markkinaoikeuden päätöksessä hankintamenettelyn

<sup>158</sup> Ennakkoratkaisukysymys oli seuraava: edellyttääkö puitedirektiivin 2002/21/EY 4 artiklan 1 kohdan vaatimus tosiseikkojen huomioon ottamisesta ja toimivasta muutoksenhakuoikeudesta, että kansallinen tuomioistuin voi tutkia tapaukseen liittyvät tosiseikat, tehdä oikeudellisen arvion ja ratkaista asian komission puitedirektiivin 7 artiklan 4 kohdan nojalla antaman päätöksen ja sen markkina-analyyysiä koskevien perustelujen rajoittamatta kansallisen tuomioistuimen toimivaltaa. EUT:n ennakkoratkaisua asiassa ei saatu, sillä ennakkoratkaisupyynnö peruetettiin valittajan peruutettua valituksensa. Ks. KHO 1.3.2007 t. 470.

virheellisyydestä ja korjaamisesta lausuttu. Tällöin markkinaoikeuden päätöksen perusteella saattaa sinänsä olla selvää, mikä tarjoajista tulee valittavaksi.<sup>159</sup>

Hankinta-asioiden luonne sekä tuomioistuimen ja viranomaisen väliseen toimivallanjakoon liittyvät näkökohdat perustelevat näkemystä, ettei hallintotuomioistuimen tulisi muuttaa viranomaisen tekemää hankintapäätöstä hankintalakien ulkopuolelle jäävissä hankinnoissa. Hallintotuomioistuimen olisi syytä noudattaa tässä suhteessa pidättyväisyyttä toimivaltaansa käyttäessään. Katsoessaan viranomaisen menetelleen hankinta-asiassa virheellisesti tuomioistuimen tulisi hallintovalituksen johdosta vain kumota viranomaisen päätös. Kunnallisvalituksen kassatorisen luonteen vuoksi kunnallisvalituksessa on jo lähtökohtana, ettei tuomioistuin voi muuttaa kunnallisen viranomaisen päätöstä.

Hankintapäätöksen muuttamista ei voida perustella silläkään, ettei hallintotuomioistuimella hallintovalituksen tai kunnallisvalituksen hyväksyessään ole toimivaltaa velvoittaa hankintayksikköä korjaamaan virheellistä menettelyään. Vaikka hankintapäätöksen muuttaminen tuomioistuimen päätöksellä lisäisi oikeusturvan tehokkuutta, toimivallanjakoon liittyvien näkökohtien vuoksi päätöksen muuttamista ei voida pitää perusteltuna. Virheellisen menettelyn korjaamista turvaa lainalaisuusperiaate ja virkavastuu, jotka edellyttävät viranomaisen saattavan toimintansa lainmukaiseen tilaan ja noudattavan tuomioistuimen asiassa antamaa päätöstä, vaikka se ei sisältäisikään nimenomaista viranomaista velvoittavaa määräystä. Hankintayksikön on hankintamenettelyä jatkaessaan otettava huomioon tuomioistuimen päätöksessä lausuttu ja korjattava todetut hankintamenettelyn virheellisyydet.<sup>160</sup> Jos hankintapäätöksen perusteella on ehditty jo tehdä hankintasopimus, hallintotuomioistuimella ei kuitenkaan ole toimivaltaa määrätä sopimusta tehottomaksi, mihin markkinaoikeudella on toimivalta hankintalaissa määrätyin edellytyksin.

### 8.3 Valitusperusteiden esittäminen ja virallisperiaate

Hallinto-oikeuden käsitellessä hankinta-asiaa saattaa syntyä tilanne, jossa valittaja ei ole vedonnut valitusperusteeseen, jolla voisi olla menestymisen mahdollisuuksia. Valittaja saattaa myös vedota tällaiseen valitusperusteeseen kunnallisvalituksella vireille saatetussa asiassa vasta valitusajan

<sup>159</sup> Ks. *Virtanen* 2008 s. 806–807.

<sup>160</sup> Myös EIS 6(1) artiklassa tarkoitettu oikeusturvan saatavuus edellyttää EIT:n oikeuskäytännön mukaisesti lainvoimaisen lainkäyttöpäätöksen toteuttamista. Ks. *Mäenpää* 2007 s. 584 ja siinä viitatus EIT:n tapaukset. Ks. myös *Pellonpää – Gullans – Pölönen – Tapanila* 2012 s. 514–515 sekä *Ervo* 2005 s. 117–118.

päättymisen jälkeen. Kyse voi olla tavanomaisesta hallintoasiassa esitetävästä valitusperusteesta (esimerkiksi esteellisyys) tai hankinta-asiaan tyypillisesti liittyvästä valitusperusteesta (esimerkiksi voittaneen tarjouksen tarjouspyynnön vastaisuus). Valitusperuste voi myös pohjautua unionin oikeudesta johdettaviin hankintamenettelyä koskeviin vaatimuksiin.<sup>161</sup>

Hankintadirektiivien soveltamisalaan kuuluneessa *GAT*-tapauksessa EUT:n arvioitavana oli kysymys muutoksenhakuelimen oikeudesta puuttua viran puolesta hankintamenettelyn virheellisyyksiin, joihin asianosaiset eivät olleet vedonneet. EUT totesi, ettei kysymyksestä sisältynyt nimenomaisia säännöksiä oikeussuojadirektiiviin 89/665/ETY ja että asia jäi näin ollen kunkin jäsenvaltion sisäisessä oikeusjärjestyksessä määritettäväksi. EUT:n päätöksen mukaan estettä ei ole ottaa hankintamenettelyn lainvastaisuutta huomioon viran puolesta. EUT viittasi oikeussuojadirektiivin päämäärään varmistaa hankintasäännösten noudattaminen tehokkailla ja nopeilla muutoksenhakukeinoilla. Tämän päämäärän vastaista ei ole, että muutoksenhakumenettelystä vastaava elin puuttuu viran puolesta tarjouspyyntömenettelyssä ilmenneisiin lainvastaisuuksiin odottamatta, että joku asianosaisista tuo asian esiin.<sup>162</sup> Hankintalakien soveltamispiiriin kuuluvia hankintoja koskevissa markkinaoikeuden ratkaisuissa on sovellettu virallisperiaatetta ja otettu huomioon myös sellaisia hankintamenettelyn virheellisyyksiä, joihin ei ole vedottu.<sup>163</sup>

Hallintovalituksella vireille saatetussa asiassa uusien valitusperusteiden esittämistä koskevaa säännöstä on sovellettu joustavasti. Joustavuuden mahdollistaa myös se, että hallintovalitusta käsitellessään tuomioistuin noudattaa virallisperiaatetta laajemmin ja voi siten ottaa huomioon seikoja, joihin valittaja ei ole vedonnut. Kunnallisvalituksessa valittajan on sen sijaan esitettävä valitusaikana perusteet valituksensa tueksi. Lisäksi virallisperiaatteen soveltaminen kunnallisvalitusta käsiteltäessä on rajoitettua. Asianosaisen oikeusturvan kannalta merkitykselliseksi muodostuu tällöin kysymys, tulisiko tuomioistuimen kunnallisvalitusta käsitellessään uusien valitusperusteiden esittämistä koskevasta kiellosta huolimatta tutkia valitusajan jälkeen esitetyt perusteet tai ottaa viran puolesta huomioon

<sup>161</sup> EUT:n oikeuskäytännössä on yhdenvertaisen kohtelun periaatteen nojalla asetettu eräitä samantapaisia menettelyvelvoitteita kuin hankintadirektiivien soveltamisalalla. Ks. *Nenonen* 2012 s. 109–112.

<sup>162</sup> Asia C-315/01, *GAT*, kohdat 43–50.

<sup>163</sup> Ks. mm. KHO:n päätös 22.12.2005 t. 3551. Tarjouskilpailun voittanut A oli lausunut valituksessaan KHO:lle, että valittajana markkinaoikeudessa ollut B oli vaatinut, että palvelut ostetaan sekä B:ltä että A:lta eikä markkinaoikeuden olisi tullut omasta aloitteestaan tutkia hankintapäätöstä siltä osin kuin siinä on päätetty ostaa palveluja A:lta. Markkinaoikeus oli katsonut, että A:n tarjous oli tarjouspyyntöä vastaamaton, ja kumosi hankintapäätöksen. KHO katsoi, että markkinaoikeuden oli sille tehdystä hakemuksesta tullutkin tutkia, onko voittaneen tarjoajan A:n tarjous ollut tarjouspyynnön mukainen.

perusteet, joihin valittaja ei ole vedonnut.<sup>164</sup>

Kunnallisvalituksessa ei edellytetä nimenomaisesti vedottavan johonkin tiettyyn valitusperusteeseen, vaan riittävää on, että valituskirjelmässä ilmoitetaan tosiasialliset seikat, joiden johdosta päätöksen kumoamista vaaditaan.<sup>165</sup> Valittajalla on väittämistaakkaa vastaava velvollisuus esittää asiaperusteet valitukselleen, ja tuomioistuimen on tunnettava ja otettava huomioon esitettyjen perusteiden ratkaisemisessa merkityksellinen oikeus. Kunnallisvalituksessa asianosaisen esittämät valitusperusteet siten rajaavat päätöksenteossa huomioon otettavan lainsäädännön ja sitovat *jura novit curia* -periaatteen soveltamisen valittajan esittämien väitteiden pohjalta relevanttiin oikeuteen.<sup>166</sup> Tästä syystä *jura novit curia* -periaate ei poista uusien valitusperusteiden esittämiskiellosta aiheutuvaa ongelmaa, mutta sinänsä periaate mahdollistaa esimerkiksi valitusperusteiden ratkaisemisessa merkityksellisen EU-oikeuden huomioon ottamisen viran puolesta.<sup>167</sup>

EU-oikeuden vaatimusten kannalta riittävänä on pidettävä, että prosessisäännökset antavat asianosaisille tosiasiallisen ja tehokkaan mahdollisuuden vedota unionin oikeuteen pohjautuvaan perusteeseen kansallisessa tuomioistuimessa. Tällä perusteella arvioituna kunnallisvalituksen valitusperusteiden esittämistä koskevan sääntelyn ei voida katsoa yleensä muodostuvan ongelmalliseksi. Tehokkuusperiaatteen vastaiseksi säännöksen soveltaminen saattaa kuitenkin muodostua esimerkiksi tilanteissa, joissa viranomaisen menettelyn vuoksi valittaja ei ole voinut määräajassa vedota valitusperusteeseen.<sup>168</sup>

<sup>164</sup> Ratkaisussa KHO 4.6.2008 t. 1390 (lyhyt ratkaisuseloste) ratkaistavana oli kysymys valtioneuvoston päätöksen kumoamista koskevan valitusperusteiden huomioon ottamisesta. KHO totesi, etteivät valittajat olleet hallinto-oikeudessa ennen valitusajan päättymistä vaatineet kaupunginhallituksen päätöksen kumoamista sillä perusteella, että määräala on myyty alihintaan. Tämän vuoksi ja kun asiassa ei ollut esitetty sellaista selvitystä päätöksen EU:n valtioneuvoston päätöksen kumoamisesta, että sanottu valitusperuste voitaisiin ottaa tutkittavaksi, valitus oli KHO:ssa jätettävä tutkimatta. Ks. ratkaisusta *Kuusiniemi* 2010 s. 242–243 ja *Mäkinen* 2010a s. 67. Ks. myös KHO 2008:81.

<sup>165</sup> *Harjula – Prättälä* 2012 s. 741 ja *Hannus – Hallberg – Niemi* 2009 s. 611.

<sup>166</sup> *Mäenpää* 2007 s. 508.

<sup>167</sup> Ks. *Mäenpää* 2011 s. 446. Päätöksen perustaminen sellaiseen seikkaan, johon asianosainen ei ole vedonnut, saattaa vaatia lisäselvityksen hankkimista ja edellyttää tällöin tuomioistuimelta aktiivista asian selvittämistä pelkän lainsäädännön soveltamisen sijaan.

<sup>168</sup> Ks. asia C-327/00, *Santex*, tuomio 27.2.2003, kohdat 57 ja 61 sekä asia C-241/06, *Lämmerzahl*, tuomio 11.10.2007, kohta 55. Ks. tapauksista *Nenonen* 2012 s. 92–94. EUT:n oikeuskäytännössä on sinänsä katsottu hyväksytyiksi kohtuulliset määräajat, jotka eivät estä unionin oikeuden tehokasta toteutumista. Ks. mm. asia C-261/95, *Palmisani*, tuomio 10.7.1997, kohta 28, asia C-78/98, *Preston*, tuomio 16.5.2000, kohta 33, asia C-470/99, *Universale-Bau*, tuomio 12.12.2002, kohdat 76–79, asia C-327/00, *Santex*, kohdat 50–52 ja asia C-241/06, *Lämmerzahl*, kohdat 50–53. EIT on puolestaan todennut, että valituksia koskevat muoto- ja määräaika vaatimukset tarkoittavat hyvän oikeudenhoidon varmistamista ja oikeusvarmuuden edistämistä. Oikeutta päästä tuomioistuimeen ei kuitenkaan saa rajoittaa sillä tavoin tai siihen määrään, että loukataan oikeuden olennaista sisältöä.



Kunnallisvalitusta koskeva uusien valitusperusteiden esittämiskielto on oikeusjärjestelmässämme poikkeuksellinen. Hallintovalituksella vireille saatetussa asiassa vastaavaa rajoitusta ei tosiasiallisesti noudateta. Valituksen muuttamista koskeva hallintolainkäyttölain 27 §:n säännös on lähtökohdiltaan vastaava kuin siviiliprosessia koskevat oikeudenkäymiskaaren 14 luvun 2 §:n 1 ja 3 momentin säännökset.<sup>169</sup> Riita-asiassa voidaan vielä valmistelun aikana esittää uusia seikkoja kanteen tueksi edellyttäen, että asia ei sen johdosta muutu toiseksi. Hallintovalitusta käsiteltäessä virallisperiaatteen laajempi soveltaminen mahdollistaa asian ratkaisemiseen vaikuttavien seikkojen viran puolesta huomioon ottamisen. Riita-asiassa vaatimusta asian selvittämisestä turvaa puolestaan tuomioistuimen kyselyoikeus. Jos tuomioistuin havaitsee asianosaisen esityksen epäselväksi tai epätäydelliseksi, sen on käytettävä kyselyoikeuttaan ja tehtävä asianosaisille riitakysymysten selvittämistä varten tarpeelliset kysymykset.<sup>170</sup>

Asianosaisen oikeussuojatarpeiden näkökulmasta on ongelmallista, että oikeussuojan tosiasiallinen tehokkuus on riippuvainen käytettävissä olevasta oikeussuojatiestä ja oikeusturvan taso on erilainen riippuen siitä, minkä viranomaisen päätöksestä valitetaan. Tämän vuoksi perusteltua olisi, että tuomioistuimella olisi oikeus asianosaisen tekemää kunnallisvalitusta käsitellessään ottaa huomioon asian ratkaisemisessa merkitykselliset perusteet, vaikka asianosainen ei olekaan niihin määrääjässä vedonnut. Edellytykseksi tässä suhteessa voidaan asettaa, että valitusajan päättymisen jälkeen esitetty valitusperuste on yksilöity ja perusteltu.<sup>171</sup> Oikeusturva-vaatimusten mukaista myös olisi, että tuomioistuin asian selvittämiseen liittyvän prosessin johdon nojalla voisi kiinnittää asianosaisten huomion viranomaisen päätöksen ilmeiseltä vaikuttavaan virheellisyyteen silloinkin, kun asianosainen ei itse ole siihen vedonnut.<sup>172</sup> Tukea tällaiselle ajattelulle löytyy lainalaisuuden periaatteesta, joka edellyttää viranomaisen noudattavan tarkoin lakia. Oikeusvaltioperiaate huomioon ottaen on vaikea hyväksyä sitä, että tuomioistuimen tulisi jättää huomiotta viranomaisen toimintaan liittyvät ilmeiset lainvastaisuudet. Samalla on kuitenkin korostettava, että

---

Rajoituksilla täytyy myös olla hyväksyttävät tavoitteet ja käytettyjen keinojen tulee olla oikeassa suhteessa tavoitteisiinsa. Ks. mm. *Kadlec ym. v. Tšekki*, tuomio 25.5.2004.

<sup>169</sup> HE 271/1995 vp s. 53.

<sup>170</sup> Oikeudenkäymiskaaren 5 luvun valmistelua koskevat säännökset ja pääkäsittelyä koskeva 6 luvun 2a §. Ks. myös HE 79/1993 vp s. 20.

<sup>171</sup> Ks. myös *Kuusiniemi* 2010 s. 243 ja 245.

<sup>172</sup> Laittoman valtiontuen käsittelystä kansallisissa tuomioistuimissa kirjoittanut *Hartikainen* on pitänyt suomalaiselle lainkäytölle vieraana, että tuomari tilanteessa, jossa selvästi on kyse laittomasta valtiontuesta, ei oma-aloitteisesti nostaisi asiaa keskusteluun. *Hartikainen* on kuitenkin painottanut, että tosiasioista on selvästi ja suhteellisen yksiselitteisesti käytävä ilmi valtiontuen olemassaolo. Ks. *Hartikainen*, DL 2008 s. 408.

viran puolesta huomioon ottaminen edellyttää asianosaisten kuulemista esille nostetusta kysymyksestä.

## 8.4 Hankintayksikön harkintavalta ja sitä koskeva tuomioistuINVALVONTA

### 8.4.1 Harkintavallan tuomioistuinkontrollista

Määritettäessä viranomaisen harkintavaltaa ja sen laajuutta on erotettava toisistaan säännöksessä viranomaiselle jätetty harkintavalta ja säännöstä koskeva oikeudellinen tulkinta, vaikkakaan raja näiden välillä ei ole aina tarkka.<sup>173</sup> Joustavien oikeusnormien tulkintaa on sinänsä pidetty oikeusharkintaisena kysymyksenä.<sup>174</sup> Harkintavaltaa käyttäessään viranomainen valitsee lainmukaisista vaihtoehdoista sen, joka parhaiten toteuttaa hallinnon toiminnan tavoitteita, eikä tuomioistuimen tehtävänä ole puuttua tähän valintaan. Tulkintatilanteessa sen sijaan viime kädessä valitusta käsittelevä tuomioistuin arvioi, mikä mahdollisista tulkintavaihtoehdoista on ”lainmukaisin” ja säännöksen merkityssisällön mukainen.

Hallinnon lainalaisuuden vaatimus ja oikeusturvanäkökohdat perustelevat lähtökohtaa viranomaisen päätöksenteon oikeusharkintaisuudesta sekä tuomioistuinkontrollin ulkopuolelle jäävän harkintavallan poikkeusluonteesta.<sup>175</sup> Lain sanamuoto ja sen esityöt ovat keskeisiä arvioitaessa, onko lainsäätäjät tarkoittanut viranomaisen ratkaisevan asian harkintansa perusteella. Sen määrittäminen, onko viranomaisella harkintavaltaa, voi olla tulkintaa edellyttävä ratkaisu.<sup>176</sup> Viranomaisen harkintavaltaa ja sen rajoja arvioitaessa on otettava huomioon myös ne näkökohdat, joiden toteuttamiseksi viranomaisen katsotaan tarvitsevan harkintavaltaa. Kotkaksen esittämä jaottelu hallinnollisen harkinnan lajeista pohjautuu syihin, joiden vuoksi lainsäätäjät on jättänyt hallinnolle harkintavaltaa: muuttuvien olosuhteiden vuoksi (sopeuttamisharkinta), erityistä asiantuntemusta vaativissa hallintotoimissa (asiantuntijaharkinta), itsenäisen poliittisen harkintavallan antamiseksi (poliittinen harkinta) tai taloudellisen tehokkuuden varmistamiseksi (liikkeenjohdollinen harkinta).<sup>177</sup>

<sup>173</sup> Laakso 1990 s. 133. Tulkinnan ja harkinnan erosta ks. Laakso – Suviranta – Tarukannel 2006 s. 304–307.

<sup>174</sup> Mäenpää 1992 s. 153.

<sup>175</sup> Ks. myös Schwarze – Laakso – Kuuttiniemi 1999 s. 113.

<sup>176</sup> Tolvanen ja Tarukannel ovat lausuneet, että hallintotuomioistuimet joutuvat usein määrittelemään, mikä on se hallintoviranomaisen harkintavallan alue, jolle ”tuomioistuin ei voi mennä samalla tavalla kuin hallintoviranomainen”. Ks. Tolvanen – Tarukannel, LM 2011 s. 1123.

<sup>177</sup> Kotkas, LM 2011, s. 1137. Tuomioistuinkontrollin näkökulmasta Mäenpää on todennut tekijöinä, jotka perustelevat hallintotuomioistuinten pidättyvää puuttumista viranomaisen

Harkintavallan määrittely jää väistämättä varsin yleisluonteiseksi. Harkinnan konkreettinen sisältö ja laajuus täsmentyvät vasta asian luonteen ja jopa kyseessä olevan yksittäisen tapauksen arvioinnin perusteella.<sup>178</sup> Vastaavasti tuomioistuimen tutkinnan laajuuden ja tiiviyyden määrittäminen kattavalla tavalla on ongelmallista. Asian luonne vaikuttaa tuomioistuimelta edellyttävään toimivaltaan, ja kontrollitiiviys voi siten vaihdella ratkaistavan asian luonteen mukaan. Tuomioistuimen tehtävänä on valvoa viranomaiselle kuuluvan harkintavallan käytön lainmukaisuutta, mutta konkreettisempi kysymys on, mitä tuomioistuinkontrolli sisältää ja mitä jää sen ulkopuolelle.<sup>179</sup> Selvää on, että tuomioistuimen on tutkittava menettelysäännösten ja perusteluvollisuuden noudattaminen. Samoin tuomioistuimen kuuluu valvoa hallinnon oikeusperiaatteiden noudattamista. Myös perusoikeuksien (sekä kansallisten että EU-perusoikeuksien) ja ihmisoikeuksien asettamien vaatimusten täyttyminen on varmistettava. Tämä merkitsee paitsi oikeusturvan takaamista myös muiden perusoikeuksien huomioon ottamista. *Mäenpää* onkin todennut eurooppaoikeudellisten tekijöiden ja lain perustuslainmukaisuuden valvontaan liittyvän toimivallan laajentaneen hallintotuomioistuimen toimivaltaa.<sup>180</sup> Tuomioistuimen tehtävänä on myös tutkia päätöksen perusteena olevien seikkojen paikkansa pitävyys ja niistä tehtyjen päätelmien oikeellisuus. Tällöin joudutaan kuitenkin jo liukuvalla asteikolla, sillä viranomaisen erityisasiantuntemuksen alalla päätöksenteon perusteena olevista seikoista tehdyt päätelmät voivat liittyä viranomaiselle annetun harkintavallan käyttöön.<sup>181</sup> Toimivallanjaon näkökulmasta lähtökohtana on, ettei tuomioistuimen tule tällöin korvata viranomaisen arviointia ja päätöstä omalla arvioinnillaan.

---

toimintaan, policy-näkökohtien lisäksi hallinnollisen erityisasiantuntemuksen sekä tilannekohtaisen harkinnan tarpeellisuuden. Ks. *Mäenpää* 2005 s. 285.

<sup>178</sup> *Tarukannel* on todennut, että harkintavallan ulottuvuus on ratkaistava aina myös tapauskohtaisesti oikeusturvanäkökohdat huomioon ottaen. Ks. *Tarukannel* 2002 s. 72.

<sup>179</sup> Ks. myös *Suviranta*, DL 2005 s. 243 ss. Viestintä- ja sähkömarkkina-asioissa kysymys viranomaisen harkintavallasta ja sen kontrollista on noussut esille hinnoittelun kohtuullisuuden laskentamenetelmien osalta. Sähkömarkkinoita koskevassa ratkaisussa KHO 2010:86 korkein hallinto-oikeus lausui, ettei sähkömarkkina-alueella ole tarkemmin säädetty hinnoittelun kohtuullisuutta varmistavista laskentamenetelmistä ja että laissa on jätetty Energiamarkkinavirastolle laaja harkintavalta hinnoittelun kohtuullisuuden arviointiperusteiden kehittämisessä. KHO lausui päätöksessään, ettei asiassa esitetyn selvityksen perusteella ollut mahdollista todeta, kumpi laskentamenetelmä tuotti kustannuksen laskennan kannalta oikeamman ja siten hinnoittelun kohtuullisuuden arvioinnin kannalta paremman lopputuloksen. Markkinaoikeuden ei olisi tullut sille esitetyn selvityksen perusteella kumota Energiamarkkinaviraston päätöstä tältä osin ja muuttaa viraston päätöksessä vahvistettua laskentamenetelmää. Myös viestintämarkkinoita koskevassa ratkaisussa KHO 2012:58 todettiin viestintämarkkina-alueella jätetyn Viestintävirastolle laaja harkintavalta hinnoittelun kohtuullisuuden arviointiperusteiden määrittämisessä.

<sup>180</sup> *Mäenpää* 2008 s. 145.

<sup>181</sup> Ks. harkintavallan käytön kontrollista myös *Tolvanen – Tarukannel*, LM 2011 s. 1122–1125.

Tuomioistuimen tutkimisvaltaan kuuluvien seikkojen määrittelemine ei kuitenkaan anna tyhjentävää kuvaa tuomioistuinkontrollin laajuudesta ja syvyydestä. Tutkinnan intensiteetti voi vaihdella asiaryhmittäin ja siihen voi liittyä eri ajanjaksoina erilaisia painotuksia. *Craig* on todennut unionin tuomioistuinten harjoittaman tutkinnan intensiteetin vaihdelleen, vaikka muodollisesti tutkinta on ulottunut samoihin kysymyksiin.<sup>182</sup> Tutkinnan tiiviys onkin viime kädessä nähtävissä kunkin konkreettisen tapauksen ratkaisusta.

#### 8.4.2 Harkintavallasta hankinta-asioissa

Vaikka hankintadirektiiveihin perustuva hankintamenettelyn sääntely on varsin sekkaperäistä, hankintalainsäädäntö jättää kuitenkin hankintayksikölle tietyltä osin harkintavaltaa hankinnan toteuttamisessa. Hankintalainsäädäntö asettaa sinänsä yksityiskohtaisiakin menettelyvaatimuksia, mutta näiden menettelyvaatimusten puitteissa hankintayksiköllä on harkintavaltaa hankintaan liittyviä ratkaisuja tehdessään. Hankintalakien ulkopuolelle jäävissä hankinnoissa viranomaisen menettelyä arvioidaan hallintolakiin sisältyvien hallinnon oikeusperiaatteiden nojalla, eikä muuta laintasoista sääntelyä ole. Hankintamenettelyä ohjaavat myös viranomaisen hankintasäännöt ja -ohjeet ja tarjouskilpailun ratkaisua määrittävät lisäksi viranomaisen asettamat tarjouskilpailun ehdot.<sup>183</sup> Hankintalakien ulkopuolella viranomaisten harkintavalta on jo lähtökohtaisesti huomattavasti laajempaa kuin hankintalakien soveltamisalalla. Hankintalakien soveltamispiiriin kuuluvissa hankinnoissa on sekä oikeusharkintaisia että harkintavaltaa sisältäviä asioita, mutta hankintalakien ulkopuolella usein kyse on lähinnä harkintavallan laajuuden määrittämisestä sekä sen pohtimisesta, jääkö harkintavalta joissakin asioissa kokonaisuudessaan tuomioistuinkontrollin ulkopuolelle.

Seuraavaksi tarkastellaan eräitä sellaisia hankintamenettelyyn liittyviä ratkaisutilanteita, joissa hankintalain soveltamiskäytännössä hankintayksiköllä on katsottu olevan harkintavaltaa. Tarkastelun avulla pyritään selvittämään, millainen harkintavalta hankintayksikölle jää ja miten harkintavallan käyttöä kontrolloidaan. Samalla tarkoituksena on myös määrittää, millainen tuomioistuINVALVONTA koskisi kyseisen kaltaisia tilanteita hankintalakien ulkopuolella sekä arvioida, muodostuuko tuomioistuinkontrollin tiiviys tässä suhteessa erilaiseksi näissä asioissa muutoin noudatettuun kontrolliin verrattuna. Hankintalakien ulkopuolella olevien hankintojen tarkastelu suoritetaan kansallisten säännösten pohjalta, eikä EU-oikeudesta seuraavia hankintamenettelyä koskevia vaatimuksia tässä yhteydessä erikseen käsitellä.

<sup>182</sup> *Craig* 2012 s. 408–409. *Craig* on lausunut seuraavasti: “although the ‘formal test’ has remained constant its interpretation has altered over time”. Ks. myös *Craig* 2012 s. 439–440.

<sup>183</sup> Hankintasääntöjen ja -ohjeiden sitovuudesta ks. *Nenonen* 2011 s. 345–348.

Hankintalainsäädäntö ei määritä, miten hankintayksikön on palvelut tuotettava. Viranomaisen on siten oikeutettu päättämään, ostaako se palvelut omana työnä tekemisen sijaan. Jos palvelut päätetään kilpailuttaa, hankintalaissa asetettuja menettelysäännöksiä on noudatettava hankintaa tehtäessä. Harkintavallan käyttöä sosiaalioikeuden alalla koskevassa tarkastelussaan Kotkas on todennut kunnalle jätetyn varsin laajan harkintavallan sosiaali- ja terveydenhuoltopalvelujen järjestämistavan valinnassa ja todennut kyse olevan poliittisesta eli tarkoituksenmukaisuusharkinnasta. Kotkas on esimerkkinä maininnut, ettei kunnan asukas voi tehdä kunnallisvalitusta kunnanvaltuuston päätöksestä hoitaa itse terveystyöt vedoten perusteena valitukselleen siihen, että kunnan terveydenhuollon kustannukset muodostuisivat pienemmiksi, jos ne ostettaisiin yksityiseltä palveluntuottajalta.<sup>184</sup> Laillisuusperusteinen kunnallisvalitus ei voisi myöskään menestyä, jos sen tekisi palveluja tarjoava yritys sillä perusteella, että palvelujen hankinnasta olisi tullut järjestää tarjouskilpailu kunnan päätettyä tuottaa palvelut omana työnään. Kun tarkoituksenmukaisuusperusteella tehtyä hallintovalitusta ei katsota enää mahdolliseksi, markkinoilla toimiva yritys ei voisi myöskään saattaa vastaavaa valtion viranomaisen ratkaisua tuomioistuimen tutkittavaksi. Policy-luonteinen päätöksenteko jää siten tuomioistuinkontrollin ulkopuolelle.

Päätettyään ostaa tuotteet tai palvelut taikka teettää rakennusurakan hankintayksikön on määriteltävä tarjouskilpailun ehdot. Hankintalainsäädäntö jättää viranomaiselle harkintavaltaa tarjouskilpailujen ehtojen asettamisessa. Hankintayksiköllä on oikeus määrittää hankinnan kohde ja sisältö sekä sen ominaisuudet. Markkinaoikeuden tehtävänä on arvioida hankintamenettelyn hankintalain mukaisuutta, eikä hankinnan kohteen tarkoituksenmukaisuuden arviointi kuulu markkinaoikeuden toimivaltaan.<sup>185</sup> Vastaava koskee myös tarjouskilpailun ratkaisemisen perusteiden asettamista. Hankintayksiköllä on harkintavaltaa määrittäessään perusteet, joilla toimittaja valitaan.<sup>186</sup> Kuten *Virtanen* on todennut, menestymisen mahdollisuuksia ei käytännössä ole valituksella, jossa markkinaoikeudessa vaadittaisiin muun kuin hankintayksikön valitseman, tarjoajan mielestä paremman arviointiperusteen käyttöä.<sup>187</sup> Hankinnan kohteeseen

<sup>184</sup> *Kotkas*, LM 2011 s. 1146–1147.

<sup>185</sup> Ks. *Virtanen* 2008 s. 679. Hankintalain 2 §:n 2 momentti sisältää hankintatoiminnan järjestämisen periaatteita koskevan säännöksen. Hankintalakia koskevassa hallituksen esityksessä pykälän yksityiskohtaisissa perusteluissa todetaan, että momentti olisi suosituksenluontoinen ja että hankintojen tarkoituksenmukaisin järjestämistapa jäisi kuitenkin hankintayksiköiden harkintavaltaan ja vastuulle. Ks. HE 50/2006 vp s. 48.

<sup>186</sup> Hankintalain mukaan tarjouksen valintaperusteeksi voidaan asettaa tarjouksen hinta tai tarjouksen kokonaistaloudellinen edullisuus hankinnan kohteeseen liittyvien vertailuperusteiden mukaisesti, ks. hankintalain 62 ja 72 §.

<sup>187</sup> *Virtanen* 2008 s. 690.

ja tarjouksen valintaperusteiden määrittämiseen liittyvää harkintavaltaa voidaan Kotkaksen tavoin kutsua liikkeenjohdolliseksi harkinnaksi.<sup>188</sup> Tätä hankintayksikön harkintavaltaa rajoittaa kuitenkin hankintalakiin sisältyvä tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun vaatimus: hankinnan kohteen määrittelyssä ja valinta- ja vertailuperusteiden asettamisessa ei saa syrjiä tai suosia tiettyä toimittajaa.<sup>189</sup> Hankintayksikön harkintavaltaa hankinnan kohteen määrittelyssä ja tarjouksen vertailuperusteiden asettamisessa saattaa kaventaa myös erityislainsäädäntö, joka asettaa vaatimuksia hankittavien tuotteiden tai palvelujen sisällölle.

Myöskään hankintalakien soveltamisalan ulkopuolelle jäävissä hankinnoissa tuomioistuinkontrollin piiriin ei voida katsoa kuuluvan hankinnan kohteen ja tarjouskilpailun ratkaisemisen perusteiden tarkoituksenmukaisuuden arviointi. Tarjouskilpailun ehtojen asettamista ohjaavat mahdolliset viranomaisen hankintasäännöt ja -ohjeet. Viranomaiselle jäävää harkintavaltaa rajoittavat hallinnon oikeusperiaatteet, ja yhdenvertaisuusperiaate edellyttää vastaavaan tapaan kuin hankintalain soveltamisalalla, ettei hankinnan kohdetta tai tarjouskilpailun ratkaisemisen perusteita määritellä tiettyä tarjoajaa suosien tai syrjiä.<sup>190</sup>

Tarjouskilpailun ratkaisemisesta päättäessään hankintalain soveltamisalaan kuuluvissa hankinnoissa hankintayksikön on arvioitava saatuja tarjouksia asettamiensa tarjouksen valinta- ja vertailuperusteiden nojalla objektiivisesti ja tasapuolisesti.<sup>191</sup> Tehty hankintapäätös on myös perusteltava. Hankintalakia koskevassa oikeuskäytännössä hankintayksiköllä on katsottu olevan harkintavaltaa kokonaistaloudellisen edullisuuden vertailuperusteiden soveltamisessa.<sup>192</sup> Käytännössä tämä tarkoittaa ilmoitettujen tarjousten arviointiperusteiden puitteissa hankintayksikölle jäävää harkintavaltaa pisteytysperusteiden tai muiden vertailumenetelmien käytössä ja pisteytyksessä.<sup>193</sup> Muut kuin hintaan liittyvät vertailuperusteet eivät useinkaan yksiselitteisellä tavalla määritä tarjousten vertailun lop-

<sup>188</sup> *Kotkas*, LM 2011 s. 1148–1149.

<sup>189</sup> Hankintalakia koskevassa hallituksen esityksessä lausutun mukaan kansallisessa oikeuskäytännössä on vakiintuneesti katsottu, että hankintayksikön harkintavaltaan voidaan puuttua vain silloin, jos valintaperusteen tai vertailuperusteen asettamisessa on syyllistytty syrjintään. Ks. HE 50/2006 vp s. 105. EUT:n oikeuskäytännön mukaisesti vertailuperusteiden on liityttävä hankinnan kohteeseen, eivätkä ne saa antaa hankintaviranomaiselle rajoittamatonta valinnanvapautta. Ks. mm. *Ukkola*, LM 2011 s. 326–327.

<sup>190</sup> Toisin kuin hankintalain soveltamisalalla hankintayksikön menettelyn tasapuolisuus ja syrjimättömyys tarjouskilpailun ehtojen määrittämisessä voi käytännössä tulla tutkittavaksi vasta viranomaisen hankintapäätöksestä valitettaessa. Hankintalaki mahdollistaa valituksen tekemisen jo tarjouspyyntöasiakirjoista. Ks. hankintalain 86 § ja 94 §.

<sup>191</sup> Ks. *Virtanen* 2008 s. 767–769 ja *Eskola – Ruohoniemi* 2007 s. 309.

<sup>192</sup> Ks. mm. KHO 20.3.2012 t. 644 ja KHO 5.10.2012 t. 2662.

<sup>193</sup> *Virtanen* 2008 s. 769.

putulosta, vaan vertailuun liittyy arvioelementtejä.<sup>194</sup> Toimeenpanovallan ja tuomiovallan välisen toimivallanjaon mukaista myöskin on, ettei tuomioistuin korvaa hankintayksikön tarjousten vertailussa tekemää arviointia omalla arvioinnillaan. Tuomioistuimen tehtävänä ei siten ole tarjousten vertailuun liittyvä tarjousten arvioinnin tai tarjousten pisteytyksen suorittaminen.<sup>195</sup> Tarjousten vertailussa hankintayksikön voidaan yleensä katsoa olevan oman asiantuntemuksensa perustella paras arvioimaan, mikä annetuista tarjouksista vastaa parhaiten sen asettamia vertailuperusteita. Hankintayksikön oman arvioinnin merkitys korostuu asioissa, joissa sillä on erityisasiantuntemusta hankittavista tuotteista ja palveluista. Kyse on tällöin luonteeltaan hankintayksikön erityisasiantuntemukseen perustuvan harkintavallan käyttämisestä.

Tarjousten vertailuun liittyvää harkintavaltaa käyttäessään hankintayksikön on kuitenkin otettava huomioon hankintalaissa asetettu tarjoajien tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun vaatimus, minkä noudattamista tuomioistuimen on valvottava. Tuomioistuimen kontrolloitavaksi jää paitsi tarjousten vertailun puolueettomuus ja objektiivisuus myös se, että hankintapäätös on tehty käyttäen ilmoitettuja valinta- ja vertailuperusteita, tarjousten vertailun perusteena on käytetty oikeita tietoja ja hankintapäätös on perusteltu. Vastaavankaltaista tuomioistuinvalvontaa on perusteltua soveltaa myös hankintalakien ulkopuolella siltä osin kuin valittaja vetoaa hankintayksikön menettelyn virheellisyyteen tarjousten vertailussa. Viranomaisen harkintavallan käyttöä tarjousten vertailussa rajoittaa vaatimus yhdenvertaisuusperiaatteen noudattamisesta, mikä merkitsee tuomioistuinvalvonnan näkökulmasta vaatimusta varmistua tarjousten vertailun puolueettomuudesta ja objektiivisuudesta.

Hankintamenettelyn eri vaiheissa hankintayksikölle jäävä harkintavalta voi olla luonteeltaan erityyppistä. Harkintavallan käyttö ei ole kuitenkaan vapaata, ja sen valvonta kuuluu tuomioistuinvalvonnan piiriin. Hankintalain soveltamisalalla hankintayksikön harkintavaltaa rajoittaa hankintalainsäädäntöön sisältyvä tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun vaatimus, hankintalakien ulkopuolella yhdenvertaisuusperiaate. Hankinnan tekevällä viranomaisella on harkintavaltaa hankintamenettelyn eri vaiheissa, mutta vastaavaan tapaan kuin muissakin hallintoasioissa harkintavalta ei ole rajoittamatonta, vaan sen käyttöä kontrolloidaan hallinnon oikeusperiaatteiden ja erityisesti yhdenvertaisuusperiaatteen nojalla. Kun hankintalakien ulkopuolella hallinnon oikeusperiaatteet ovat muutoinkin hankintamenettelyn arvioinnin perusteena, kontrollin tiiviyydessä ei käytännössä ole eroa eri asioissa.

<sup>194</sup> Ks. *Pekkala – Pohjonen* 2010 s. 462–463. *Pekkala* ja *Pohjonen* ovat viitanneet subjektiiviseen arviointiin perustuvina seikkoina esimerkiksi esteettisiin seikkoihin.

<sup>195</sup> Ks. myös *Virtanen* 2008 s. 769.

## 9 JOHTOPÄÄTÖKSIÄ

Hankintalakien ulkopuolelle jäävissä hankinnoissa oikeussuojakeinona olevat hallinto-oikeudelliset muutoksenhakukeinot, hallintovalitus ja kunnallisvalitus, antavat tuomioistuimelle erilaajuisen toimivallan. Ero on pelkistettävissä siten, että hallintovalituksen mahdollistama tuomioistuimen toimivalta on hankinta-asioiden tarkoituksenmukaisen tuomioistuINVALVONNAN näkökulmasta liiankin laaja, kun taas kunnallisvalituksessa tuomioistuimen toimivalta saattaa muodostua osin riittämättömäksi.

Hallintovalituksen tekemistä tarkoituksenmukaisuusperusteella ei katsota enää käytännössä mahdolliseksi. Tarkoituksenmukaisuusvalitus soveltuisikin hankinta-asioihin huonosti. Lisäksi seurauksena olisi, että hankintalakien ulkopuolella hankintapäätöksistä voisi valittaa laajemmin kuin hankintalakien soveltamisalalla. Hallintovalituksen johdosta myös hankintapäätöksen muuttaminen olisi mahdollista, mutta hankinta-asioiden luonteen vuoksi tuomioistuinten olisi syytä noudattaa pidättyväisyyttä tässä suhteessa ja vain kumota virheelliseksi katsomansa hankintapäätös, kuten pääsääntöisesti menetellään kunnallisvalituksella vireille saatetussa asiassa.

Kunnallisvalituksessa valittaja ei voi esittää uusia valitusperusteita valitusajan päättymisen jälkeen. Hallintovalituksessa uusien valitusperusteiden esittämistä ei ole vastaavalla tavalla käytännössä rajoitettu. EU-oikeuden näkökulmasta uusien valitusperusteiden esittämiskielto saattaa olla tehokkuusperiaatteen vastainen esimerkiksi tilanteissa, joissa viranomaisen menettelyn vuoksi asianosainen ei ole voinut määräajassa vedota valitusperusteeseen. Voidaan myös kysyä, onko ylipäätään perusteltavissa, että asianosaisen oikeussuojan taso on riippuvainen käytettävissä olevasta oikeussuojatiestä ja siitä, minkä viranomaisen päätöksestä valitetaan. Tuomioistuimella tulisikin olla oikeus asianosaisen tekemää kunnallisvalitusta käsitellessään ottaa huomioon asian ratkaisemisessa merkitykselliset, perustellut ja yksilöidyt perusteet.

Kun vallitseva kanta on, ettei hallintovalitus tarkoituksenmukaisuusperusteella ole enää mahdollinen, kysymys toimeenpanovallan ja tuomiovallan välisestä toimivallanjaosta on kääntynyt kysymykseksi viranomaiselle jäävästä harkintavallasta ja sitä koskevasta tuomioistuinkontrollista. Viranomaisen harkintaa sisältävien ratkaisujen tuomioistuinkontrolliin on otettu kantaa myös EIT:n ja EUT:n oikeuskäytännöissä. Harkintavallan määrittely viranomaisen näkökulmasta tarkoittaa muun muassa erityyppistä harkintavaltaa sisältävien tilanteiden erottelua, kun taas tuomioistuimen näkökulmasta kyse on ennen kaikkea harkintavaltaa koskevan tuomioistuINVALVONNAN laajuudesta. Viranomaiselle harkintavaltaa jättävässä asiassa tuomiois-



tuimen on kontrolloitava menettelysäännösten ja perusteluvelvollisuuden sekä hallinnon oikeusperiaatteiden noudattamista. Myös perusoikeuksien ja ihmisoikeuksien asettamien vaatimusten täyttyminen on varmistettava. Tuomioistuimen tehtävänä on myös tutkia päätöksen perusteena olevien seikkojen paikkansa pitävyys ja niistä tehtyjen päätelmien virheettömyys.

Hankintalakien ulkopuolelle jäävässä hankinnassa viranomaisella on harkintavaltaa hankintamenettelyn eri vaiheissa, mutta harkintavalta ei ole rajoittamatonta, vaan sitä kontrolloidaan hallinnon oikeusperiaatteiden ja erityisesti yhdenvertaisuusperiaatteen nojalla. Kun hankintalakien ulkopuolella hankintamenettelyä muutoinkin arvioidaan hallinnon oikeusperiaatteiden pohjalta, kontrollin tiivys ei käytännössä muodostu erilaiseksi eri asioissa.

## LÄHTEET

### Kirjallisuus

- Aer, Janne:* Oikeussuojan ulottuvuus hallinnossa: hallintolainkäytön antaman oikeussuojan merkitys viranomaistoiminnan auktoriteetin kannalta. Kauppakaari Oyj Lakimiesliiton Kustannus, Helsinki 2000.
- Aer, Janne:* Vaatimusten perustelut hallintoprosessissa. Defensor Legis N:o 5/2008 s. 759–773.
- Arnall, Anthony:* The Principle of Effective Judicial Protection in EU law: An Unruly Horse? (2011) 36 *European Law Review* s. 51–70.
- Craig, Paul:* *EU Administrative Law.* Oxford University Press, 2012.
- Craig, Paul – de Búrca, Gráinne:* *EU Law. Text, Cases, and Materials.* Oxford University Press, 2007.
- Danelius, Hans:* Mänskliga rättigheter i europeisk praxis. En kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna. Norstedts Juridik AB, Vällingby 2012.
- Dischendorfer, Martin – Fruhmann, Michael:* The Reviewability under EC Law of the Decision to Withdraw an Invitation to Tender: A Note on the Judgment of the Court of Justice in Case C-92/00, *Hospital Ingenieure Krankenhaus-technik Planungs GmbH (HI) v. Stadt Wien*, June 18, 2002. (2002) 11 *Public Procurement Law Review Issue* 6 s. NA126–132.
- Dougan, Michael:* *National Remedies before the Court of Justice. Issues of Harmonisation and Differentiation.* Hart Publishing, 2004.
- Engström, Johanna:* *The Europeanisation of Remedies and Procedures through Judge-made Law – Can a Trojan Horse Achieve Effectiveness? – Experiences of the Swedish Judiciary.* Väitöskirja, European University Institute, Department of Law, 2009.
- Ervo, Laura:* *Oikeudenmukainen oikeudenkäynti.* WSOY, Helsinki 2005.
- Eskola, Saira – Ruohoniemi, Erkki:* *Julkiset hankinnat.* WSOYpro, Helsinki 2007.
- Hallberg, Pekka – Ignatius, Pirkko – Kanninen, Heikki:* *Hallintolainkäyttölaki.* Kauppakaari Oyj Lakimiesliiton Kustannus, Helsinki 1997.

- Hannus, Arno – Hallberg, Pekka – Niemi, Anne E.:* Kuntalaki. WSOYpro Oy, Helsinki 2009.
- Harjula, Heikki – Prättälä, Kari:* Kuntalaki. Tausta ja tulkinat. Talentum, Helsinki 2012.
- Harris, David – O’Boyle, Michael – Warbrick, Colin:* Law of the European Convention on Human Rights. Oxford University Press, New York 2009.
- Hartikainen, Sami:* Sääntöjenvastainen valtioneuvoston ja takaisinperintä. Defensor Legis N:o 3/2008 s. 390–414.
- Jacobs, Francis G. – White, Robin C. A. – Ovey, Clare:* The European Convention on Human Rights. Oxford University Press, New York 2010.
- Jans, Jan – de Lange, Roel – Prechal, Sacha – Widdershoven, Rob:* Europeanisation of Public Law. Europa Law Publishing, Groningen 2007.
- Kanninen, Heikki:* ”Juger l’administration, c’est encore administrer” -maksimi nykyajan hallintolainkäytön valossa. Teoksessa Avoin, tehokas ja riippumaton, Olli Mäenpää 60 vuotta juhla-kirja s. 217–231. Edita Prima Oy, Helsinki 2010.
- Kanninen, Heikki:* Tuomioistuinkontrollin laajuus EU:n kilpailuasioissa – suppeaa, normaalia vai laajaa kontrollia? Defensor Legis N:o 4/2012 s. 456–469.
- Kotkas, Toomas:* Hallinto-oikeudellisen harkintavaltuuden päivitys kotimaisen sosiaalioikeudellisen lainsäädännön valossa. Lakimies 6/2011 s. 1130–1151.
- Koulu, Risto:* Lainkäyttöä vai hallintolainkäyttöä? Hansaprint Direct Oy, Vantaa 2012.
- Kulla, Heikki:* Menettelyvirheen vaikutuksista. Teoksessa Nuolimaa, Risto – Vihervuori, Pekka – Klemettinen, Hannele (toim.), Juhla-julkaisu Pekka Hallberg 1944–12/6–2004 s. 167–177. Suomalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki 2004.
- Kuusiniemi, Kari:* Kunnallisvalitus, uudet valitusperusteet ja EU-oikeus. Teoksessa Avoin, tehokas ja riippumaton, Olli Mäenpää 60 vuotta juhla-kirja s. 233–249. Edita Prima Oy, Helsinki 2010.
- Laakso, Seppo:* Oikeudellisesta sääntelystä ja päätöksenteosta erityisesti julkisoikeuden alalla. Valtionhallinnon kehittämiskeskus, Valtion painatuskeskus, Helsinki 1990.
- Laakso, Seppo – Suviranta, Outi – Tarukannel, Veijo:* Yleishallinto-oikeus. Tampereen yliopisto, Oikeustieteiden laitos 2006.
- Mäenpää, Olli:* Hallintolupa. Suomen Lakimiesliiton Kustannus Oy, Helsinki 1992.
- Mäenpää, Olli:* Hallintotuomioistuimien, hallintoviranomainen ja oikeusturva. Teoksessa Myrsky, Matti – Vartiainen, Perttu – Miettinen, Tarmo (toim.): Juhla-kirja Teuvo Pohjolainen 1945–14/10–2005 s. 284–301. Joensuun yliopisto, Joensuu 2005.
- Mäenpää, Olli:* Hallintoprosessioikeus. WSOYpro, Helsinki 2007.
- Mäenpää, Olli:* Tarkoituksenmukaisuus – vallanjoon rajapyykki? Teoksessa Hurri, Samuli (toim.): Demokraattisen oikeuden ehdot, Kritiikki, politiikka, kulttuuri, Kaarlo Tuorin 60-vuotisjuhla-kirja s. 137–147. Tutkijaliitto, Helsinki 2008.
- Mäenpää, Olli:* Eurooppalainen hallinto-oikeus. Talentum, Helsinki 2011.
- Mäkinen, Eija:* Kunnallisvalitus. Kiusantekoa vai tarpeellista valvontaa ja oikeusturvaa? Edita Prima Oy, Helsinki 2010. (Mäkinen 2010a).
- Mäkinen, Eija:* Kunnallisvalituksen tulevaisuus. Teoksessa Avoin, tehokas ja riippumaton, Olli Mäenpää 60 vuotta juhla-kirja s. 251–259. Edita Prima Oy, Helsinki 2010. (Mäkinen 2010b).
- Nenonen, Anne:* Syrjinnän kiellon ja avoimuuden periaatteet hankintadirektiivien soveltamisalan ulkopuolelle jäävissä hankinnoissa. Lakimies 1/2009 s. 83–111. (Nenonen, LM 2009a).

- Nenonen, Anne:* Rajat ylittävä intressi julkisissa hankinnoissa. Lakimies 6/2009 s. 956–982. (Nenonen, LM 2009b)
- Nenonen, Anne:* Hallinto-oikeudellinen valitus ja tuomioistuimeen pääsy hankintalakiin ulkopuolelle jäävissä hankinnoissa. Oikeustiede–Jurisprudentia XLIV: 2011, Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen vuosikirja s. 335–405.
- Nenonen, Anne:* Oikeussuojaa koskevat vaatimukset julkisissa hankinnoissa EU-oikeuden alalla. Oikeustiede–Jurisprudentia XLV:2012, Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen vuosikirja s. 63–137.
- Niemi, Anne E.:* Tehokkaan oikeussuojan piirteitä. Teoksessa Avoin, tehokas ja riippumaton, Olli Mäenpää 60 vuotta juhla kirjja s. 261–271. Edita Prima Oy, Helsinki 2010.
- Nousiainen, Kevät – Pöysti, Tuomas:* Vastavaittäjien lausunto Auri Pakarisen väitöskirja-tutkimuksesta ”Tapaustutkimuksia lainvalmistelun kehittämistä ja sääntelyn toimivuudesta”. Oikeus 4/2012 s. 609–617.
- Ojanen, Tuomas:* Perusoikeuspluralismi kotimaisessa tuomioistuimessa. Defensor Legis N:o 4/2011 s. 442–455.
- Pekkala, Elise – Pohjonen, Mika:* Hankintojen kilpailuttaminen. Tietosanomaa Oy, Helsinki 2010.
- Pellonpää, Matti:* Oikeudenmukainen oikeudenkäynti ja hallintolainkäyttö – kehityslinjat. Teoksessa Korkein hallinto-oikeus 90 vuotta (toim. Esa Aalto et. al.) s. 625–643. Keuruu 2008.
- Pellonpää, Matti:* Euroopan ihmisoikeussopimuksen hallintomenettelylle ja lainkäytölle asettamat vaatimukset ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännön valossa. Teoksessa Hollo, Erkki J. (toim.): Kansallinen oikeus ja liittovaltioistuva Eurooppa s. 219–237. Suomalainen Lakimiesyhdistys. Helsinki 2009.
- Pellonpää, Matti – Gullans, Monica – Pölönen, Pasi – Tapanila, Antti:* Euroopan ihmisoikeussopimus. Talentum, Helsinki 2012.
- Pohjalainen, Teuvo – Tarukannel, Veijo:* Hallinnon oikeussuojajärjestelmän kehittämisen tarpeesta. Defensor Legis N:o 6/2004 s. 1113–1123.
- Prechal, Sacha:* Community Law in National Courts: the Lessons from van Schijndel. 35 Common Market Law Review 1998 s. 681–706.
- Schwarze, Jürgen – Laakso, Seppo – Kuuttiniemi, Kirsi:* Eurooppalaisen hallinto-oikeuden keskeiset periaatteet. Valtiovarainministeriö, Tutkimukset ja selvitykset 10/99. Helsinki 1999.
- Sibony, Anne-Lise:* Case C-272/09 P, *KME Germany and others v. Commission*, Judgement of the Court of Justice (Second Chamber) of 8 December 2011. Common Market Law Review 49: 1977–2002, 2012.
- Siitari-Vanne, Eija:* Perusoikeuskirja kohtaa kilpailuoikeuden – ensivaikutelmia unionin tuomioistuimen ratkaisukäytännön perusteella. Kilpailuoikeudellinen vuosikirja 2011 s. 203–226. Multiprint Oy, Vantaa 2012.
- Suviranta, Outi:* Hallintovalitus, hallintotoiminnan tuomioistuinkontrolli ja tuomioistuimen ratkaisuvallta. Defensor Legis N:o 2/2005 s. 231–247.
- Suviranta, Outi:* Hallintotoiminnan tuomioistuinvalvonta – ja sukulaiskäsitteitä. Teoksessa Anttila, Erno ja Koillinen, Mikael (toim.): Hallinto ja hallintolainkäyttö, Juhlajulkaisu Heikki Kulla 1950–28/8–2010 s. 297–308. Turun yliopisto, Oikeustieteellinen tiedekunta 2010.
- Södergren, Patrik:* Vem dömer i gråzonen? Domstolsprövning i gränsländet mellan offentlig rätt och privaträtt. Iustus Förlag AB, Uppsala 2009.

- Tarukannel, Veijo*: Hallintolainkäyttö oikeusvaltiossa. Teoksessa Aarnio, Aulis – Uusitupa, Timo (toim.): Oikeusvaltio s. 61–105. Kauppakaari Oyj Lakimiesliiton Kustannus, Helsinki 2002.
- Tarukannel, Veijo – Jukarainen, Heikki*: Oikeudenkäynti hallintotuomioistuimessa. Tampereen yliopisto, Julkisoikeuden laitos 1999.
- Tolvanen, Matti – Tarukannel, Veijo*: Näyttöratkaisu hallintolainkäytössä. Lakimies 6/2011 s. 1107–1129.
- Tridimas, Takis*: The General Principles of EU Law. Oxford University Press, 2006.
- Ukkola, Markus*: Hankintamenettelyn kriteerit. Lakimies 2/2011 s. 320–340.
- Virtanen, Pertti*: Suomen hankintalainsäädäntö. Teoksessa Aalto-Setälä, Ilkka – Aine, Antti – Lehto, Petri – Parikka, Julius – Petäjämäki-Björklund, Anne – Stenberg, Markku – Virtanen, Pertti: Kilpailulait ja laki julkisista hankinnoista s. 529–819. Tietosanoma Oy, Helsinki 2008. (Virtanen 2008)
- Ward, Angela*: Judicial Review and the Rights of Private Parties in EU Law. Oxford University Press, 2007.
- Weiß, Wolfgang*: Human rights and EU antitrust enforcement: news from Lisbon. [2011] European Competition Law Review, Issue 4 s. 186–195.

## Virallisaineisto

- Euroopan unionin perusoikeuskirjan selitykset. EUVL 2007/C 303 s. 17.
- Hallituksen esitys HE 79/1993 vp Eduskunnalle laiksi alioikeusuudistuksen siirtymäsäännöksistä sekä eräiksi muiksi alioikeusuudistuksen voimaansaattamiseen liittyviksi laeiksi.
- Hallituksen esitys HE 271/1995 vp Eduskunnalle laiksi hallintolainkäytöstä ja siihen liittyväksi lainsäädännöksi.
- Hallituksen esitys HE 50/2006 vp Eduskunnalle laeiksi julkisista hankinnoista sekä vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista.
- Hallituksen esitys HE 190/2009 vp Eduskunnalle laeiksi julkisista hankinnoista annetun lain, vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista annetun lain ja markkinaoikeuslain muuttamisesta.
- Oikeudenkäynti hallintoasioissa. Prosessityöryhmän mietintö. Oikeusministeriön mietintöjä ja lausuntoja 4/2011.

## LYHENTEET

CML Rev	Common Market Law Review
DL	Defensor Legis
E.C.L.R.	European Competition Law Review
EIS	Euroopan ihmisoikeussopimus
EIT	Euroopan ihmisoikeustuomioistuin
E.L.Rev.	European Law Review
EUT	Unionin tuomioistuin

LM Lakimies  
 P.P.L.R. Public Procurement Law Review  
 SEUT-sopimus Euroopan unionin toiminnasta tehty sopimus

## OIKEUSTAPAUKSET

### **Euroopan ihmisoikeustuomioistuin**

*Golder v. Yhdistynyt kuningaskunta*, tuomio 21.2.1975  
*Le Compte, van Leuven ja de Meyere v. Belgia*, tuomio 23.6.1981  
*Sporrong ja Lönnroth v. Ruotsi*, tuomio 23.9.1982  
*Albert ja Le Compte v. Belgia*, tuomio 10.2.1983  
*B v. Yhdistynyt kuningaskunta*, tuomio 8.7.1987  
*Obermeier v. Itävalta*, tuomio 28.6.1990  
*Zumtobel v. Itävalta*, tuomio 21.9.1993  
*Beaumart v. Ranska*, tuomio 24.11.1994  
*Ortenberg v. Itävalta*, tuomio 25.11.1994  
*Fischer v. Itävalta*, tuomio 26.4.1995  
*Diennent v. Ranska*, tuomio 26.9.1995  
*Schmautzer v. Itävalta*, tuomio 23.10.1995  
*Umlauf v. Itävalta*, tuomio 23.10.1995  
*Gradinger v. Itävalta*, tuomio 23.10.1995  
*Pramstaller v. Itävalta*, tuomio 23.10.1995  
*Palaoro v. Itävalta*, tuomio 23.10.1995  
*Pfarrmeier v. Itävalta*, tuomio 23.10.1995  
*Bryan v. Yhdistynyt kuningaskunta*, tuomio 22.11.1995  
*Terra Woningen B.V. v. Alankomaat*, tuomio 17.12.1996  
*Tinnelly & Sons Ltd ym. v. Yhdistynyt kuningaskunta*, tuomio 10.7.1998  
*Smith ja Grady v. Yhdistynyt kuningaskunta*, tuomio 27.9.1999  
*Müller ym. v. Itävalta*, päätös 23.11.1999  
*Krčmář v. Tšekki*, tuomio 3.3.2000  
*K. ja T. v. Suomi*, jaoston tuomio 27.4.2000 ja suuren jaoston tuomio 12.7.2001  
*Rotaru v. Romania*, tuomio 4.5.2000  
*Kudla v. Puola*, tuomio 26.10.2000  
*Chapman v. Yhdistynyt kuningaskunta*, tuomio 18.1.2001  
*Jane Smith v. Yhdistynyt kuningaskunta*, tuomio 18.1.2001  
*Potocka ym. v. Puola*, tuomio 4.10.2001  
*Kingsley v. Yhdistynyt kuningaskunta*, tuomio 28.5.2002  
*Chevrol v. Ranska*, tuomio 13.2.2003  
*Hatton ym. v. Yhdistynyt kuningaskunta*, tuomio 8.7.2003  
*Kadlec ym. v. Tšekki*, tuomio 25.5.2004  
*I.D. v. Bulgaria*, tuomio 28.4.2005  
*Alatulkkila ym. v. Suomi*, tuomio 28.7.2005

*Capital Bank AD v. Bulgaria*, tuomio 24.11.2005  
*Mamič v. Slovenia* (n:o 2), tuomio 27.7.2006  
*Tsafayo v. Yhdistynyt kuningaskunta*, tuomio 14.11.2006  
*Jussila v. Suomi*, tuomio 23.11.2006  
*Družstevní záložna Pria ym. v. Tšekki*, tuomio 31.7.2008  
*Cimolino v. Italia*, tuomio 22.9.2009  
*Crompton v. Yhdistynyt kuningaskunta*, tuomio 27.10.2009  
*Sigma Radio Television Ltd v. Kypros*, tuomio 21.7.2011  
*A. Menarini Diagnostics S.R.L. v. Italia*, tuomio 27.9.2011  
*SA-Capital Oy v. Suomi*, valitus nro 5556/10

### **Unionin tuomioistuim**

Asia 33/76, *Rewe*, tuomio 16.12.1976  
Asia C-222/84, *Johnston*, tuomio 15.5.1986  
Asia C-312/93, *Peterbroeck*, tuomio 14.12.1995  
Yhdistetyt asiat C-430/93 ja C-431/93, *van Schijndel*, tuomio 14.12.1995  
Asia C-72/95, *Kraaijeveld*, tuomio 24.10.1996  
Asia C-261/95, *Palmisani*, tuomio 10.7.1997  
Asia C-120/97, *Upjohn*, tuomio 21.1.1999  
Asia C-78/98, *Preston*, tuomio 16.5.2000  
Asia C-470/99, *Universale-Bau*, tuomio 12.12.2002  
Asia C-92/00, *HI*, tuomio 18.6.2002  
Asia C-327/00, *Santex*, tuomio 27.2.2003  
Asia C-63/01, *Evans*, tuomio 4.12.2003  
Asia C-315/01, *GAT*, tuomio 19.6.2003  
Asia C-380/01, *Schneider*, tuomio 5.2.2004  
Asia C-467/01, *Eribrand*, tuomio 19.6.2003  
Asia C-12/03 P, *Tetra Laval*, tuomio 15.2.2005  
Yhdistetyt asiat C-211/03, C-299/03 ja C-316/03–C-318/03, *HLH Warenvertriebs ja Orthica*, tuomio 9.6.2005  
Asia C-525/04 P, *Lenzing*, tuomio 22.11.2007  
Yhdistetyt asiat C-75/05 P ja C-80/05 P, *Kronofrance*, tuomio 11.9.2008  
Yhdistetyt asiat C-222/05–C-225/05, *van der Weerd*, tuomio 7.6.2007  
Asia C-241/06, *Lämmerzahl*, tuomio 11.10.2007  
Asia C-455/06, *Heemskerk*, tuomio 25.11.2008  
Asia C-425/08, *Enviro Tech*, tuomio 15.10.2009  
Asia C-272/09 P, *KME Germany*, tuomio 8.12.2011  
Asia C-386/10 P, *Chalkor*, tuomio 8.12.2011  
Asia C-389/10 P, *KME Germany*, tuomio 8.12.2011  
Asia C-199/11, *Otis*, tuomio 6.11.2012

### **Unionin yleinen tuomioistuim**

Asia T-201/04 *Microsoft Corp. v. komissio*, tuomio 17.9.2007

### **EFTAn tuomioistuin**

Asia E-15/10, *Posten Norge*. tuomio 18.4.2012

### **Julkisasiamiesten ratkaisuehdotukset**

Asia C-92/00, *HI*, julkisasiamies *Tizzanon* ratkaisuehdotus 28.6.2001

Yhdistetyt asiat C-430/93 ja C-431/93, *van Schijndel*, julkisasiamies *Jacobsin* ratkaisuehdotus 15.6.1995

Asia C-55/06, *Arcor*, julkisasiamies *Maduron* ratkaisuehdotus 18.7.2007

Asia C-272/09 P, *KME Germany*, julkisasiamies *Sharpstonin* ratkaisuehdotus 10.2.2011

Asia C-521/09 P, *Elf Aquitaine*, julkisasiamies *Mengozzin* ratkaisuehdotus 17.2.2011

### **Korkein hallinto-oikeus**

KHO 25.11.2002 t. 3064

KHO 22.12.2005 t. 3551

KHO 2006:63

KHO 1.3.2007 t. 470

KHO 1.11.2007 t. 2797

KHO 2008:81

KHO 4.6.2008 t.1390

KHO 2009:10

KHO 13.11.2009 t. 3209

KHO 20.1.2010 t. 69

KHO 2010:86

KHO 2012:58

KHO 20.3.2012 t. 644

KHO 5.10.2012 t. 2662

## ISSUES OF JURISDICTION IN PUBLIC PROCUREMENT BEYOND THE SCOPE OF PROCUREMENT LEGISLATION

The judicial remedies available in public procurement cases that fall beyond the scope of application of Finnish procurement legislation, that is, administrative appeal and municipal appeal, entail differences as regards the scope of jurisdiction of the court. In brief, these differences mean that, where administrative appeal is at issue, the jurisdiction of the court is if anything too broad from the viewpoint of appropriate judicial review; in contrast, where municipal appeal is at issue, the jurisdiction of the court may well be at least partially inadequate.

Already for some time, it has been held that an administrative appeal cannot be lodged on grounds of expediency. As it happens, appeal on the basis of expediency would be ill suited for procurement cases. Moreover, if this were allowed, procurement decisions beyond the scope of the procurement legislation would in fact be subject to broader appeal than those within the scope of the legislation. As is the case with regular administrative appeal, the courts would be competent to amend the procurement decision, but owing to the nature of procurement, it would be advisable for the courts to exercise restraint and simply to overturn a flawed procurement decision, as is the general rule in all cases that have been lodged as municipal appeals.

In a municipal appeal, the appellant cannot supply new grounds for the appeal once the time limit for appeal has expired. In an administrative appeal, no such restriction is in operation. As regards EU law, the ban on new grounds for appeal may run afoul of the principle of effectiveness e.g. in a situation where the actions of the authority in question has deprived the appellant of the opportunity to present a timely claim based on a given circumstance. In more general terms, it may be asked whether it is justified in the first place that the remedies available to a party depend on the avenue of appeal and on the authority that happened to make the decision now subject to appeal. Indeed, also when seized of a municipal appeal, the court should be allowed to consider all relevant, justified and specified grounds for appeal presented by the party.

As the established position is that administrative appeal on grounds of expediency is no longer possible, the issue of separation of powers between the executive and the judiciary has morphed into an issue of scope of discretion of an authority and the judicial review of the same. Also the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union have discussed in their rulings the judicial review of official deci-



sions involving the exercise of discretion. For the authority, the definition of discretion involves the differentiation of various situations involving discretion, while for the court, the matter is of the extent of the judicial review of the exercise of that discretion. In a case where the authority does have a margin of discretion, it is for the court to control its compliance with procedural rules, the duty to supply reasons and the observance of general principles of good government. Naturally, also the requirements of basic rights and human rights must be fulfilled. In addition, the court must ensure that the factual circumstances referred to as grounds for the decision in fact exist and that the conclusions drawn from them are not erroneous.

In procurement beyond the scope of procurement legislation, the authorities have a margin of discretion at various stages of the procurement process, but they do not have an unfettered margin of discretion; instead, it is subject to controls relating to the general principles of good government, and especially the principle of equal treatment. As procurement beyond the scope of procurement legislation is also otherwise subject to review on the basis of the general principles, the strictness of the control does not in practice vary between the different types of situation.



**Pekka Savola**

**INTERNET-OPERAATTORI JA  
PERUSOIKEUDET**



---

# Sisällys

1	JOHDANTO.....	131
1.1	Painopisteet ja rajaukset.....	132
1.2	Metodi ja aineisto.....	133
2	LÄHTÖKOHTIA.....	134
2.1	Perus- ja ihmisoikeudet.....	134
2.1.1	Käsitteet.....	134
2.1.2	Keskeiset oikeudet.....	135
2.1.3	Tulkinta ja turvaaminen.....	136
2.2	Perusoikeuksien rajat ja rajoittaminen.....	138
2.2.1	Punninta, ehdottomuus ja soveltamisala.....	138
2.2.2	Perusoikeuksien rajoitusedellytykset.....	139
2.2.3	Perusoikeudet, de minimis ja demokratia.....	141
2.3	Oikeushenkilön perusoikeudet ja horisontaalinen vaikutus.....	144
2.3.1	Oikeushenkilön perusoikeudet.....	144
2.3.2	Horisontaalivaikutus.....	146
3	INTERNET-OPERAATTORI PERUSOIKEUKSIEN OBJEKTINA.....	148
3.1	Yleisesti viestintäoikeuksista käyttäjänäkökulmasta.....	148
3.1.1	Perusoikeuksien ja periaatteiden jatkokehittelyä.....	148
3.1.2	Objektinäkökulman perusoikeuksien tematisointia.....	150
3.1.3	Oikeus Internet-yhteyteen.....	152
3.2	Poliittisen keskustelun ja demokratian edistäminen.....	157
3.2.1	Verkkodemokratiaa edistävästä virallishankkeista.....	157
3.2.2	Poliittisen keskustelun reunaehdoja ja haasteita.....	157
3.2.3	Sirpaloituneesta keskustelusta päätöksentekoon?.....	159
3.3	Käyttäjät perusoikeuksien rajoittamisen kohteena.....	160
3.3.1	Yksityiselämän suoja loukkauspaineiden ristitulella.....	160
3.3.2	Tunnistamistietojen kerääminen ja luovuttaminen.....	163
3.3.3	Turvallisuus, yleinen etu ja järjestys.....	169

4	INTERNET-OPERAATTORI PERUSOIKEUKSIEN	
	SUBJEKTINA.....	172
4.1	Operaattorin perusoikeuspositiosta.....	172
4.2	Viestintämarkkinalain ja sähköisen viestinnän tietosuojalain sääntely .....	174
4.2.1	Yleiskuva velvoitteista .....	174
4.2.2	Operaattoritoiminnan yksityiskohtainen sääntely .....	176
4.2.3	Huomioita eräistä muista velvoitteista .....	182
4.2.4	Velvoitteista aiheutuvien kustannusten korvaaminen .....	187
4.3	Oikeus omaehtoiseen estämiseen .....	188
4.3.1	Elinkeinovapaus sisällöllisissä rajoituksissa .....	188
4.3.2	Lapsipornon suodattaminen poliisin ylläpitämää listaa käyttäen .....	190
4.4	Estomääräykset.....	192
4.4.1	Vastuuvapaus ja perusoikeusarvioinnin lähtökohdat .....	192
4.4.2	Tekijänoikeudellinen keskeyttämismääräys .....	193
4.4.3	Verkkoviestin jakelun keskeyttämismääräys .....	200
5	LOPUKSI.....	201
	LÄHTEET .....	203
	SÄÄDÖKSET .....	216
	LYHENTEET .....	217
	OIKEUSTAPAUKSET .....	218
	INTERNET CONNECTIVITY PROVIDER AND FUNDAMENTAL RIGHTS .....	220

---

# Internet-operaattori ja perusoikeudet

## 1 JOHDANTO

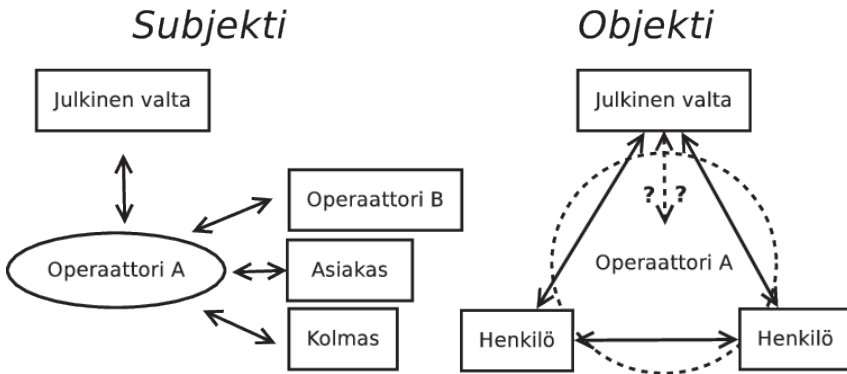
Tarkastelen artikkelissani<sup>1</sup> Internet-operaattoreihin liittyviä perusoikeuksia. Tutkimuskysymykseni on: *Mikä on Internet-operaattoreiden rooli perusoikeuksien toteutumisessa ja miten Internet-operaattoreiden perusoikeudet huomioidaan?* Kysymyksen ensimmäinen osa viittaa Internet-operaattoreihin perusoikeuksien *objektina* ja jälkimmäinen Internet-operaattoreihin perusoikeuksien *subjektina*.

Objektitarkastelussa kyse on muiden tahojen perusoikeuksien toteuttamisesta operaattoria ”välineenä” käyttäen ja siitä esimerkkejä ovat muun muassa Internet-yhteys subjektiivisena oikeutena, henkilöiden profilointi ja yksityistietojen selvittäminen sekä erilaiset kansalaisten yhteiskunnallista aktivoitumista tavoittelevat menettelyt. Subjektitarkastelussa keskitytään operaattoriin itseensä perusoikeuksien haltijana, josta esimerkkejä ovat muun muassa tietoliikenneinfrastruktuurin vuokrausvelvollisuus, erilaiset estomääräykset ja toimintavapautta rajoittavat tai sääntelevät määräykset.<sup>2</sup> Näkökulmat ovat päällekkäisiä eivätkä toisiaan poissulkevia, ja tarkasteltavat aiheet on jaoteltu siten, että ne korostavat kussakin tapauksessa mielenkiintoisempaa tai ongelmallisempaa näkökulmaa. Esitän näkökulmia yksinkertaistaen ja esimerkinomaisesti kuviossa 1.

---

<sup>1</sup> Kirjoitus pohjautuu pro gradu -tutkielmaani (Savola 2013b). Kiitän Tapani Lohea ja arvioijia saamastani arvokkaasta palautteesta.

<sup>2</sup> Tietoyhteiskuntapalvelujen tarjoamista koskevia säädöksiä ollaan kokoamassa yhteen lakiin (Tietoyhteiskuntakaari-hanke). Laaja lausuntokierros hallituksen esityksen luonnoksesta päättyi 13.5.2013, ja alustavasti lain on kaavailtu tulemaan voimaan vuoden 2015 alusta lukien. Tämän artikkelin kannalta suuria sisällöllisiä muutoksia ei ole näillä näkymin odotettavissa. Luonnosvaiheesta johtuen en käsittele hanketta kuin hyvin valikoidusti.



**Kuvio 1.** Internet-operaattori perusoikeuksien subjektina ja objektina.

Tässä luvussa käsittelen lyhyesti artikkelin painopisteitä, rajoituksia, metodeja ja aineistoa. Luvussa 2 esittelen artikkelin kannalta keskeistä perusoikeusproblematiikkaa: perus- ja ihmisoikeuksia ja niiden kytkentöjä, rajoja, rajoittamista ja tulkitsemista, suhdetta demokratiaan, yksityisten välistä horisontaalivaikutusta sekä oikeushenkilön subjektiasemaa. Luvussa 3 siirryn käsittelemään perusoikeuksia objektinäkökulmasta, luvussa 4 tarkastelen Internet-operaattorin subjektiasemaa ja luvussa 5 esitän yhteenvedon ja johtopäätöksiä.

## 1.1 Painopisteet ja rajoitukset

Artikkelini painopisteenä ovat Suomen perustuslain mukaiset perusoikeudet. Oikeusjärjestyksen on turvattava myös ihmisoikeuksien ja EU-oikeuden soveltamisalalla EU-perusoikeuksien toteutuminen. Käsittelen ihmisoikeuksia ja EU-perusoikeuksia epäitsenäisesti, kansallisille perusoikeuksille sisältöä ja minimivaatimuksia perustavasta näkökulmasta käsin. Vaikka sinänsä kyse onkin suurelta osin myös ihmisoikeuksista, käytän kansallisen perspektiivin vuoksi ja terminologian yksinkertaistamiseksi näistä yhdessä ainoastaan käsitettä perusoikeudet. Ihmisoikeuksien osalta käsittely rajautuu käytännössä vain Euroopan ihmisoikeussopimukseen.

Pyrin artikkelissani kohtalaisen kattavaan pääpiirteittäiseen esitykseen, ja tarkastelen tarkemmin vain eräitä osa-alueita. Keskityn erityisesti Internet-operaattorin omiin perusoikeuskytköksiin. Käsittelen kuitenkin myös operaattorin objektinäkökulmaa varsin laajasti, koska kyseisillä oikeuksilla on suuri yleisempi merkitys perusoikeusjärjestelmälle.

Rajaan subjektinäkökulman tarkemman tarkastelun Internet-yhteyspalveluun (ns. tekninen välittäminen), enkä käsittele esimerkiksi tallennus-



palveluja tai sähköpostipalveluja. Internet-yhteyspalvelun viestien välittämispalvelun alapuolinen osuus (fyysinen yhteys, esim. tilaajayhteyksien vuokraaminen toisille operaattoreille) ja yläpuolinen osuus (sovellustason palvelut, esim. sosiaalisen median palvelut) jätetään niin ikään maininnan tasolle.

## 1.2 Metodi ja aineisto

Oikeustieteessä vallitsee metodinen pluralismi.<sup>3</sup> Menetelmänäni on lainoppi, eli oikeussääntöjen systematisointi, tulkinta ja punninta voimassa olevan oikeuden mukaan. Myös voimassa olevan oikeuden käsitteen tulkinnallisesta merkityksestä vallitsee eräänlainen pluralismi. Siltala muun muassa luettelee noin kymmenkunta erilaista koulukuntaa ja tulkintamatriisia.<sup>4</sup> Kunkin edustaja voisi esittää erilaisia tulkintoja voimassa olevasta oikeudesta eri lähtökohdista käsin, ja ne kaikki voisivat sinänsä olla perusteltuja.<sup>5</sup> Aarniolais-peczenikiläisen staattisen oikeuslähdeopin murruttua 1990-luvulla mitään yksiselitteistä oikeuslähdeoppia ei ole tullut sen tilalle, ja tältäkin osin tilanne on jossain määrin täsmentymätön.<sup>6</sup> Kun tulkittavat periaatteet ovat yleisluontoisia, on mahdollisia oikeita vastauksia yhtä monta kuin keskusteluun osallistujiaakin ja keskeiseksi nousevat vakuuttavat perustelut.<sup>7</sup>

Lainopillinen lähestymistapani on yhdistelmä analyttis-deskriptiivistä selvitystä ja perusoikeuskeskeistä laintulkintaoppia. Ensiksi mainitulla tarkoitetaan pyrkimystä tarkastella kysymyksiä objektiivisesti omista lähtökohdista irrottautuen ja kuvata oikeutta yhteiskunnallisena tosiasiana.<sup>8</sup> Perusoikeuskeskeisellä laintulkintaopilla tarkoitetaan punnintaa perustuslain hyväksymää tai ainakin hiljaisesti edellyttämää perusoikeusjärjestelmää kiintopisteenä käyttäen.<sup>9</sup> Keskustelua herättääkseni pyrin myös perusoikeuksien hengessä laajaan normatiivis-kriittiseen problematisointiin.<sup>10</sup> Pyrin kritiikkiä ja deskriptiota yhdistämällä arvioimaan kriittisesti myös perustuslakivaliokunnan ratkaisuja, mutta toisaalta pitämään yllä kytköstä

<sup>3</sup> Siltala 2003 s. 464–468, 504–505, 859–862.

<sup>4</sup> Siltala 2004 s. 541–606; Siltala 2003 s. 582–589, 922–926.

<sup>5</sup> Siltala 2003 s. 859–862.

<sup>6</sup> Vaikeimpia ongelmia aiheuttavat erityisesti kansallisten ja ylikansallisten normistojen verkostoituminen. Valtiosääntöoikeuden ja oikeuslähdeopin suhteesta ks. erityisesti *Heinonen* 2012a. Aiemmin puheenvuoroja oikeuslähdeopista ovat käyttäneet mm. Aarnio, Jääskinen, Siltala, Syrjänen ja Tolonen. Näkökulmia havainnollistaa siviilioikeudellisen ja perusoikeuskeskeisen argumentaation eroavaisuuksien esittely (*Helin* 2011 s. 19–22, 25–27, vrt. *Lavapuro* 2012 s. 143–146, erit. alaviite 13).

<sup>7</sup> Erilaisista auditoriokäsitteistä ks. *Siltala* 2004 s. 93–118; *Aarnio* 1989 s. 278–287.

<sup>8</sup> *Siltala* 2003 s. 141–145, 891, 920–921.

<sup>9</sup> *Siltala* 2003 s. 571–577, 583.

<sup>10</sup> *Siltala* 2004 s. 610–612; *Siltala* 2003 s. 141–145, 920–921.

todellisuuteen ja välttämään liian pitkälle menevät ideologiset perusoikeusmanifestoinnit. Lähestymistavassani on myös eräitä ns. ongelmakeskeisen lainopin piirteitä, sillä pyrin artikkelissani laajaan koko teeman kattavaan, oikeudenalat ylittävään tarkasteluun.<sup>11</sup>

Tarkastelu painottuu kotimaiseen aineistoon, mutta ulkomaisia ratkaisuja ja kirjallisuutta esitetään näkökulmia laajentavalla, vertailevalla tai vahvistavalla tavalla. Ylikansallisia tuomioistuinratkaisuja käsittelen soveltuvin osin.

## 2 LÄHTÖKOHTIA

Käsittelen aluksi perus- ja ihmisoikeuksia, niiden rajoja, tulkintaa ja soveltamista yleisesti. Tarkastelen myös perusoikeuksien ja demokraattisen prosessin suhdetta, perusoikeuksien horisontaalivaikutusta ja oikeushenkilön perusoikeusasemaa. Luvun tarkoituksena on pohjustaa jäljempää syvempää ja soveltavaa tarkastelua, ja vastausta haetaan ensinnäkin siihen, mitkä perusoikeudet ovat tässä yhteydessä olennaisia, miten perusoikeuksia on tulkittava ja mikä on niiden velvoittavuus. Toiseksi on selvitettävä, mitkä ovat perusoikeuksien rajat, miten niitä voidaan rajoittaa ja miten lainsäätäjän harkintamarginaali vaikuttaa arviointiin. Kolmanneksi tarkastellaan näkemyksiä oikeushenkilöiden perusoikeussuojasta ja yksityisten välisten horisontaalisten vaikutusten vahvuudesta.

### 2.1 Perus- ja ihmisoikeudet

#### 2.1.1 Käsitteet

Perusoikeuksilla tarkoitetaan useimmiten perustuslain 2 luvussa taattuina oikeuksia (PL 6–21 §).<sup>12</sup> Hallberg ym. ovat käsitelleet myös perusoikeuksia koskevia ”horisontaalisia” säännöksiä (PL 22–23 §) yksittäisten perusoikeuksien yhteydessä, kun taas Saraviita on hahmottanut ne osaksi erillisiä perusoikeusjärjestelmää tukevia säännöstöjä.<sup>13</sup> Laajassa merkityksessä perusoikeuksiin saatetaan sisällyttää myös perustuslain 1 luvussa ja erityisesti 1 §:ssä säädettyjä arvoperiaatteita.<sup>14</sup>

<sup>11</sup> Kangas 1997 s. 92–94.

<sup>12</sup> Esim. Saraviita 2005 s. 321 ss; Viljanen 2001 s. 22.

<sup>13</sup> Tuori 2011; Tuori – Lavapuro 2011 vrt. Saraviita 2005 s. 132.

<sup>14</sup> Ojanen – Scheinin 2011b s. 217–226 vrt. Saraviita 2005 s. 108–133. Hahmotustavalla on merkitystä lähinnä esitystavan ja systematiikan kannalta.

Ihmisoikeuksilla tarkoitetaan kansainvälisissä, valtioita keskenään sitovissa ihmisoikeusasiakirjoissa turvattuja perustavanlaatuisia oikeuksia.<sup>15</sup> Kolmas käsitteellinen suojajärjestelmä perustuu EU-oikeuteen ja erityisesti EU:n perusoikeuskirjaan.<sup>16</sup> Käsittelen näitä EU-perusoikeuksia erityistyyppeinä perusoikeuksina.

### 2.1.2 Keskeiset oikeudet

*A. Internet-operaattori perusoikeuksien subjektina.* Subjektinäkökulmasta keskeisimmät perusoikeudet ovat omaisuuden suoja ja varsinkin sen yleislauseke (PL 15 §: ”Jokaisen omaisuus on turvattu. Omaisuuden pakkolunastuksesta yleiseen tarpeeseen täyttä korvausta vastaan säädetään lailla”) sekä elinkeinovapauden mukainen oikeus hankkia toimentulo (PL 18.1 §:n ensimmäinen virke: ”Jokaisella on oikeus lain mukaan hankkia toimentulonsa valitsemallaan työllä, ammatilla tai elinkeinolla”). Muita eräissä tapauksissa merkityksellisiä perusoikeuksia ovat kaupalliseen viestintään liittyen sananvapaus (PL 12.1 §) ja oikeusturva (PL 21 §).

Omaisuuden suojusta on pääosin PL 15 §:ää vastaava säännös EIS:n 1 lisäpöytäkirjan 1 artiklassa sekä EU:n perusoikeuskirjan 17 artiklassa. Ihmisoikeuksien yleismaailmallisen julistuksen 17 artiklan mukaan omaisuuden suoja kuuluu kaikille, mutta KP-sopimuksessa ei ole säännöstä omaisuuden suojusta.<sup>17</sup> Elinkeinovapaus tunnustetaan EU:n perusoikeuskirjan 16 artiklassa ”unionin oikeuden sekä kansallisten lainsäädäntöjen ja käytäntöjen mukaisesti”. EIS:ssa asiaa ei ole käsitelty.<sup>18</sup> Elinkeinovapauden merkitys ihmisoikeusnäkökulmasta on kuitenkin perusoikeuskirjaa lukuun ottamatta vähäinen. Oikeusturvasäännös liittyy muun muassa EIS 6 artiklaan, KP-sopimuksen 14 artiklaan ja EU-perusoikeuskirjan 47 artiklaan.<sup>19</sup>

*B. Internet-operaattori perusoikeuksien objektina.* Internet-operaattoreiden käyttäjien näkökulmasta on löydettävissä melkein kaikkia perusoikeuksia koskevia näkökohtia. Keskeisimpiä ovat yksityiselämän suoja (PL 10 §)

<sup>15</sup> Ojanen – Scheinin 2011a s. 172; Saraviita 2005 s. 27. Suomen keskeisimmistä ihmisoikeussopimuksista ks. Ojanen – Scheinin 2011a s. 175–179.

<sup>16</sup> Ojanen – Scheinin 2011a s. 171; Ojanen – Scheinin 2011b s. 200–210; Ojanen 2010 s. 118–119.

<sup>17</sup> Länsineva 2011a s. 553–555.

<sup>18</sup> TSS-sopimuksessa, ihmisoikeuksien julistuksessa ja eräissä yleissopimuksissa on lähinnä vain luonnollisten henkilöiden työoikeuksia koskevia säännöksiä. Euroopan sosiaalisessa peruskirjassa on vastaavia määräyksiä.

<sup>19</sup> Perusoikeuskirjaa sovelletaan yhä enemmän ja sen merkitys on kasvamassa. Ks. esim. KOM(2012) 169 lopullinen. Luvussa 4.4.2 tarkemmin käsiteltävä ratkaisu EUT 24.11.2011, *Scarlet v SABAM* (C-70/10) oli ensimmäinen EU-perusoikeuskirjan elinkeinovapautta koskeva tapaus.

ja sananvapaus (PL 12 §). Myös edellä mainitulla oikeusturvalla (PL 21 §) on merkitystä.

Eräät perusoikeudet, kuten vaali- ja erityisesti osallistumisoikeudet (PL 14.4 §), konkretisoivat ihmisten yhteiskunnallista osallistamistavoitetta. TSS-oikeuksista sivistyksellisiin oikeuksiin kuuluu oikeus itsensä kehittämiseen sekä tieteen, taiteen ja ylimmän opetuksen vapaus (PL 16.2–3 §) ja sosiaalisiin oikeuksiin toimeentulon turva, johon sisältyvät mm. erinäiset informaatiomenot (PL 19.1 §). Internet on myös omiaan edistämään tosiasiallista yhdenvertaisuutta (PL 6 §).

Yksityiselämän suojasäännöksen läheisinä esikuvina ovat toimineet pääosin vastaava EIS:n 8 artikla ja KP-sopimuksen 17 artikla. EU:n perusoikeuskirjan 7 artiklassa on säädetty yksityis- ja perhe-elämän kunnioittamisesta ja 8 artiklassa osin PL 10 §:ää laajemmin henkilötietojen suojasta. Sananvapauden suojasta on säädetty muun muassa perusoikeuskirjan 11 artiklassa, EIS:n 10 artiklassa ja KP-sopimuksen 19 artiklassa. TSS-oikeuksista ja syrjintäkielloista on laajasti määräyksiä kansainvälisissä sopimuksissa.<sup>20</sup>

### *2.1.3 Tulkinta ja turvaaminen*

Perinteisesti Suomessa on tukeuduttu varsin vahvasti sanamuodonmukaiseen tulkintaan ja esitöistä hahmotettavan lainsäätäjän tahdon selvittämiseen.<sup>21</sup> Sitten Suomi on liittynyt EU:hun, ja julkiselle vallalle on säädetty velvollisuus turvata perus- ja ihmisoikeuksien toteutuminen (PL 22 §) sekä noudattaa tietyissä rajoissa ylemmänasteisten säännösten etusijaa (PL 106–107 §). PL 22 §:n mukaisen ihmisoikeusmyönteisen tulkinnan nojalla erilaisista perusteltavissa olevista vaihtoehdoista olisi pyrittävä omaksumaan sellainen, joka edistää ihmisoikeusmääräysten toteutumista.<sup>22</sup> Vastaavasti perusoikeusmyönteisessä tulkinnassa perusteltavissa olevista tulkintavaihtoehdoista on valittava se, joka parhaiten edistää perusoikeuksien tarkoituksen toteutumista ja joka ehkäisee ristiriidan perustuslain kanssa.<sup>23</sup> Tulkintatapa koskee myös yksityisten välisiä horisontaalisuhteita, mutta

---

<sup>20</sup> PL 14 §:ää vastaavista oikeuksista osallistua yhteisten asioiden hoitoon on säännös KP-sopimuksen 25 artiklassa ja vaalien järjestämisestä EIS:n 1 lisäpöytäkirjan 3 artiklassa. Sivistyksellisistä oikeuksista on runsaasti säännöksiä erilaisissa kansainvälisissä sopimuksissa: oikeudesta kulttuuriin on säännös TSS-sopimuksen 15 artiklassa, ja sosiaaliturvaan liittyviä säännöksiä on muun muassa TSS-sopimuksen 9 artiklassa, Euroopan sosiaalisen peruskirjan 12 artiklassa ja EU-perusoikeuskirjan 34 artiklassa. Syrjintäkiellosta on niin ikään laajasti säännöksiä kansainvälisissä sopimuksissa ja EU-oikeudessa.

<sup>21</sup> *Aarnio* 1989 s. 211 ss.

<sup>22</sup> *PeVL* 2/1990 vp s. 3; *Ojanen – Scheinin* 2011a s. 189–191.

<sup>23</sup> *PeVM* 25/1994 vp s. 4; *Tuori – Lavapuro* 2011 s. 812–813.

punnintatilanteesta johtuen sen vaikutus on rajoitetumpi kuin vertikaalisuhteessa.<sup>24</sup>

Ihmisoikeussopimukset ja niiden oikeuskäytäntö määrittelevät mini- mitason, jota kansallisesti ja EU-normeissa on vähintään noudatettava. EU-perusoikeuksia on sovellettava kansallisesti EU-oikeuden soveltamisalalla. Kansallisilla ja EU-perusoikeuksilla voidaan ja tulee tarjota myös ihmisoikeuksia laajempaa suojaa, mutta tämä kansallinen tulkintapotentialiaali on kuitenkin vielä laajemmin hyödyntämättä.<sup>25</sup> EU-perusoikeudet luovatkin vuorovaikutusta ja painetta kansalliseen perusoikeusajatteluun myös formaalin soveltamisalan ulkopuolella.<sup>26</sup> Perusoikeuskirjan oikeuksille on 52.3 artiklan mukaan annettava sama merkitys ja ulottuvuus kuin Euroopan ihmisoikeussopimukselle siltä osin kuin oikeudet ovat yhteneväiset.<sup>27</sup> EU-oikeudella sen etusijasta huolimatta ei voi heikentää kansallista perusoikeussuojan tasoa.<sup>28</sup> EU-perusoikeuksien arviointi lainsäädännössä, lainkäytössä ja laillisuusvalvonnassa onkin lisääntymässä.<sup>29</sup>

EU-perusoikeuksien ja EIS:n tulkintaperiaatteissa on hiukan erilaisia painotuksia verrattuna kansalliseen oikeuteen. EU-oikeutta tulkittaessa vahvimpia tulkintaperiaatteita ovat teleologinen, systemaattinen, dynaamis-evolutiivinen ja perus- ja ihmisoikeusmyönteinen tulkinta.<sup>30</sup> EIS:n tulkinnassa voidaan tunnistaa muun muassa tarkoituksen ja päämäärän mukainen tulkinta, tehokkuusperiaate, autonominen tulkinta ja niin ikään dynaamisuus ja evolutiivisuus.<sup>31</sup> Jäsenvaltioille on sallittu tietty harkintamarginaali rajoitusten hyväksyttävyyttä määrittävän yhteiskunnallisen tarpeen arvioimisessa, mutta tätä rajoittaa käytäntöjen vakiintuminen eurooppalaisittain eli ”eurooppalainen kontrolli”, jota on enenevässä määrin mitattu oikeusvertailulla.<sup>32</sup>

<sup>24</sup> HE 309/1993 vp s. 75; *Tuori – Lavapuro* 2011 s. 814–815; *Viljanen* 2011b s. 134–136.

<sup>25</sup> *Rosas* 2011 s. 208–210; *Länsineva* 2011b s. 351–353; *Ojanen*, DL 2011 s. 446–448; *Lavapuro* 2010 s. 156–157, 171–172. Vrt. *Helin* 2012 s. 22.

<sup>26</sup> *Ojanen* 2012 s. 242–246.

<sup>27</sup> *Rosas* 2011 s. 200–202, 207. Laajennuksista ks. EU:n perusoikeuskirjan selitykset, s. 33–34.

<sup>28</sup> PeVL 25/2005 vp s. 2; PeVL 25/2001 vp s. 4; *Heinonen* 2012b s. 219–220, 227–239; *Ojanen* 2010 s. 122–123; *Ojanen* 2009 s. 144–155. Vrt. toisin mm. *Jääskinen*, *Jyränki* ja *Husa* (*Heinonen* 2012b s. 202–209).

<sup>29</sup> *Ojanen* 2012 s. 247–262.

<sup>30</sup> *Ojanen* 2010 s. 48–52. Sen sijaan muun muassa monikielisydestä johtuen sanamuodon mukainen tai historiallinen (valmisteluasiakirjoihin perustuva) tulkinta ei saa kovin keskeistä asemaa.

<sup>31</sup> *Pellonpää* ym. 2012 s. 284–298. Valmisteluasiakirjoilla ei ole sopimuksen iän johdosta juuri merkitystä.

<sup>32</sup> *Pellonpää* ym. 2012 s. 291–294, 299–310; *Viljanen* 2001 s. 195–197. Laajemmin ks. *Rautiainen*, LM 2011 s. 1153–1160, 1168–1171.

## 2.2 Perusoikeuksien rajat ja rajoittaminen

### 2.2.1 Punninta, ehdottomuus ja soveltamisala

Perusoikeuskonflikteja voi syntyä saman henkilön eri perusoikeuksien välillä, eri henkilöiden saman perusoikeuden välillä ja eri henkilöiden eri perusoikeuksien välillä. Vain viimeksi mainittu on näistä yleensä erityisen kiinnostava ja keskityn näihin kollisioihin.<sup>33</sup> Kollisiotilanteissa tulee pyrkiä ratkaisuun, joka mahdollisimman hyvin turvaisi kaikkien kilpailevien perusoikeuksien samanaikaisen toteutumisen. Perusoikeuksien hyväksyttävyyden toistensa rajoitusperusteina voidaan perustella samantasoisella hierarkialla, perusoikeusjärjestelmän yhtenäisyydellä, painavalla yhteiskunnallisella tarpeella tai perusoikeuksien turvaamisvelvollisuudella.<sup>34</sup> Perusoikeussäännökset on kirjoitettu eri tavoin, ja niistä voidaan hahmottaa sääntöjä, periaatteita ja tavoitteita. Kustakin oikeudesta useimmiten löytyy useampi ulottuvuus.<sup>35</sup> Tässä artikkelissa keskeisimpiä ovat periaatteet ja niiden punninta toisiaan vastaan. Periaatteille ei voida esittää objektiivista etusijajärjestystä, vaan ratkaisu on tehtävä kunkin tapauksen piirteiden mukaan.<sup>36</sup>

Osa perusoikeussäännöksistä on kirjoitettu ehdottomiksi, eikä niiden rajoittaminen tavallisella lailla ole lainkaan mahdollista. Poikkeusolojen varalta on mahdollista säätää tilapäisistä poikkeuksista perusoikeuksiin (PL 23 §), mutta poikkeukset eivät kuitenkaan saa rikkoa ihmisoikeusvelvoitteita, ja eräät oikeudet ovat poikkeusoloissakin ehdottomia.<sup>37</sup> Perustuslain säätämisyjärjestyksessä on myös mahdollista tehdä rajattuja poikkeuksia perustuslakiin (PL 73 §), mutta tämä käytäntö on vähentynyt huomattavasti ns. poikkeuslain välttämisen periaatteen johdosta.<sup>38</sup>

Perusoikeuden rajoittaminen on syytä erottaa sen soveltamisalaa koskevasta kysymyksestä, mutta epäselvässä tilanteessa soveltamisalaa on syytä tulkita laajentavasti.<sup>39</sup> Soveltamisalaa on rajattu esimerkiksi siten, että kiinteistön omistajan velvollisuus olla pilaamatta ympäristöä ei ole (enää) omistusoikeuden rajoitus, vaan siitä on tullut omistusoikeuden raja. Niin ikään kulttuuriaineistojen tallentamisvelvollisuus voidaan hahmottaa siten,

<sup>33</sup> Scheinin 2012 s. 127–132.

<sup>34</sup> Viljanen 2011b s. 139–140; Viljanen 2001 s. 136–149.

<sup>35</sup> Länsineva 2002 s. 92–94. Hiukan tarkemmin ks. Tuori, LM 2003 s. 931.

<sup>36</sup> Scheinin 2012 s. 133–137; Lavapuro 2010 s. 94–103, 112–119; Länsineva 2002 s. 95–99; Aarnio 1989 s. 78–83. Alexyn punnintamallia on kritisoitu sitä, että siinä kaikki periaatteet, esimerkiksi perusoikeussukupolvet, asetetaan lähtökohtaisesti samalle viivalle, ja Lavapuro pitääkin Dworkinin mallia tältä osin parempana (Lavapuro 2010 s. 250–252).

<sup>37</sup> Tuori 2011a s. 827–829. Poikkeusolosäännöksellä on vaikutusta siihen, millaisia varautumisvelvollisuuksia operaattorilta voidaan edellyttää tavallisessa lainsäätämisyjärjestyksessä säädetyssä laissa.

<sup>38</sup> Viljanen 2011b s. 139–143; Saraviita 2005 s. 186–192, 216–225; Viljanen 2001 s. 63–64.

<sup>39</sup> Viljanen 2011b s. 141–142; Viljanen 2001 s. 56–61.

ettei se puutu aineistojen tekijänoikeuden haltijoiden omaisuudensuojaan.<sup>40</sup> Suomessa on käytössä mannermainen, ns. ulkoisten rajojen teoria, jonka mukaan säännöksen soveltamisala on laaja ja vaikuttaa argumentaatiotaakan suuntaa osoittavana lähtökohtana.<sup>41</sup>

Myös eräät ihmisoikeudet ovat ehdottomia.<sup>42</sup> Punninnan soveltamista ehdottomiin oikeuksiin on kritisoitu sekä ihmisoikeuksien että perustuslakivaliokunnan kontekstissa.<sup>43</sup> EU-perusoikeuksia sovelletaan vain EU-oikeuden soveltamisalalla, ja toisin kuin Suomen perusoikeusjärjestelmässä, soveltamisalaa määriteltäessä ei vielä sovelleta perusoikeusmyönteistä tulkintaa.<sup>44</sup>

### 2.2.2 Perusoikeuksien rajoitusedellytykset

Perusoikeuksien rajoittamista ja tasapainottamista arvioitaessa keskeisimmässä roolissa ovat perusoikeuksien yleiset rajoitusedellytykset. Rajoitusedellytyksiä hahmoteltiin ja niistä ehdotettiin säädettäväksi laissa, mutta lopulta ne ilmaisiin vain perustuslakivaliokunnan mietinnössä. Vaatimukset ovat 1) lailla säätäminen, 2) täsmällisyys- ja tarkkarajaisuus, 3) rajoitusperusteen hyväksyttävyyys, 4) ydinalueen koskemattomuus, 5) suhteellisuus, 6) oikeusturva ja 7) ihmisoikeusvelvoitteiden noudattaminen.<sup>45</sup> Perusoikeuden rajoituksen tulee täyttää kaikki edellä mainitut edellytykset. Luettelo ei ole tyhjentävä, ja myös muita täydentäviä seikkoja voidaan huomioida.<sup>46</sup> Aiemmin vuonna 1946 Kaira muotoili omaisuudensuojaa käsittelevän testin siten, että rajoitus ei saanut loukata omistajan oikeutta omaisuutensa normaaliin, kohtuulliseen ja järkevään käyttämiseen.<sup>47</sup>

<sup>40</sup> Karhu 2008 s. 457–460.

<sup>41</sup> Lavapuro 2012 s. 149–152; Hoikka 2009 s. 62. Sen sijaan esimerkiksi yhdysvaltalaisessa ja ranskalaisessa ”sisäisten rajojen teoriassa” soveltamisala on lähtökohtaisesti rajattu. Eri tuomioistuinten tulkintojen lähtökohtien erilaisuutta selittää osin se, että perinteisesti EIT on seurannut ulkoisten rajojen teoriaa ja EUT sisäisten rajojen teoriaa (Hoikka 2009 s. 61–63).

<sup>42</sup> Pellonpää ym. 2012 s. 314–315.

<sup>43</sup> Lavapuro 2012 s. 152; Lavapuro 2010 s. 254–267; Scheinin 2008 s. 204–206.

<sup>44</sup> Ojanen, DL 2011 s. 850–852; Ojanen, LM 2009 s. 1111–1112. EIT:n ja kansallisen oikeuskäytännön ratkaisut luovat kuitenkin ns. vuorovaikutuksellista painetta myös EU-oikeuden soveltamisalan tulkintaan.

<sup>45</sup> PeVM 25/1994 vp s. 4–5; Viljanen 2011b s. 144–147; Saraviita 2005 s. 210–215; Viljanen 2001.

<sup>46</sup> PeVM 25/1994 vp s. 5; Viljanen 2011b s. 146; Viljanen 2001 s. 38.

<sup>47</sup> Viljanen 2011b s. 147; Viljanen 2001 s. 39–41. Vastaavasti Merikoski muotoili vuonna 1969 suhteellisuusvaatimusta edeltäneen testin, jonka mukaan mitä voimakkaampi ja pakottavampi yleinen etu oli kyseessä, sitä pidemmälle meneviä kajoamisia perusoikeuksiin voitiin tehdä. Hidén esitti 10-kohtaisen kuvauksen seikoista, joilla saattoi olla vaikutusta säätämisyjärjestyksen valintaan. Hidén on katsonut luettelon olevan suurelta osin edelleen käyttökelpoinen.

1990-luvun loppupuolella se integroitui osaksi yleistä rajoitustestiä ja on sittemmin 2000-luvulla hävinnyt perustuslakivaliokunnan kannanotoista.<sup>48</sup>

Useat perusoikeussäännökset (esimerkiksi PL 10, 12 ja 15 §) sisältävät ns. lakivaruksen, jolla edellytetään rajoituksilta laintasoisuutta. Lakivaraus voi sisältää myös valtuutuksen, toimivallan rajoituksen tai toimeksiannon.<sup>49</sup> Nykyisin käytössä olevia keskeisimpiä lakivaraustyyppejä ovat kvalifioidut eli yksilöidyt lakivaraukset ja sääntelyvaraukset (esim. ”... sen mukaan kuin lailla (tarkemmin) säädetään”). Kvalifioidut lakivaraukset antavat valtuuden perusoikeuden rajoittamiseen, mutta toisaalta esittävät tyhjentävästi käytettävissä olevat rajoitusperusteet. Sääntelyvarauksella valtuutetaan perusoikeuden käyttöä koskevan tarkemman lain säätämiseen. Molemmissa tapauksissa perusoikeutta rajoittavan säännöksen on myös täytettävä yleisten rajoitusedellytysten vaatimukset.<sup>50</sup>

Ihmisoikeussopimuksiin liittyvät rajoituslausekkeet vastaavat rakenteeltaan kvalifioituja lakivarauksia.<sup>51</sup> Rajoituslauseke tulee perustuslain näkökulmasta hahmottaa välttämättömäksi, muttei riittäväksi ehdoksi rajoitusperusteiden hyväksyttävyydelle.<sup>52</sup> Usein kysymys redusoituu siihen, ovatko rajoitukset välttämättömiä demokraattisessa yhteiskunnassa eli perustuuko rajoitus pakottavaan yhteiskunnalliseen tarpeeseen.<sup>53</sup>

EU-oikeudessa huomioidaan myös EU:n yleiset oikeusperiaatteet, yhteiset valtiosääntöperinteet ja kansainväliset ihmisoikeussopimukset (SEU 6.3 artikla). Rajoitusedellytykset on lueteltu perusoikeuskirjan 52.1 artiklassa, ja niistä voidaan johtaa perusoikeuksia vastaavat rajoitusedellytykset: lakivaatimus, täsmällisyys- ja tarkkarajaisuusvaatimus, ydinsisällön koskemattomuusvaatimus, hyväksyttävyyden vaatimus ja suhteellisuuden vaatimus.<sup>54</sup> Järjestelmien rajoitusperusteissa onkin tiettyä yhteneväisyyttä.

<sup>48</sup> *Länsineva* 2011 s. 550–551; *Viljanen* 2001 s. 48–53. Fraasia tosin käytetään, pääosin aiempia perustuslakivaliokunnan lausuntoja lainaten, uusissakin hallituksen esityksissä.

<sup>49</sup> PeVM 10/1998 vp s. 10–12; *Viljanen* 2011b s. 164–166.

<sup>50</sup> Saraviidan mukaan kvalifioinnin suunnassa liikkumavara on suurempi. Itse kyseenalaistan tämän kategorisen muotoilun. Ks. PeVM 25/1994 vp s. 4–6; *Viljanen* 2011b s. 166–170; *Viljanen* 2001 s. 30–36, 53–56. Vrt. *Saraviita* 2005 s. 196–207, erit. s. 198.

<sup>51</sup> PeVM 25/1994 vp s. 4–6; *Viljanen* 2011b s. 167.

<sup>52</sup> *Viljanen* 2001 s. 192–193.

<sup>53</sup> Tähän liittyvään ”eurooppalaiseen mittapuuhun” viitattiin edellä.

<sup>54</sup> *Ojanen* 2010 s. 137–138. Vastaavasti perustamissopimusten oikeuksien osalta rajoituksissa sovelletaan 52.2 artiklan mukaan kyseisten sopimusten erityisiä rajoitusedellytyksiä, joista keskeisimmät ovat hyväksyttävyys, välttämättömyys ja oikeasuhtaisuus.



### 2.2.3 *Perusoikeudet, de minimis ja demokratia*

Helin toteaa provosoivasti: ”Aina kun perusoikeusposition haeskelu tuottaa tulokseksi, että jotakin perusoikeutta on rajoitettu, tulee arvioitavaksi, ovatko perusoikeuksien yleiset rajoitusedellytykset täyttyneet”.<sup>55</sup> Onkin vaikea keksiä sellaista säännöstä, mistä ei olisi löydettävissä perusoikeuspositioita. Tästä herää kysymys, sisältyykö perusoikeusarviointiin jokin lausumaton, vähäiset argumentit helpommin ohittava *de minimis* -sääntö? Toisin sanoen, mikä on lainsäätäjän kompetenssi tai ”harkintamarginaali” säättää perusoikeuksien ydinalueen ulkopuolelle vaikuttavia lakeja perusoikeusvaikutuksia sen kummemmin analysoimatta?

Kyse on sekä lainsäädäntövallan ja perusoikeuksien suhteesta että menettelyllisistä seikoista. Näitä kysymyksiä ei ole syvällisemmin selvitetty, vaikka perusoikeuksien ja demokratian suhdetta yleisemmin on käsitelty laajasti.<sup>56</sup> Jos valtiosäännön ytimeksi hahmottaa Husan tavoin vallanjako-periaatteen, kärjistetysti perusoikeudet ovat uhka demokratialle. Jääskinen pyrkii toteuttamaan sekä perusoikeudet että demokratian. Jyräki toteaa demokratian olevan viime kädessä ensisijainen perusoikeuksiin nähden. Tuorin mukaan periaatenormienkin tuki on osoitettava ensi sijassa lainsäädännöstä. Kaikki edellä mainitut kannanotot enemmän tai vähemmän alistavat perustuslain sisällön lainsäätäjän jo tekemille arvovalinnoille.<sup>57</sup> Oikeuspositivismia enemmän voitaisiin painottaa Dworkinin muotoilua: oikeuksille tulee antaa etusija suhteessa kollektiivisiin politiikanormeihin, koska ”vain [oikeudet] voivat toimia kriittisenä mittapuuna sellaisille kollektiivisille tavoitteille, jotka normaalisti yksinään tuottavat riittävän oikeutuksen oikeudelliselle sääntelylle”. Etusijateesi perustuu näin ollen myös liberalistisen poliittisen teorian käsityksille.<sup>58</sup> Perusoikeuksien perustana voidaan nähdä myös demokraattinen konstitutionaalinen valinta, eli kansansuvereniteetin alistaminen tietyille perusoikeuksille.<sup>59</sup> Yhteensovittamisessa voidaan yrittää hyödyntää demokraattisen oikeusvaltion mallia, jossa perusoikeudet ja demokratia edellyttävät toisiaan eivätkä ole toisilleen vastakkaisia.<sup>60</sup> Liian pitkälle menevä tuomarivaltio voidaan kuitenkin nähdä uhkana, ja Tuori ja Viljanen pitävät perusteltuna välttää liiallista lainsäätäjän vallan rajoittamista.<sup>61</sup> Viljasen suhtautuminen vaikuttaa kuitenkin hiukan kaksijakoiselta, sillä hänen mukaansa ensinnäkin

<sup>55</sup> Helin 2012 s. 26.

<sup>56</sup> Ks. esim. *Lavapuro* 2010 s. 89–97, 247–267; *Husa* 2004 s. 115–158; *Jääskinen* 2004; *Länsineva*, LM 2004; *Tuori*, LM 2003.

<sup>57</sup> Yhteenvetona ks. *Lavapuro* 2010 s. 94–97.

<sup>58</sup> *Lavapuro* 2010 s. 101–103.

<sup>59</sup> *Jääskinen* 2004 s. 108–118.

<sup>60</sup> *Tuori* 2011c s. 535–536; *Viljanen* 2001 s. 357–358.

<sup>61</sup> *Viljanen*, LM 2005 s. 1062; *Tuori*, LM 2003.

perusoikeuksien tehtävänä on toimia oikeudellisina rajoitteina lainsäätäjälle, mutta toisaalta hän on muotoillut rajoitusteesin seuraavasti: ”Kyse on ainoastaan siitä, että legitimiä lainsäädännöllistä tavoitetta ei ole onnistuttu lakiehdotuksessa muotoilemaan perusoikeuksien asettamien vaatimusten mukaisesti riittävän täsmällisesti.”<sup>62</sup>

Myös perustuslakivaliokunnan joustavuutta voidaan kritisoida, sillä valtiosäännön oikeudellinen rooli ilmenee julkisen vallankäytön hyväksyttävyyttä koskevin rajoina erityisesti kiperissä tapauksissa, kun argumenttina on esimerkiksi turvallisuus, erittäin painava tarve tai muu olosuhteiden pakko. Lavapuro luettelee kymmenkunta ”liian joustavaa” perustuslakivaliokunnan lausuntoa, ja niin ikään myös tapauksia, joissa on oltu ehkä tarpeettomankin ehdottomia.<sup>63</sup> Poikkeuslakien käytön voidaankin todeta korvautuneen tulkintateitse tapahtuvalla joustamisella.<sup>64</sup> Ehdoton poikkeuslakien välttämisen periaate voidaan kyseenalaistaa, jos se tosiasiallisesti johtaa vääränlaiseen joustamiseen. Perustuslakivaliokunnan toiminnassa painottuvat laintasoisuuden, täsmällisyyden ja oikeusturvan vaatimukset, mutta muut seikat, kuten hyväksyttävyyden, suhteellisuuden ja ydinalueen koskemattomuus ovat olleet vähäisemmässä roolissa. Enemmistöhallituksen esityksille nähdään useimmiten painava yhteiskunnallinen tarve, ja pidemmän päälle tuomioistuinten rooli perusoikeuksien soveltajana tullee kasvamaan.<sup>65</sup> Perusoikeudet eivät ole juurikaan estäneet lakien läpiviemistä, vaan kysymys on ollut ennen muuta niiden hienosäädöstä. Viljanen ei ilmeisesti kuitenkaan näe tätä ongelmana vaan katsoo, ettei konfliktia demokratiaperiaatteen ja perusoikeuksien välillä ole.<sup>66</sup> Perustuslakivaliokunnan toimintaa voisikin kärjistetyksi luonnehtia valtiosääntötekniseksi tarkastustoiminnaksi, ei lain päämäärien ja keinojen hyväksyttävyyden tai oikeasuhtaisuuden arvioimiseksi.<sup>67</sup>

Ainakin omaisuuden suojan saralla perustuslakivaliokunnan käytännössä on vakiintuneesti erotettu käytön rajoittaminen ja tavanomainen käytönsäätely, joka kuuluu lainsäätäjän tavalliseen kompetenssiin. Yksinkertaisissa omaisuuden käytön säätelytilanteissa rajoitustestin soveltaminen ei ole ilmeisesti tarpeen, mutta jos on epäselvää, onko kyse

<sup>62</sup> Viljanen 2011a s. 833–834 vrt. Viljanen 2001 s. 357–358.

<sup>63</sup> Sen sijaan esimerkiksi Saksan valtiosääntötuomioistuin poliittisesta prosessista erillisenä elimenä on pystynyt paremmin pitämään kiinni ehdottomista säännöistä. Ks. Lavapuro 2010 s. 254–266 ja mainittu PeVL käytäntö. Vastaavasti ks. Länsineva 2011b s. 345–346.

<sup>64</sup> Jyränki – Husa 2012 s. 70–71.

<sup>65</sup> Hidén, LM 2002 s. 1183–1184. Hidénin kymmenen vuotta sitten esittämä ennustus tuomioistuinten roolin kasvamisesta onkin osoittautunut oikeaksi ainakin ylimpien tuomioistuinten osalta. Kasvun taitumisesta ei ole myöskään näkyvissä merkkejä.

<sup>66</sup> Viljanen, LM 2005 s. 1062; Viljanen 2001 s. 356–357. Vrt. edellisen kappaleen lopun sitaatti.

<sup>67</sup> Lavapuro 2010 s. 248–249.

asianmukaisesta käyttösääntelystä, rajoitustestiä olisi hyvä varmuuden vuoksi soveltaa.<sup>68</sup> *De minimis* -argumentaatiotavasta on siis konkreettisia viitteitä. Siinä on kuitenkin myös havaittavissa samankaltaisuutta aiemman Kairan ”normaali, kohtuullinen, järkevä” -testin kanssa, jota nyttemmin pidetään liian suppeana, ja näin ollen siihen lienee syytä suhtautua vähintään pienin varauksin.

Edellä kuvattuja demokratian ja valtiosäännön hahmotustapoja voidaan peilata demokratiakäsityksiin, joita ovat Habermasin mukaan republikaanistinen, liberaali ja deliberatiivinen demokratia. Republikaanistisessa käsityksessä oikeudet ovat hallitsevassa asemassa olevien tahojen poliittisen tahdon tuotetta, ja ne voidaan myös poliittisessa prosessissa syrjäyttää, jos esimerkiksi vallassa olevat tahot vaihtuvat. Liberaalissa käsityksessä yksilöt kilpailevat poliittisesta päätöksentekovallasta (strateginen intressikilpailu), mutta eräät menettelylliset oikeudet edeltävät politiikkaa. Deliberatiivisessa käsityksessä pyritään sellaisiin kollektiivisiin valintoihin, jotka ovat kaikkien hyväksyttävissä. Keskiössä ovat muun muassa päätösten perusteet ja yhteisymmärrys perusteiden pätevyydestä. Oikeus voidaan ymmärtää sekä poliittisen vallankäytön välineeksi että rajaksi vallankäyttöä vastaan.<sup>69</sup>

Valtiosäännön perusteet ja demokratia on mahdollista hahmottaa lähökohdiltaan eri tavoin. Vaikka teoriassa perusoikeudet ovat vahvoja, tosiasiaissa merkittävimpiä rajoituskriteereitä ei juuri edes arvioida, ja perustuslakivaliokunnan käytännöstä on havaittavissa joustamista sellaisissakin kysymyksissä, joissa jouston ei olisi pitänyt olla mahdollista. Tämä asettaakin arvioijan hankalaan välikäteen, jossa kysymys palautuu oikeastaan käsitykseen siitä, mitä voimassa oleva oikeus on. Onko se perusoikeusuudistuksessa esitetyn juhlapuheen ja perusoikeusteorian mukainen – vai tulisiko se mallintaa kuuliaisesti perustuslakivaliokunnan ratkaisukäytännön mukaisesti? Eli tulisiko sen kiinnittyä ”ideaaliin” eli asiaperusteluihin ja toteuttamaan yhteiskuntatieteiden kriittistä tehtävää vai pyrkiä mahdollisimman tarkasti ennustamaan sitä, millaisiin ratkaisuihin esimerkiksi perustuslakivaliokunta päätyisi?<sup>70</sup>

Lavapuron perustuslain kontrolliteoriaa mukailleen pidän viimeksi mainittua lähestymistapaa ongelmallisena. Sitä voisi kuvata oikeusrealismiksi eli Sein/Sollen -dikotomiassa olemisen maailmaan pidättäytymiseksi. Tämän mallin mukaisesti voitaisiin väittää, että perusoikeudet eivät aseta,

<sup>68</sup> *Länsineva* 2011a s. 588–589; *Länsineva* 2002 s. 243–246 ja viitattu PeVL:n käytäntö. Esimerkiksi kaavoituksesta tavanomaisena käytön sääntelynä ks. PeVL 33/2008 vp s. 2–3; *Paasto* 2004 s. 135–139.

<sup>69</sup> *Lavapuro* 2010 s. 130–136, 145; *Habermas* 1996.

<sup>70</sup> Lainopin ideaalisen ja lainsoveltamisen realistisen oikeuslähdeopin eroista ks. esim. *Timonen*, LM 1989 s. 685–688.

eikä niiden tulisikaan asettaa, kuin korkeintaan hienosäätäviä pidäkkeitä lainsäädäntövallalle. Näin voidaan lukea myös edellä mainittua Viljanen sitaattia: lainsäätäjän tahdon taustalta hahmotettava tavoite on aina legitiimi. Toisaalta perusoikeudet voidaan nähdä myös yhteiskunnallisen toiminnan mittapuuna, ensisijaisina oikeudellisina sääntöinä ja pidäkkeinä enemmistön vallankäyttöä vastaan. Tämä, mielestäni perustellumpi näkemys supistaa lainsäätäjän harkintamarginaalia ja madaltaa kynnyistä perusoikeuskysymysten esille nostamiseen verrattuna ”lainsäätäjäfatalismiin”.

## **2.3 Oikeushenkilön perusoikeudet ja horisontaalinen vaikutus**

### *2.3.1 Oikeushenkilön perusoikeudet*

Ennen perusoikeusuudistusta perusoikeuksien katsottiin kuuluvan lähinnä luonnollisille henkilöille, mutta suoja ulottui välillisesti erityisesti omaisuudensuojan osalta myös yksityisoikeudellisiin oikeushenkilöihin, jos se johti luonnollisen henkilön oikeuksiin kajoamiseen.<sup>71</sup> Oikeuskirjallisuudessa asiasta esitettiin eri kantoja, eikä perustuslakivaliokunnan käytäntökään ollut täysin vakiintunut.<sup>72</sup> Yksimielisyys vallitsi kuitenkin siitä, että julkisoikeudelliset oikeushenkilöt eivät, erään poikkeuksen ja rajoituksen, nauti perusoikeussuojaa.<sup>73</sup> Tässä esityksessä tarkoitan oikeushenkilöllä yksityisoikeudellista oikeushenkilöä.

Perusoikeusuudistuksen esitöissä todettiin, että ”jokaisella” tarkoitettiin luonnollista henkilöä, mutta eräät perusoikeudet, kuten oikeusturva (PL 21 §) ja yhdistymisvapaus (PL 13 §), koskisivat myös oikeushenkilöitä.<sup>74</sup> Saraviita luettelee näiden lisäksi PL 8, 12, 11, 12.2 ja 16.3 §:n.<sup>75</sup> Nykyisin voidaan pitää lähtökohtana, että oikeushenkilöt nauttivat ainakin jonkinasteista perusoikeussuojaa.<sup>76</sup> Pian perusoikeusuudistuksen jälkeen perustuslakivaliokunta totesi välillisestä suojasta ja sen suhteellisuudesta seuraavaa: ”Mitä etäämpänä oikeushenkilö on yksilöistä ja vastaavasti mitä vähäisempiä ja välillisempiä ovat toimenpiteiden vaikutukset yksilöiden taloudellisiin konkreettisiin etuihin, sitä epätodennäköisemmin

<sup>71</sup> *Viljanen* 2011c s. 96; *Salmela* 2009 s. 34–35; *Saraviita* 2005 s. 168–169; *Länsineva* 2002 s. 106.

<sup>72</sup> *Salmela* 2009 s. 34–35, erit. alaviite 113 vrt. esim. ”varsin vakiintunut” (*Länsineva* 2002 s. 107) tai ”vakiintunut” (HE 309/1993 vp s. 23).

<sup>73</sup> *Viljanen* 2011c s. 99–100; *Saraviita* 2005 s. 173; *Länsineva* 2002 s. 106.

<sup>74</sup> HE 309/1993 vp s. 23, 60; *Viljanen* 2011c s. 96–97.

<sup>75</sup> *Saraviita* 2005 s. 172–173.

<sup>76</sup> *Viljanen* 2011c s. 97–98; *Länsineva* 2002 s. 105–116. Vrt. Hidén pitää oikeushenkilön omaisuuden puuttumista kiellettyinä jos ja vain jos siitä aiheutuu yksityishenkilön taloudellisen edun konkreettista ja riittävän merkittävää kaventumista (*Hidén* 1996 s. 760–761).

voivat oikeushenkilöön kohdistuvat toimenpiteet olla ristiriidassa [PL 15 §:ssä] turvaton yksilöiden omaisuudensuojan kanssa.<sup>77</sup> Perusoikeuksien vaikutusta tarkastellessa tuleekin arvioida oikeushenkilön rakennetta ja omistuspohjaa. Esimerkiksi pörssiyhtiöiden ja suuren varallisuusmassan omaavien oikeushenkilöiden suhteen lainsäätäjän liikkumavara on suurempi kuin esimerkiksi pienyrityksissä, joissa vaikutukset luonnollisille henkilöille olisivat välittömämpiä.<sup>78</sup> Oikeuskirjallisuudessakin on esiintynyt erilaisia painotuksia: Hidén on vahvimmin välillisen suojan opin kannalla, Saraviita rajaa sen soveltamisalaa, kun taas Länsinevan mukaan oikeushenkilöt saavat vähintään heikompa puolivälitöntä suojaa.<sup>79</sup>

Vaikka välillisen suojan oppi onkin omaksuttu yleisellä tasolla, siihen viitataan käytännön soveltamistilanteissa harvoin lukuun ottamatta viestintä-ym. erityismarkkinoita koskevaa, lausunnosta toiseen sellaisenaan toistuvaa litaniaa, jota on käytetty lähinnä tehokkaiden markkinoiden turvaamisen yhteydessä.<sup>80</sup> Oikeasuhtaisuutta on saatettu kvalifioida lisähuomioin, esimerkiksi valmiuslain yhteydessä toteamalla, että oikeasuhtaisuuden näkökulmasta on huomionarvoista myös pääsääntöinen oikeus täyteen korvaukseen.<sup>81</sup> Välillisen suojan oppia onkin käytetty justifioimaan lähinnä eräitä erityisluonteisia ja merkittäviä rajoituksia. Vastaavaan lopputulokseen päästäisiin asianmukaisella rajoitusedellytysten punninnalla.<sup>82</sup>

Yksi tulkintaeroihin vaikuttava seikka voi olla se, että EIS:n turvaama omaisuudensuoja suojaa nimenomaisesti myös oikeushenkilöitä ilman välillisyykskonstruktioita, vaikka suoja on mielletty muita oikeuksia heikommaksi ja jäsenvaltioiden harkintavalta laajemmaksi.<sup>83</sup> Oikeushenkilö voi ”järjestönä” olla loukkauksen uhri (victim) ja tehdä yksilövalituksen EIT:een. Oikeushenkilöt ovatkin menestyksekkäästi valittaneet mm. omaisuudensuojaan, oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin, sananvapauteen ja

<sup>77</sup> PeVL 45/1996 vp s. 2; *Viljanen* 2011c s. 98.

<sup>78</sup> Ks. esim. PeVL 6/2009 vp s. 10; PeVL 9/2008 vp s. 4; PeVL 10/2007 vp s. 2; PeVL 34/2000 vp s. 2; *Länsineva* 2011a s. 565–566; *Salmela* 2009 s. 35–36; *Saraviita* 2005 s. 170. Saraviita esittää argumentiksi myös pörssiyhtiöiden omistamiseen liittyvän sijoitusintressin.

<sup>79</sup> *Pihlajarinne* 2012b s. 44–45; *Viljanen* 2011c s. 97–98; *Saraviita* 2005 s. 169–174.

<sup>80</sup> Lausunnoista ks. edellisessä kappaleessa mainittu PeVL:n käytäntö. Esimerkkinä välillisen suojan opista lipsumisesta tai luopumisesta voidaan mainita lentoliikenteen päästökauppa, jonka yhteydessä käsiteltiin suppeasti muita rajoitusedellytyksiä, muttei tuotu esille välillisen suojan oppia (PeVL 36/2009 vp s. 2). Myös ns. Lex Nokia -tapauksessa suuryrityksen väitetyn perusoikeussuojan perustetta ei käsitelty lainkaan (PeVL 29/2008 vp; *Salmela* 2009 s. 36–37). Vrt. PeVL 21/2010 vp s. 2–3, jossa periaatteeseen on viitattu myös tupakkatuotteiden esilläpitokieltoa arvioitaessa.

<sup>81</sup> Kuten jäljempänä luvussa 4.2 tulee ilmi, varautumisesta aiheutuvista kustannuksista ei välttämättä saa korvausta.

<sup>82</sup> *Länsineva* 2002 s. 113–116.

<sup>83</sup> *Pellonpää* ym. 2012 s. 16; *Länsineva* 2002 s. 172–174.

yksityisyyden suojaan (liiketilat) koskevissa kysymyksissä.<sup>84</sup> EU:n perusoikeuskirjassa käytetään niin ikään yleisesti termiä ”jokainen”, ja koska perusoikeuskirjan on tarkoitettu vastaavan suojaltaan vähintään Euroopan ihmisoikeussopimusta, soveltuu edellä mainittu myös perusoikeuskirjan tulkintaan.

### 2.3.2 Horisontaalivaikutus

Perusoikeudet vaikuttavat vahvimmin julkisen vallan ja yksilön välisessä vertikaalisuhteessa, mutta tässä yhteydessä on kuitenkin syytä tarkastella myös yksilöiden välistä horisontaalivaikutusta. Välillisellä horisontaalivaikutuksella tarkoitetaan perustuslain vaikutusta alemmanasteisiin normeihin, jolloin lainsäädännön ja lainkäytön tehtävä on huolehtia perusoikeuksien riittävästä toteutumisesta myös yksityisten välillä. Välittömällä horisontaalivaikutuksella tarkoitetaan sitä, että yksityinen voi tuomioistuimessa vedota suoraan perustuslaissa turvattuun oikeuteen toista yksityistä vastaan ilman ”välittävää” muuta lakia. Kun molemmat yksityiset ovat perusoikeuksien subjekteja, horisontaalikysymys ratkeaa käytännössä niin lainkäytössä kuin lakeja säädettäessäkin punninnalla.<sup>85</sup> Arviointi konkretisoituu varsinkin epätasapainoisissa horisontaalisuhteissa, mutta myös aiemmin tasapainoisen aseman järjkyessä tai muuten tärkeässä asiassa.<sup>86</sup>

Normaalitapauksissa yksityisten välinen horisontaalivaikutus on välillistä. Perusoikeusuudistuksen esitöissä katsottiin, että perusoikeusvaikutusten tulee säteillä koko yhteiskuntaan. Niin ikään PL 22 §:n mukainen turvaamisvelvollisuus koskee myös oikeuksien toteutumista yksityisten välillä, ja velvollisuus kohdistuu ensisijaisesti lainsäätäjään, mutta myös tuomioistuihin.<sup>87</sup> Välitön horisontaalivaikutus on ilmeisesti ainakin perusteettomalla työstä erottamisen kiellolla (PL 18.3 §) ja eräissä tapauksissa osin myös yhdenvertaisuussäännöksillä (PL 6.2 §).<sup>88</sup> Julkiseen valtaan nimenomaisesti kohdistetuilla säännöksillä ja yleisemmin TSS-oikeuksilla ei luonnollisesti yleensä ole horisontaalivaikutusta.<sup>89</sup>

<sup>84</sup> Pellonpää ym. 2012 s. 170; Salmela 2009 s. 29–32 viitteineen; Länsineva 2002 s. 258–260.

<sup>85</sup> Viljanen 2011b s. 134–136; Salmela 2009 s. 23–25; Länsineva, LM 2006; Saraviita 2005 s. 174–182; Länsineva 2002 s. 103–105.

<sup>86</sup> Länsineva, DL 2011 s. 460.

<sup>87</sup> HE 309/1993 vp s. 29, 75; Viljanen 2011b s. 135; Länsineva, DL 2011 s. 456–458; Tuori, LM 2003 s. 929, 942.

<sup>88</sup> HE 309/1993 vp s. 69; Karapuu – Lavapuro 2011 s. 705; Ojanen – Scheinin 2011c s. 274–275. Joka tapauksessa julkiselle vallalle syntyy toimintavelvollisuus yksityisten välisen syrjinnän estämiseksi.

<sup>89</sup> Viljanen 2011b s. 136. Vrt. varauksin tämänkin mahdollisuudesta ks. Länsineva, LM 2006 s. 1185–1186.

Käytännön näkökulmasta on varottava ylikorostamasta välittömän ja välillisen horisontaalivaikutuksen eroja. Lopputuloksen kannalta on sinänsä yhdentekevää, katsotaanko perusoikeusvelvoitteen kohdistuvan asiaa ratkaisevan tuomioistuimen turvaamisvelvollisuuteen (harkintarajoitus) vai suoraan asianosaisiin. Useimmiten kyse ei ole myöskään perustusoi-  
keussäännöksen suorasta soveltamisesta vaan alemmanasteisen normin tulkinnasta. Ainakin indispositiivisissa asioissa suora velvoittavuus voisi olla mahdollinen, kun taas dispositiivisissa asioissa velvoittavuus perustuisi osapuolten suojantarpeeseen (oikeussuhteen tasapainoon).<sup>90</sup> Kysymystä on käsitelty laajahkosti niin kansainvälisesti kuin kansallisesti.<sup>91</sup> Trendi on, että horisontaalinen vaikutus lisääntyy, ja siviilioikeudelliset opit vahvistuvat ja saavat perusoikeuskytkennöistä hyväksyvyyttä ja perusteltavuutta.<sup>92</sup>

Yhtä kaikki horisontaalisen oikeusvaikutuksen konkretisoimisen saralla on vielä runsaasti erilaisia haasteita. Eniten kokemusta on kertynyt lainsäädäntötoiminnasta. Länsineva kyseenalaistaa suuntauksen, jossa horisontaalisuhteille olisi annettava vain vertikaalisuhdetta heikompa suojaa. Kategorisuuden asemesta tulisikin tarkastella analyttisesti sääntelyasetelmia, osapuolia ja perusoikeussuojan tarvetta.<sup>93</sup> Myöskään perusoikeuksien kontrollijärjestelmä ei ole pystynyt tunnistamaan ja puuttumaan horisontaalisiin suhteisiin vaikuttavaan alisääntelyyn (turvaamisen laiminlyöntiin).<sup>94</sup>

Tulkintatilanteissa voidaan usein hahmottaa sekä horisontaalinen että vertikaalinen ulottuvuus. Esimerkkinä voidaan tarkastella yksityisyyden suojaa. Julkisella vallalla on itsellään intressi valvoa henkilöitä: vertikaalisesta ja osin välillisiä horisontaalisia vaikutuksia saavasta näkökulmasta keskeisin intressi lienee rikollisuuden torjunta laajasti ymmärrettynä. Horisontaalisesti kysymys on yksityisten välisestä intressistä, joka useimmiten pelkistyy ainakin toisen osapuolen taloudelliseen etuun, mutta tällöinkin julkinen valta on läsnä taustalla riittävän turvaamistason tarkkailijana.<sup>95</sup> Pelkistetysti kysymys on siitä, missä määrin vertikaalista rajoitusta voidaan tai tulee perustella horisontaalisilla suhteilla ja miten pääosin horisontaalinen asetelma voi saada tukea esimerkiksi kriminalisoinnista.<sup>96</sup> Perusoi-

<sup>90</sup> *Länsineva* 2002 s. 103–105.

<sup>91</sup> Kansainvälisistä näkökulmista ks. *Länsineva*, LM 2006 s. 1181–1182 viitteineen. Kansallisesti kysymystä ovat lähestyneet lähinnä siviilioikeuden suunnasta mm. Wilhelmsson, Karhu (ent. Pöyhönen), Vihervuori, Mylly ja Rosendahl. Ks. kokoavasti *Länsineva*, LM 2006 s. 1181, 1184–1185.

<sup>92</sup> *Rosendahl* 2005 s. 7–19, 25; *Tuori*, LM 2003 s. 940.

<sup>93</sup> *Länsineva*, LM 2006 s. 1188–1190.

<sup>94</sup> *Länsineva* 2011b s. 346.

<sup>95</sup> Samansuuntaisesti ks. *Länsineva* 2002 s. 133–135, 140.

<sup>96</sup> Perusoikeuksista voidaan johtaa velvoite säätää kriminalisointeja, jotka ovat välttämättömiä perusoikeuden turvaamiseksi ulkopuolisilta loukkauksilta, ks. PeVL 23/1997 vp s. 2–3.

keudet ensisijaisesti rajoittavat rikosoikeudellisten keinojen käyttöä, ja ne voivat vain toissijaisesti perustella kriminalisointeja, jos muut keinot eivät ole osoittautuneet riittäviksi turvaamaan perusoikeuksia.<sup>97</sup> Aiemmin kriminalisointi nähtiin ennen muuta perusoikeuksia toteuttavaksi kuin niitä rajoittavaksi toimeksi, mutta lähtökohta on sittemmin muuttunut.<sup>98</sup> Tarkastelen vertikaaliseen asetelmaan liittyvää argumentaatiota lähemmin luvussa 3.3.3.

### 3 INTERNET-OPERAATTORI PERUSOIKEUKSIEN OBJEKTINA

Objektinäkökulmassa huomio kiinnittyy yksityisten tai yksityisen ja julkisen vallan välisiin perusoikeussuhteisiin silloin, kun perusoikeuksia pyritään toteuttamaan Internet-operaattoria tai yleisemmin Internetiä (välineenä) käyttäen. Internet-operaattorin kannalta kiinnostavampia ja ongelmallisempia kysymyksiä käsittelen subjektinäkökulman avulla.

Ensiksi luon perustaa aineelliselle käsittelylle tarkastelemalla viestintäoikeuksia yleisesti käyttäjänäkökulmasta. Lähdän liikkeelle tietoyhteiskunnan keskeisimpien perusoikeuksien ja periaatteiden systematisoinneista, tematisoin lyhyesti eri perusoikeuksia keskittyen niiden edistämiseen ja tarkastelen myös Internet-yhteyden tarvetta ja sen saatavuuden edistämistä. Toiseksi selvitän Internetin merkitystä poliittiselle keskustelulle ja demokratian edistämiseksi. Lopuksi tarkastelen käyttäjien perusoikeuksien rajoittamista yksityisten välisessä suhteessa ja yleisen edun näkökulmasta keskittyen erityisesti yksityiselämän suojaan, tunnistamistietojen keräämiseen ja luovuttamiseen sekä yleiseen järjestykseen ja turvallisuuteen liittyviin kysymyksiin.

#### 3.1 Yleisesti viestintäoikeuksista käyttäjänäkökulmasta

##### 3.1.1 Perusoikeuksien ja periaatteiden jatkokehittelyä

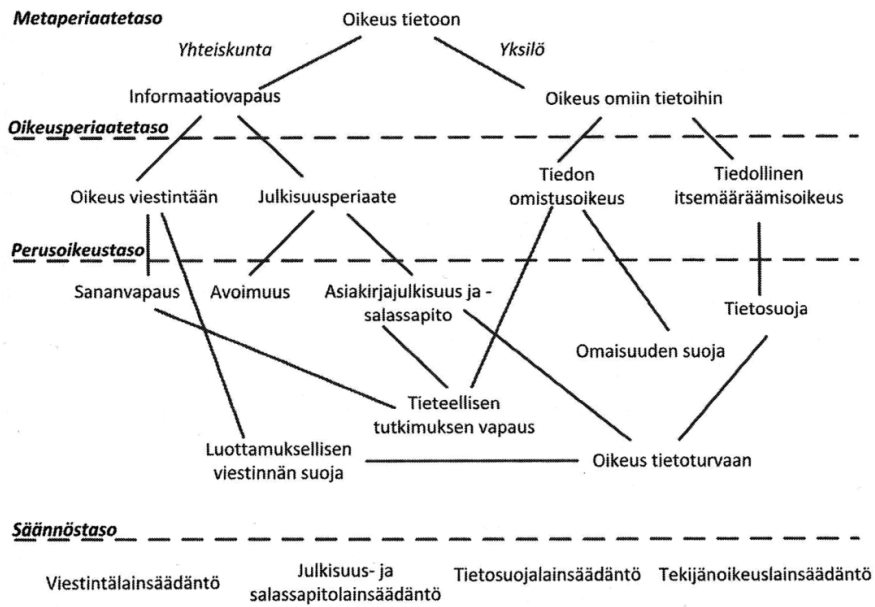
Pöysti hahmotteli vuonna 1999 väitöskirjassaan verkkoyhteiskunnan ja perusoikeuksien taustalle periaatteita eli hänen kutsumiaan metaoikeuksia.

<sup>97</sup> *Viljanen* 2001 s. 340–345. Esimerkiksi erityislaatuissa raiskaustapauksissa EIT katsoi, että kehitysvammaisen ja alaikäisen hyväksikäytön tutkinta ei voinut jäädä asianomistajarikoksena selvittämättä, kun kyseinen henkilö ei itse kyennyt ryhtymään toimenpiteisiin (EIT 26.3.1985, *X ja Y v Alankomaat* (8978/80)).

<sup>98</sup> *Melander* 2008 s. 158–159. Laajemmin kriminalisoinnista, viimesijaisuudesta ja perusoikeuksista ks. *Melander* 2008 erit. s. 94–97, 157–160, 344–346, 395–402.



Näitä olivat oikeudet viestintään, tehokkaisuuteen markkinoihin ja taloudelliseen tehokkuuteen, yleispalveluun, tietoturvallisuuteen ja laatuun ja hyvään hallintoon.<sup>99</sup> Nyt tarkasteltavassa näkökulmassa keskeisimpiä ovat yleispalveluvelvoite ja käyttäjien oikeudet. Vastaavasti myös ”arkipäivän perusoikeudet”, erityisesti yksityisyys, ovat olleet useasti esillä.<sup>100</sup> Voutilainen on edellä mainittuihin systematisointeihin viitaten luonut puu- ja verkostomaisen jäsenyyskaavion informaatio-oikeudellisista aspekteista (kuvio 2). Objektinäkökulmassa keskeisimpiä ovat tiedollinen itsemääräämisoikeus ja informaatiovapaus eli erityisesti yksilön oikeus saada tietoa ympäröivästä yhteiskunnasta. Näitä tukevat muun muassa sananvapaus, ennakkosensuurin kieltö, oikeus viestintään ja luottamuksellisen viestinnän suoja.<sup>101</sup>



**Kuvio 2.** Informaatio-oikeuden systematisointia (Voutilainen 2012).

<sup>99</sup> Pöysti 2002 s. 41–76. Viestintämarkkinoiden perusoikeuksiksi voidaan edellä kuvatusti hahmottaa sananvapaus, omaisuudensuoja, elinkeinovapaus, yksityisyyden suoja ja yhdenvertaisuus (Ollila 2003 s. 3–8, 14–15).

<sup>100</sup> Karhula 2008 s. 141–161; Saarenpää 2008 s. 143–145.

<sup>101</sup> Voutilainen 2012 s. 33–39 (Kuva: Voutilainen 2012 s. 35).

Tarkastelen seuraavaksi lyhyesti kansainvälisiä näkökulmia Internet-perusoikeuksiin. Internet on yleisesti ymmärretty avoimuutta, sananvapautta ja kansalaisoikeuksia edistäväksi mediaksi.<sup>102</sup> Avoin verkosto on vuodesta 2005 alkaen työstänyt Internet-oikeuksien peruskirjaa (Charter of Human Rights and Principles on Internet). Tiivistetyssä kymmenen kohdan ohjelmassa oikeuksina ja periaatteina ilmaistaan universaalisuus ja tasa-arvo, sosiaalinen oikeudenmukaisuus, [Internet-yhteyden] saatavuus, sanan- ja kokoontumisvapaus, yksityisyys ja tietosuoja, elämä, vapaus ja turvallisuus, moninaisuus (diversity), tasa-arvo verkossa, [avoimet] standardit ja sääntely ja avoin hallinta (governance).<sup>103</sup> Luonnoksesta ilmenee useita jo aiemmin useimmissa länsimaissa itsestäänselvyytenä pidettyjä periaatteita. Euroopan neuvoston ministerikomitea onkin antanut jäsenmaille useita suosituksia, joissa suositetaan muun muassa edistämään Internetin yleisyyttä ja avoimuutta sekä sananvapauden toteutumista myös silloin, kun Internet-liikennettä jostakin perustellusta syystä katsotaan tarpeelliseksi rajoittaa (esim. koulut). Lisäksi suodattamista pyritään rajoittamaan ja sääntelemään ja Internetin yleistä hyödyllisyyttä korostetaan.<sup>104</sup> Vastavasti YK:n ihmisoikeusneuvoston erityisraportoija korosti vuonna 2011 sananvapauden toteutumista ja suurta pidättäytyvyyttä ennen kuin sisältöjä voidaan alkaa suodattamaan, katsoen muun muassa tekijänoikeutta loukkaavan käyttäjän Internet-yhteyden katkaisemisen KP-sopimuksen vastaiseksi.<sup>105</sup> Euroopan parlamentti on niin ikään suosittanut neuvostolle perusoikeuksien tehokasta huomioimista verkkoympäristössä ja on muun muassa asettanut tavoitteen maailmanlaajuisten tietosuoja-, turvallisuus- ja sananvapaussääntöjen laatimiseksi.<sup>106</sup>

### 3.1.2 Objektinäkökulman perusoikeuksien tematisointia

Pääsy Internetiin saa merkitystä perusoikeuksien toteuttamisessa, eikä Internetin merkitys pelkisty minkään yksittäisen perusoikeuden alle, vaikka sananvapaus onkin keskeisessä asemassa osana Internetiin pääsyn perusoikeusluonnetta.<sup>107</sup> Innanen ja Saarimäki ovat kiteyttäneet hyvin Internetin roolin erityisesti suhteessa sivistyksellisiin ja poliittisiin perusoikeuksiin:

<sup>102</sup> Ks. esim. *La Rue* 2011 s. 6–7; KOM(2011) 222 lopullinen, s. 3.

<sup>103</sup> *IRP* 2012. Kyse on aiemmasta ”Internet Bill of Rights” -hankkeesta.

<sup>104</sup> Euroopan neuvoston ministerikomitea Rec(2011)8, Rec(2008)6, Rec(2007)16 ja Rec(2001)8.

<sup>105</sup> *La Rue* 2011 erit. s. 20–21.

<sup>106</sup> *Innanen – Saarimäki* 2012 s. 7; *Strowel* 2010 s. 155–156.

<sup>107</sup> *Koulu*, LM 2012 s. 286–287, 291–292. Ks. myös *Hopkins* 2011 s. 573–578.

”Internet on keskeinen väline perusoikeuksien toteuttajana. Se mahdollistaa laajamittaisen yhteiskunnallisen osallistumisen: mielipiteenvaihto, poliittinen vaikuttaminen ja julkaisutoiminta edesauttavat sananvapauden ja demokratian toteutumista. Internetin mahdollistama rajat ylittävä osallistuminen yleisesti edesauttaa kulttuurien välistä vuorovaikutusta ja kommunikointia. Yksityiset tiedonlähteet ja viranomaistoiminnan lisääntynyt avoimuus lisäävät kansalaisten mahdollisuuksia saada tietoa ja osallistua hallinnollisiin prosesseihin. Tätä kehitystä voidaan yleisesti kutsua internetin demokratiavaikutukseksi. Se on myös luonut uudenlaisia demokraattisen osallistumisen kanavia.”<sup>108</sup>

Sananvapauden (PL 12 §) ydintä on poliittinen viestintä ja demokraattisen päätöksentekoprosessin turvaaminen, jolla on kytkentä myös poliittisiin osallistumisoikeuksiin (PL 14 §). Periaatteellisen tärkeyden ja oikeuttamisperustan vuoksi käsittelen tätä varsin laajasti luvussa 3.2. Sananvapautta käyttämällä niin ikään kiinnitytään muihin ihmisiin ja yhteiskuntaan, mutta en käsittele sananvapautta erikseen ja yleisesti, vaan pelkästään silloin, kun se luontevasti kytkeytyy esimerkiksi yksityiselämän suojaan tai sananvapauden rajoituksiin.<sup>109</sup>

Yksityiselämän suoja ja viestinnän luottamuksellisuus (PL 10 §) ovat Internet-kontekstissa erittäin keskeisessä asemassa sekä horisontaalisessa että vertikaalisessa suhteessa. Tietoja halutaan hyödyntää muun muassa yksityisten kaupallisissa tarkoituksissa ja julkisen vallan toimesta yleisen edun nimissä muun muassa rikosten selvittämisessä tai ehkäisemisessä. Ongelmia aiheuttavat mm. kasvava tiedonkeruu, tietojen käyttö, profilointi ja tietojen luovuttaminen. Tätä intressien ristipainetta, tunnistamistietojen käsittelyä ja yleiseen etuun liittyvää argumentaatiota käsittelen luvussa 3.3.

Sosiaaliset (PL 19 §), sivistykselliset (PL 16 §) ja yhdenvertaisuutta edistävät (PL 6 §) oikeudet ovat pääasiassa vertikaalisia. Kyse ei olekaan niiden rajoituksista vaan siitä, missä määrin julkinen valta edistää niiden toteutumista. Sivistyksellisten oikeuksien toteuttaminen edellyttää sananvapautta erityisesti kun on kyse tiedon vastaanottamisesta ja osallistumisesta. Verkossa on nykyään yhä enenevässä määrin tietoa ja sivistystä lisäävää aineistoa, jota ei ollut aiemmin vastaavalla tavoin saatavilla. Internet myös helpottaa asuinpaikasta ja olosuhteista riippumatonta TSS-oikeuksien toteutumista edistäen näin myös tosiasiallista yhdenvertaisuutta.<sup>110</sup> En käsittele edellä mainittuja perusoikeuksia enemmälti muuten kuin yleisesti Internetiin pääsyn yhteydessä.

<sup>108</sup> *Innanen – Saarimäki* 2012 s. 9–10.

<sup>109</sup> Sananvapauden ulottuvuuksista ks. esim. *Huovinen*, LM 2010 s. 143–145.

<sup>110</sup> *Innanen – Saarimäki* 2012 s. 21–22; *Koulu*, LM 2012 s. 291–292; *Hopkins* 2011 s. 577.

Perusoikeuksien jännitteitä tarkasteltaessa on kiinnitettävä huomiota myös vastaintressiin. Sananvapautta ja viestinnän luottamuksellisuutta joudutaan usein punnitsemaan esimerkiksi suhteessa tekijänoikeuden haltijan omaisuudensuojaan tai toisen yksityisyksityselämän suojaan. Vertikaalisuhteen vaikutusta ja sen käyttämistä vastaintressinä, jolloin epäillyn näkökulmasta korostuu myös oikeusturva, kritisoin lähemmin luvussa 3.3.3. Tässä esityksessä huomio kiinnittyy useissa kohdin erityisesti tekijänoikeuteen. Tekijänoikeus, kuten omaisuudensuoja yleensäkin, ei ole absoluuttinen, vaan lähtökohtana tulee olla eri henkilötahojen ja julkisten etujen välinen tasapaino, joka tulee huomioida myös tekijänoikeuslainsäädäntöä tulkittaessa ja sovellettaessa.<sup>111</sup> Eri näkemyksiä tekijänoikeudesta voidaan luokitella positiivisiksi, neutraaleiksi ja kriittisiksi, joista oma lähtökohtani on lähinnä viimeksi mainittua.<sup>112</sup> Legitimaation vahvistamiseksi tekijänoikeuden ja sen tulkinnan lähtökohtien uusi tarkastelu ja perusoikeuksiin pohjautuva uusi tasapainotus olisikin tarpeen.<sup>113</sup>

Pääsy Internetiin voidaan tietyin rajoituksin nykyisellään hahmottaa oikeudeksi sinänsä, ja se nivoo yhteen edellä mainitut perusoikeudet. Internet luo edellytyksiä oikeuksien käyttämiseen ja edistää tosiasiallista yhdenvertaisuutta sekä sivistyksellisiä oikeuksia. Mukauttaisin edellä mainittua Innasen ja Saarimäen kiteytyksen perspektiivisiä siten, että Internet-operaattorit ovat Internetin käytännön toteuttajina hyvin keskeisessä asemassa. Ne toteuttavat osaltaan julkisen vallan perusoikeuksien edistämistä ja turvaamistehtävää pääosin korvauksetta ja velvoitteetta. Ne ovat myös valtion vallan kohde ja työkalu tavoitteiden aktiivisessa toteuttamisessa.<sup>114</sup>

### 3.1.3 Oikeus Internet-yhteyteen

*A. Internet-yhteyden merkitys ja yleispalveluvelvoite.* Sekä kansallisesti että kansainvälisesti Internet-yhteys on katsottu keskeiseksi perusoikeuksien toteuttamiselle.<sup>115</sup> Yleispalveluvelvoite voidaan edellä kuvatusti hahmottaa yhdeksi verkkoyhteiskunnan metaperiaatteista, ja tietyin edellytyksin subjektiivisena oikeutena se ilmentää Internetin tärkeyttä.<sup>116</sup>

<sup>111</sup> PeVL 15/2006 vp s. 2; HE 28/2004 vp s. 141–142; *Länsineva* 2011a s. 573; *Mylly* 2009 s. 208–212; *Geiger* 2008; *Karhu* 2008 s. 445–448; *Mylly* 2005 s. 195–216. Ks. myös *Pihlajarinne* 2012b s. 31–46; *Bonadio* 2011; *Hoikka* 2009 s. 224–235, 284; *Mylly*, LM 2004 s. 232–233, 244–251.

<sup>112</sup> *Kemppinen* 2011 erit. s. 54–62.

<sup>113</sup> *Geiger* 2009 erit. s. 27–42, 48; *Geiger* 2008 erit. s. 122–131.

<sup>114</sup> Internet-operaattorille säilytettävistä tehtävistä ks. *OECD* 2011 s. 5–23.

<sup>115</sup> *Koulu*, LM 2012 s. 286–292; *Huovinen*, LM 2010 s. 144. Kansainvälisesti ks. esim. *La Rue* 2011 s. 6–7.

<sup>116</sup> *Pöyry* 2002 s. 51–54.

Teleyrityksille voidaan asettaa VML 59 §:n mukainen yleispalveluvelvoite. Säännökset perustuvat täysharmonisoivaan yleispalveludirektiiviin (2002/22/EY).<sup>117</sup> Käyttäjillä on tällöin oikeus saada vakituisiin asuinpaikkoihin puhelinliittymä ja LVM:n asetuksella määrätty, vähintään 1 Mbit/s downstream-nopeuden omaava Internet-yhteys (VML 60 c §, InternetNopA 1.1 §), mutta myös 0,5 Mbit/s katsotaan riittäväksi, mikäli kyseinen nopeus on aina käytettävissä (InternetNopA 1.2 §). Velvoite voidaan toteuttaa myös langattomilla tekniikoilla, ja yhteyden tulee myös täyttää vammaisten erityistarpeet. Velvoite onkin nähty tärkeäksi instrumentiksi kyseisten erityistarpeiden huomioimisessa.<sup>118</sup>

Yleispalveluvelvoitteita on asetettu 26 teleyritykselle. Näistä ehkä laajimpana esimerkkinä voidaan mainita lähes 200 kunnan aluetta kattava TeliaSonera Finland Oyj:lle 23.12.2009 asetettu velvoite.<sup>119</sup> Velvoitteen tarkoituksena on ilmeisten tavoitteiden lisäksi PL 6 §:n mukaisen tosiasiallisen yhdenvertaisuuden turvaaminen ja edistäminen maantieteelliset ja erityisryhmät huomioiden. Tällaista suuntausta on ilmentänyt myös aiemmin ratkaisu KHO 2006:18, jossa katsottiin, että kunnan tulee uusia näkö- ja kuulovammaisen tietokoneohjelmistoja. Perusteluiden mukaan julkisten ja yksityisten palveluiden siirtyminen yhä enenevässä määrin verkon kautta käytettäväksi tarkoitti henkilön sosiaalisen toimintakyvyn tukemista ja itsenäisen elämäntilanteen hallinnan edistämistä eikä harrastustoimintaa. Saarenpää on korostanut tapauksen merkitystä pitäen verkkoympäristöä myös perusoikeusympäristönä. Hän näkee verkkoyhteiskunnan eräänlaisena oikeuden valtatieenä ja arkipäivän perusoikeuksien ilmentäjänä, joka toisaalta edistää ja toisaalta edellyttää ihmisoikeuksien ja perusoikeuksien toteuttamista.<sup>120</sup>

*B. Laajennukset ja muut tukitoimet.* Valtioneuvoston 3.5.2012 periaatepäätöksen mukaisesti on selvitetty yleispalveluvelvoitteen laajentamista vapaa-ajan asuntoihin, kansalaisten perustasoisen Internet-yhteyden saatavuutta ja yleispalvelunopeuden nostoa 10 megabittiin sekunnissa.<sup>121</sup> Vapaa-ajan asuntojen sisällyttäminen yleispalveluvelvoitteeseen edellyttäisi VML 60c.1 §:n muuttamista sekä huomattavia investointeja teleyrityksiltä. Ongelman ratkaisemiseksi onkin hahmotettu muita, esimerkiksi uusia ra-

<sup>117</sup> HE 238/2010 vp s. 40–45; *Ollila* 2003 s. 14–15.

<sup>118</sup> HE 238/2010 vp s. 99–100; LiVM 21/2010 vp s. 4–5.

<sup>119</sup> LVM 2013b s. 8. Ko. velvoitteeseen kohdistunut valitus hylättiin, ks. KHO 4.7.2012 T 1874 (Dnro 340/2/10).

<sup>120</sup> *Koulu*, LM 2012 s. 291; *Saarenpää* 2008 s. 136–137, 143–145. Teknisen pääsyn ohella on korostettu myös tosiasiallista mahdollisuutta hyödyntää tekniikkaa eli käyttöpäätteitä ja käyttöaitoa (*Koulu*, LM 2012 s. 298–300).

<sup>121</sup> LVM 2012; LVM 2013a; LVM 2013b; LVM 2013c. Yleispalvelunopeuden nostamiseen liittyvät toimenpiteet olivat vielä kesäkuussa 2013 auki (LVM 2013a).

diotaajuuksia hyödyntäviä toimenpiteitä.<sup>122</sup> Yleisistä nopeiden yhteyksien edistämistoimenpiteistä voidaan mainita Laajakaista 2015 (Laajakaista kaikille) -hanke, jonka tarkoituksena on saada 100 megabitin laajakaistayhteys enintään 2 kilometrin etäisyydelle yli 99 %:ssa vakituisista asunnoista ja toimipaikoista vuoden 2015 loppuun mennessä. Huippunopea laajakaista-toimenpideohjelmassa tähän pyritään muun muassa valokuituinfrastruktuurin rakentamista helpottamalla. Laajakaistayhteyksien rakentamiseen haja-asutusalueille on myös tarjolla tukea (LaajakRakL).<sup>123</sup>

*C. Yhteyden katkaisemisen perusoikeusongelmat käyttäjän kannalta.* Ongelmallisen vastinparin subjektiiviseen oikeuteen saada Internet-yhteys muodostavat säännökset, joiden mukaan Internet-yhteys voidaan katkaista häiriökäyttäytymisen johdosta (esim. tietoliikenteen häirintä, tekijänoikeuden loukkaus tai vihapuhe).<sup>124</sup> Esimerkiksi tekijänoikeusloukkausten kontekstissa on joissakin maissa ollut käytössä ns. kovenevia keinoja, joita käyttämällä viime kädessä aineistoja jakavien käyttäjien Internet-yhteys voidaan katkaista. Malli on torjuttu tiettävästi ainakin Saksassa ja Euroopan parlamentissa.<sup>125</sup> Yhteyden katkaisemista on kritisoitu laajasti perusoikeusnäkökulmasta, varsinkin kun muitakin keinoja on käytettävissä.<sup>126</sup> YK:n ihmisoikeusneuvoston erityisraportoija on katsonut, että Internet-yhteyden katkaiseminen tekijänoikeusloukkausten johdosta olisi epäsuhteessa tekoon ja siten KP-sopimuksen 19.3 artiklan vastaista.<sup>127</sup> Komissio ei ole toistaiseksi puuttunut menettelyihin, vaikka onkin korostanut muun muassa asiaan liittyviä käyttäjien laajakaistaintressejä ja perusoikeuksia.<sup>128</sup> Toisaalta operaattoria ei voida määrätä olemaan jatkossa tarjoamatta tekijänoikeutta loukanneelle Internet-yhteyttä, sillä tämä rajoittaisi kohtuuttomasti henkilön mahdollisuuksia käyttää verkkoyhteyksiä lailliseen toimintaan.<sup>129</sup> Teleyritys saa kuitenkin kieltäytyä eräin rajoituksin yhteys sopimuksen solmimisesta, jos henkilö on muun ohella vastikään syyllistynyt tietoliikenteen häirintään (VML 60c.5 §).

Suomessa laittomasti tekijänoikeuden suojaamaa aineistoa jakavien käyttäjien Internet-yhteyksiä on katkaistu ainakin vuosina 2008 ja 2011

<sup>122</sup> LVM 2013b s. 13.

<sup>123</sup> LVM 2013b s. 11–12; LVM 2013c s. 19–20, 28–29; Viestintävirasto 2013b.

<sup>124</sup> En käsittele katkaisemista vähäisempiä rajoittamistoimenpiteitä.

<sup>125</sup> *Päivärinne* 2011 s. 60–61; *Swartout* 2011 s. 520–534; *Benabou* 2010 s. 170–182; *Strowel* 2010 s. 147–162.

<sup>126</sup> Ks. esim. *Edwards* 2011 s. 26–49, 71–72; *Hopkins* 2011 erit. s. 587–594.

<sup>127</sup> *La Rue* 2011 s. 21. Vrt. Riikka Koulu hahmottaa tämän lähinnä reaalisesti argumentiksi (*Koulu*, LM 2012 s. 281 alaviite 4).

<sup>128</sup> KOM(2011) 287 lopullinen, s. 19.

<sup>129</sup> HE 26/2006 vp s. 13. Tämä todettiin enforcement-direktiivin (2004/48/EY) implementoinnin yhteydessä.

tekijänoikeudellisilla keskeyttämismääräyksillä. Vuonna 2008 käräjäoikeus katsoi, ettei yhteyden katkaiseminen vaarantaisi kolmannen viestintämahdollisuuksia TekL 60c.4 §:ssa tarkoitettulla tavalla.<sup>130</sup> Vuonna 2011 yhtä aikaa annetuissa kolmessa ratkaisussa yhteyden katkaisemista perusteltiin jaettujen aineistojen (20 000–50 000 musiikkikappaletta) poikkeuksellisen suurella määrällä, josta aiheutuisi hakijoille huomattavia taloudellisia menetyksiä, sekä sillä, että käyttäjä oli käyttöehtojen mukaan sitoutunut olemaan loukkaamatta tekijänoikeuksia. Näin ollen katkaisemista ei katsottu kohtuuttomaksi eikä suhteellisuusperiaatteen vastaiseksi. Loukkaajaa ei kuultu, ja käräjäoikeus katsoi loukkaajan oikeusturvan toteutuvan ulosotomiehelle talletettavan hakijavakuuden avulla.<sup>131</sup>

Edellä mainittujen ratkaisujen perustelut, kohtuullisuus ja oikeusturvan arviointi ovat kyseenalaistettavissa. Hakemukset pantiin vireille 15–16.3.2011, katkaisupäätökset annettiin 9.5.2011 ja yhteydet katkaistiin 18–20.5.2011. 21.6.2011 kaikki hakemukset peruutettiin ja asiat jäivät sillensä, koska asia oli sovittu vastaajien kanssa. Myös aiempi vuoden 2008 tapaus sovittiin nopeasti. Kun tarkastellaan kahden kuukauden vireilläoloaikaa ja loukkauksen taustakontekstia, on ilmeistä, että vaatimukset loukkaajia vastaan menestyisivät sovintoteitse tai riita- tai rikosasioina myös ilman yhteyden katkaisemista. Itse asiassa loukkaus olisi liittymän haltijan yhteystietojen saamisen jälkeen (31.3.2011) todennäköisesti loppunut välittömästi eli siis aiemmin kuin keskeyttämismääräystä toimeenpantaessa, mikäli hakijat olisivat kirjelmöineet liittymän haltijalle.<sup>132</sup>

Kymmenien tuhansien teosten jakaminen on sinänsä loukkauksena kohtalaisen vakava, mikä puoltaisi sitä, että oikeudenhaltijan on voitava puuttua tilanteeseen. Arvioinnissa on kuitenkin kiinnitettävä huomiota myös vaihtoehtoisiiin keinoihin. Edellä kuvatusti on ilmeistä, että loukkaus olisi loppunut loukkaajalle kirjelmöimällä, ja näin ollen ennen katkaisemispäätöksen antamista. Katkaisemispäätös olisikin ollut tarpeen oikeuksien suojaamiseksi vain siinä tapauksessa, että loukkaaja ei olisi lopettanut loukkausta yhteydenotosta huolimatta. Yhteyden katkaisemisen voisikin hahmottaa sinänsä tarpeettomaksi oikeuslaitosta ja operaattoreita kuormittavaksi loukkaajaan kohdistuvaksi painostuskeinoksi tai kärjistetyksi oikeuspoliittiseksi kokeiluksi. Pidän käyttäjään kohdistuvaa

<sup>130</sup> HelKO 23.6.2008 (H 08/3008), s. 3–4, 9–10. Ks. laajemmin *Savola* 2013a s. 157–158, 177; *Siiki*, DL 2009 s. 180–182. Vrt. *Harenko* ym. 2006 s. 551.

<sup>131</sup> HelKO 9.5.2011 (H 11/11018); HelKO 9.5.2011 (H 11/11063); HelKO 9.5.2011 (H 11/11065).

<sup>132</sup> Myöhemmässä lainsäädännön nykytilaa selostavassa esityksessä todetaankin (HE 235/2010 vp s. 6), että määräyksen antaminen edellyttää, että aineisto on edelleen saatavilla eikä loukkaamista ole vapaaehtoisin toimin lopetettu (korostus lisätty). Ennen määräyksen antamista vapaaehtoisia toimia tulisikin kokeilla.

keskeyttämismääräystä yleisesti ottaen hyvin kyseenalaisena ja erityisesti sen ongelmat korostuvat nyt käsitellyissä tapauksissa. En pidä sitä kohtuullisena tai suhteellisuusperiaatteen mukaisena, eikä sen antamiselle ole perusoikeusjärjestelmän kannalta perusteita ainakaan ennen kuin muita, lievempiä keinoja on kokeiltu. Erityislähettiläs La Ruen kannanoton mukaisesti tällainen keskeyttämismääräys voisi olla nykyisellään myös ihmisoikeusnäkökulmasta ongelmallinen.

*D. Internet-yhteys välttämättömyytenä toimeentulolle?* ToimeentulotukiL 7 a §:n mukaiseen toimeentulotuen perusosaan sisältyvät muun ohessa sanomalehden tilauksesta, televisioluvasta ja puhelimen käytöstä aiheutuvat jokapäiväiseen toimeentuloon kuuluvat menot. Nämä ns. informaatiomenot muodostavat laskennallisesti 20 % perusosan suuruudesta.<sup>133</sup> Kuntien ohjeistuksessa tämä on laajennettu tarkoittamaan myös Internet-käyttömaksuja, mutta asiaa ei ole käsitelty lainsäädännön esitöissä eikä STM:n ohjeissa. Tätä voitaisiin tulkita niin, että Internetin käyttö katsotaan jokaiselle tarpeelliseksi ja siihen liittyvät kulut välttämättömiksi kuluiksi. Toisaalta voidaan myös esittää havainto, että tällä tavoin kunnat eivät joudu harkitsemaan Internet-käyttömaksuja muina peruskuluina (7 b §) tai täydentävänä toimeentulotukena (7 c §) ja menot itse asiassa vähentävät muuhun käyttöön jäävää rahamääräistä perusosaa.<sup>134</sup>

Toimeentulolaki toteuttaa jokaisen subjektiivista oikeutta välttämättömään toimeentuloon (PL 19.1 §). Perustuslakivaliokunnan mukaan toimeentulotukilailla turvataan sosiaalisesti hyväksyttävää elintasoa, mikä on enemmän kuin PL 19.1 §:ssa edellytetty välttämätön toimeentulo.<sup>135</sup> Tältä osin jääkin epäselväksi, luetaanko informaatiomenoihin kuuluvat Internet-yhteysmenot osaksi välttämätöntä toimeentuloa vai sosiaalisesti hyväksyttävää elintasoa. Joka tapauksessa kyse on ihmisten perustavanlaatuisesta tarpeesta.

---

<sup>133</sup> STM 2007:11 s. 60. Uudessa oppaassa (4.3.2013) tällaista laskennallista erottelua ei enää ole.

<sup>134</sup> Näin on ilmeisesti ajatellut myös Huovinen katsoessaan, ettei tietokonetta tai laajakaistayhteyksiä pidetä toimeentulon kannalta välttämättömyyksinä. Tämä johtaa köyhien sananvapauden käytön hankaloitumiseen. Ks. laajemmin *Huovinen*, LM 2010 s. 144, 148–150.

<sup>135</sup> PeVL 31/1997 vp s. 3; *Tuori* 2011b s. 727, 729–730.



## 3.2 Poliittisen keskustelun ja demokratian edistäminen

### 3.2.1 Verkkodemokratiaa edistävistä virallishankkeista

Poliittista verkko-osallistumista on silloisena teledemokratiana selvitetty jo 1990-luvulla.<sup>136</sup> Verkkodemokratiasta voidaan osallistamisen tasoina hahmottaa kuuleminen (consultation), osallistuminen (participation) ja vaikuttaminen (empowerment).<sup>137</sup> Toiminta perustuu osaltaan demokratiapolitiikan suuntaviivat -selvitykseen ja sitä vastaavaan periaatepäätökseen.<sup>138</sup> Suomalaisten yhteiskunnallista osallistumista Internetissä tarkasteltaessa verkko-osallistumisen kehityksen keskeisiä haasteita tunnistettiin yhdeksän: yhteiskunnan pirstaloituminen ja polarisoituminen, osallistumisen kanavointi osaksi arjen osallistumista, verkon luonne, motivaation lasku, politiikan rakenne, viestintäteknologia, skeptiset asenteet ja taloudelliset verkkopalvelujen kehitysresurssit.<sup>139</sup>

### 3.2.2 Poliittisen keskustelun reunaehdot ja haasteita

Perustuslakivaliokunta on pitänyt sananvapautta ydinajatukseltaan ennen muuta poliittisena perusoikeutena. Tältä osin EIT:n käytännön valossa valtioiden harkintamarginaali on supistunut varsin pieneksi.<sup>140</sup> Vahvan aseman saaneiksi sananvapauden oikeutusperiaatteiksi on hahmotettu totuuden etsiminen, itsensä toteuttaminen, demokraattinen osallistumisoikeus ja viranomaisten valvonta.<sup>141</sup> Näistä poliittisia tarkoituksia on etenkin kahdella viimeisellä. Toinen samansuuntainen poliittisen sananvapauden aseman ja päämäärien hahmotustapa erittelee yhteiskunnallisen osallistumisen, poliittisen totuuden saavuttamisen, enemmistöperiaatteen mukaisen päätöksenteon tukemisen, mielivallan ja korruption rajoittamisen ja yhteiskunnallisen vakauden säilyttämisen.<sup>142</sup> Näiden toteuttamisessa viestinnän moniarvoisuuden (pluralismin) eri aspekteilla ja kytköksillä materiaaliseen sananvapauteen eli tosiasialliseen mahdollisuuteen tulla kuulluksi on niin ikään merkitystä.<sup>143</sup>

<sup>136</sup> Keskinen 1995.

<sup>137</sup> Oikeusministeriön muistioita ja lausuntoja 14/2010 s. 116.

<sup>138</sup> Oikeusministeriön muistioita ja lausuntoja 14/2010. Verkkodemokratiasta ks. erit. s. 109–125.

<sup>139</sup> Oikeusministeriön julkaisuja 2009:5 s. 170–207, erit. s. 201.

<sup>140</sup> PeVL 3/2010 vp s. 2; PeVL 19/1998 vp s. 5; HE 309/1993 vp s. 58; Pellonpää ym. 2012 s. 721–726; Manninen 2011 s. 460–461, 463; Viljanen 2002 s. 89–92, 96.

<sup>141</sup> Neuvonen 2012 s. 37–41.

<sup>142</sup> Kortteinen 1996 s. 32–33.

<sup>143</sup> Hoikka 2009 s. 45–55, 259–261.

Internetissä on mahdollista kiertää autoritääriinen kontrolli ja täyttää uusi julkisuustila erityisesti esimerkiksi ”julkisena vahtikoirana” toimimalla. Internet tarjoaa myös mahdollisuuksia tiedon tuottamisen, jakamisen ja näiden positiivisten inhimillisten vaikutusten saralla.<sup>144</sup> EIT on sananvapautta koskevassa ratkaisukäytännössään myös toistuvasti korostanut julkisen vahtikoiran tehtävää.<sup>145</sup> Hindmanin mukaan käytäntö ei tue edellä mainittua näkemystä tiedon leviämisestä. Internet ei tarjoa käytännössä massamediaa laajempaa julkaisualustaa eikä takaa kuulluksi tulemistä, vaikkakin vahtikoira-funktion osalta merkitys voi lisääntyä.<sup>146</sup> Poliittiset sivustot edustavat yhtä promillea Internetin liikenteestä, ja tähän verrattuna hakusivustojen ja uutis- ja mediasivustojen yhteenlaskettu määrä oli satakertainen, noin 10 %.<sup>147</sup> Internet-politiikkaa rajoittavat vähäinen poliittisen viestinnän määrä, linkkirakenne ja sivustojen näkyvyys, hakukoneiden rajoitukset poliittisen aineiston löytämisessä, tiedon tuottamisen kustannukset ja verkkomaailman sosiaaliset eliitit.<sup>148</sup> Internetissä onkin helppo kirjoittaa, mutta vaikea tulla kuulluksi.<sup>149</sup>

Sananvapauden kahden perusfunktion, demokraattisen päätöksentekoprosessin turvaamisen ja yksilöiden vapaan itseilmaisun, toteutumista Internetissä on niin ikään selvitetty.<sup>150</sup> Internetin teknologiset mahdollisuudet ovat herättäneet ensimmäisessä perusfunktiossa toiveita ”demokratian elpymisestä ja kansalaisten yhteiskunnallisesta voimaantumisesta”: Internet tarjoaa kaikille avoimen ilmaisukanavan, ja siinä korostuvat liberalismien perusajatukset muun muassa yksilökeskeisyydestä, valtion kontrollin minimoinnista ja uskosta edistykseen ja rationalismiin. Internetiin liittyvät demokratisoivat oletukset ja toiveet on perustettu osaksi teknologisten ominaisuuksien avoimeen ja mahdollistavaan luonteeseen.<sup>151</sup> Ideaali ”ajatusten markkinapaikasta” ei kuitenkaan toteudu, koska äänensä saa kuuluviin yhteiskunnallinen eliitti ja taloudellisiin panostuksiin kykenevät.<sup>152</sup> Näin ollen Internet ensimmäisessä perusfunktiossaan supistuisi keinoksi suojella yksilöllistä autonomiaa, ja keskeisempään rooliin nousisi oman mielipiteen ilmaisun vapaus.<sup>153</sup> Internetin liberaalista luonteesta ja anonyymiteetistä johtuen ”haittapuheesta” on tullut julkisempaa ja se joutuu vastakkain sensuurin ja yksilönvapauksien kanssa.<sup>154</sup>

<sup>144</sup> Benkler 2006 s. 212–272, 472–473.

<sup>145</sup> Pellonpää ym. 2012 s. 730–732; Viljanen 2002 s. 87–89.

<sup>146</sup> Hindman 2009 s. 11–12.

<sup>147</sup> Hindman 2009 s. 60–61.

<sup>148</sup> Hindman 2009 s. 131–133.

<sup>149</sup> Hindman 2009 s. 18, 142.

<sup>150</sup> Numminen 2011; Kortteinen 1996 s. 32.

<sup>151</sup> Numminen 2011 s. 40–42, 74.

<sup>152</sup> Numminen 2011 s. 76.

<sup>153</sup> Numminen 2011 s. 77.

<sup>154</sup> Numminen 2011 s. 78.

Millaista poliittisen keskustelun sitten pitäisi olla ja miten valta jakaantuu? Internetin pirstaloitumista samaa mieltä olevien omiksi soluiksi voidaan pitää ongelmallisena, ja vahvempi sekoittuminen, ryhmien väliset ärsykkeet ja vuoropuhelu olisi toivottavaa.<sup>155</sup> Deliberatiivisen demokratian teorioissa on kyse keskustelusta ja sen reunaehdoista, ja niiden pyrkimyksenä on ”pelastaa yhteiskunnallinen keskustelu prosesseilla, joita länsimaiset ihmisoikeudet tukevat”. Sen sijaan esimerkiksi radikaalit teoretikot näkevät konsensuksen pahana asiana, koska se tuhoaa demokratian ja sen on voitu nähdä johtavan jopa epädemokraattisten ääriilikkeiden voimistumiseen.<sup>156</sup>

Olisi tarkoituksenmukaista, että demokraattinen viestintävalta jakaantuisi ja mediakeskittymät estettäisiin, mutta Internet tai markkinatalous ei sellaisenaan ratkaise ongelmaa.<sup>157</sup> Internetin näennäisestä moniarvoisuudesta voidaankin esittää kriittisiä huomioita. Kun Internet on pirstaloitunut, ihmiset voivat elää omissa maailmoissaan kohtaamatta vastakkaisia mielipiteitä tai konflikteja, ja todellisuudessa yleisön huomio kiinnittyy valtavirran uutislähteisiin.<sup>158</sup> Internet poliittisen viestinnän areenana on lähinnä vahvistanut vanhojen ja osin uusien eliittien asemaa, koska erilaisten hakukoneiden, portaalien ym. johdosta huomio keskittyy yhä enemmän harvoille suosituille sivustoille.<sup>159</sup> Sosiaalinen tiedontuotanto ja yhteiskunnan yhteisöllinen tieto on tärkeää, mutta kaupalliset yhtiöt pyrkivät muokkaamaan kuluttajia esi-internetaikaisiksi passiivisiksi massamediasisältöjen vastaanottajiksi.<sup>160</sup>

### 3.2.3 *Sirpaloituneesta keskustelusta päätöksentekoon?*

Useimmat verkkodemokratiahankkeet ovat pelkistyneet lähinnä kansalaisia osallistaviksi kuulemismenettelyiksi, joissa esitettyjä mielipiteitä ei ole tarvinnut huomioida. Motivaatio osallistumiseen on ollut vähäistä, koska ne eivät ole muun muassa tarjonneet foorumia omalle politikoinnille.<sup>161</sup> Edellä mainituissa virallisselvityksissä havaittiin vastaavia ongelmia. Pelkästään menettelyllinen demokratia ilman henkilöiden osallistumista

<sup>155</sup> Sunstein 2009 s. 46–56, 190–194, 212–223.

<sup>156</sup> Kootusti ks. *Neuvonen* 2012 s. 43–49. Radikaaleista teorioista (esim. Mouffe) ks. *Häyhtiö* 2010 s. 88–90.

<sup>157</sup> *Baker* 2007 s. 6–37, 88–123. Yleisesti ks. myös *van Dijk* 2012 s. 104–115.

<sup>158</sup> *Karppinen* 2010 s. 140–142. Näkemyksissä on samankaltaisuutta em. Mouffeen ja Sunsteinin kanssa.

<sup>159</sup> *Karppinen* 2010 s. 137–139; *Hindman* 2009 s. 18.

<sup>160</sup> *Huovinen*, LM 2010 s. 155–158. Myös edellä Benkler piti sosiaalista tiedontuotantoa keskeisenä. Riikka Koulu esittelee kokoavasti näkökulmia Internetin väitettyyn erityislaatuuteen suhteessa vanhoihin medioihin, ja siihen, miten Internet tulisi oikeudellisesti hahmottaa (*Koulu*, LM 2012 s. 282–285).

<sup>161</sup> *Häyhtiö* 2010 s. 87. Tästä lienee esimerkinä myös eduskunnan enemmistön hiukan vastahakoinen ja varauksellinen suhtautuminen kansalaisaloitteiden käsittelyyn.

ei useinkaan sitouta ihmisiä, koska sosiologisesta näkökulmasta sitoutuminen saavutetaan luomalla osallistujien välille solidaarisuutta. Pelkästään keskustelevalta ”heikko julkisuus” eroaa ”vahvasta julkisuudesta” siinä, että jälkimmäisessä tehdään osallistujia sitovia päätöksiä. Internet-aikakaudella päätösvaltaiset julkisuudet olisivat paikallisissa hankkeissa saatujen positiivisten kokemusten valossa siirrettävissä globaalille tasolle.<sup>162</sup>

Edellä kuvatusti näkemykset Internetistä ja sen potentiaalista demokralialle vaihtelevat suuresti. Yhteenvedon voidaan todeta, että Internet ei ole järjestäytynyt siten, että se optimaalisella tavalla saattaisi poliittiset mielipiteet kuuluville, edistäisi demokraattista keskustelua tai sitouttaisi kansalaisia. Internet saattaa jopa pönkittää valtarakenteita ja luoda uusia, mutta sen voi kuitenkin nähdä luovan osin toteutuneitakin mahdollisuuksia itseilmaisuuksiin, keskusteluun ja osallistumiseen. Erilaisilla kriittisillä puheenvuoroilla ja ”leaks”-sivustoilla on myös osaltaan toteutettu julkisen vahtikoiran tehtävää. Vaikka matka aitoon osallistumiseen ja sähköiseen demokratiaan on vasta alussa, Internetillä ja Internet-operaattoreilla voidaan nähdä olevan merkittävä rooli poliittisten perusoikeuksien käyttämisedellytysten luomiselle. Kysymys onkin pitkälti siitä, haluaako julkinen valta tai nykyiset keskustelua dominoivat valtarakenteiden haltijat ja sosiaaliset eliitit muutosta asiantilaan tai muodostuuko ulkoinen paine sen verran suureksi, että muutos tapahtuu heistä huolimatta.

### 3.3 Käyttäjät perusoikeuksien rajoittamisen kohteena

#### 3.3.1 Yksityiselämän suoja loukkauspaineiden ristitessä

Käsittelen aluksi yleisesti erilaisia käyttötapoja ja intressejä, joilla yksityiselämän suoja tietoverkossa pyritään kovertamaan, ja esitän seikkoja, joiden johdosta tunnistamistietojen sensitiivisyys on korostunut, niiden hyödyntämisintressin merkitys kasvanut ja käsittely helpottunut. Internet-kontekstissa tunnistamistiedoilla on huomattavasti suurempi merkitys kuin käsin syötetyillä henkilötiedoilla, koska ne luovat kytköksen tietoverkon tapahtumien ja ihmisten välille.<sup>163</sup> Näistä syistä luvussa 3.3.2 tarkastelen yksityiskohtaisesti tunnistamistietojen keräämistä, tallentamista ja luovuttamista. Luvussa 3.3.3 käsittelen yleisemmällä tasolla perusoikeusrajoituksia vertikaalisessa suhteessa ja tähän liittyvää argumentaatiota.

<sup>162</sup> Ylä-Anttila 2009 s. 107, 110–113.

<sup>163</sup> Tietoyhteiskuntakaaressa ”tunnistamistieto” ehdotetaan korvattavaksi samansisältöisellä ”välitystiedon” käsitteellä. Tällä pyritään välttämään sekaannus erilaisiin tunnistautumispalveluihin ja korostamaan, että kyse on viestinnän välittämisen yhteydessä kerätystä tiedosta, eikä esimerkiksi viestinnän osapuolten keräämistä tiedosta (Tietoyhteiskuntakaari, lausuntoluonnos 4.4.2013 s. 86). Pitäydyn tässä kuitenkin voimassa olevan lain käsitteessä.

Verkottuvassa ns. ubiikkiyhteiskunnassa uhkina ovat muun muassa kasvava valvonta, kapeneva yksityisyys, katoava tietosuojaja, tiedon väärinkäyttö, demokratiavaje ja demokratian ongelmat sekä vallan kätkeytyminen.<sup>164</sup> Myös perusoikeuksien ja turvallisuuden tasapaino on järkkynyt yksityisyyden ja tietosuojan alalla, kun tietojen vaihtoa, seuranta ja viranomaisten toimivaltuuksia on lisätty, mutta perusoikeuksia suojaavat säännökset ovat jääneet hajanaisiksi.<sup>165</sup> Operaattorilla voi olla myös oma taloudellinen intressi käyttäjien yksityisyyden loukkauksiin.<sup>166</sup> Euroopan tasolla toimenpiteinä asian parantamiseksi voidaan nähdä muun muassa komission esitys uudeksi yleiseksi tietosuojaja-asetukseksi ja Eurooppa 2020 -strategian lippulaivahanke, Euroopan digitaalistrategia, jotka sisältävät useita toimenpiteitä tai tavoitteita tietoverkkojen yksityisyyden ja henkilötietojen suojan tehostamiseksi.<sup>167</sup> Yksityiselämän ja luottamuksellisen viestinnän suoja on niin ikään luonut julkiselle vallalle positiivisen toimintavelvoitteen yksityisten suojaamiseksi horisontaalisuhteessa, mitä on osaltaan toteutettu kriminalisoinneilla ja muulla lainsäädännöllä.<sup>168</sup>

Tunnistamistietojen merkitys viestin sisällön selville saamiseksi oli aiemmin ”puhelinaikaan” vähäinen, eikä perustuslakivaliokunta 1990-luvun loppupuolella katsonut tunnistamistietojen paljastumisen loukkaavan viestinnän luottamuksellisuuden suojaa.<sup>169</sup> Aiemmin ydinalueen koskemattomuutta käytettiin lähinnä käänteisesti, legitimaatioperusteena reuna-alueen suuremmalle liikkumavaralle. Positiivisena kehityksenä on syytä mainita lausunnot, joiden mukaan myös tunnistamistietojen salaisuuden suojaan puuttuvan sääntelyn on täytettävä perusoikeuksien rajoittamisen yleiset edellytykset.<sup>170</sup> Verkkoaikakaudella esimerkiksi käytetyt palvelut ja vierailut sivustot paljastavat enemmän kuin tieto puhelun osapuolista, ja myös tietojen tallentaminen, korrelointi, yhdistely ja käsittelyn helppous nostaa hyödyntämismahdollisuudet uudelle tasolle. Tietoja yhdistelemällä saadaan

<sup>164</sup> *Karhula* 2008 s. 48–61, 162–190. Kansainvälisesti ks. esim. *Richards* 2013; *Froomkin* 2000. Saarenpää on kuvannut asiaa siten, että oikeusvaltioajattelun vastaisesti ihmisten vapauksia rajoitetaan mahdollista myöhempiä käyttöä varten (*Saarenpää* 2002 s. 119–120). Ollila on käsitellyt yksityisyyden muotoja ja yhteensovittamista sananvapauden kanssa erityisesti tietoverkoissa, ks. *Ollila*, LM 2002 s. 432–434. Laajemmin ks. *Ollila* 2001 s. 145–163, 179–198, 245–253.

<sup>165</sup> *Ojanen*, LM 2007 s. 1072–1073; *Ollila*, LM 2005 s. 783, erit. alaviite 10.

<sup>166</sup> *Ohm* 2009 erit. s. 1422–1437.

<sup>167</sup> KOM(2012) 11 lopullinen, s. 9–10; KOM(2010) 245 lopullinen/2, passim.

<sup>168</sup> PeVL 9/2004 s. 2; HE 309/1993 vp s. 53; *Innanen – Saarimäki* 2012 s. 13–18; *Ollila* 2001 s. 156–158. Myös jäljempänä luvussa 3.3.3 kuvattu viranomaisten poliisi- ym. tiedustelukäytön sääntelyn voidaan nähdä vastaavan vertikaalisuhteen tasapainovajeeseen.

<sup>169</sup> PeVL 7/1997 vp s. 1–2; *Innanen – Saarimäki* 2012 s. 27–28.

<sup>170</sup> PeVL 29/2008 vp s. 2; PeVL 23/2006 vp s. 3. Toisaalta ei ole selvää, kuinka hyvin tämä tosiasia huomioidaan perusoikeusarvioinneissa, esimerkkinä uusien telepakkokeinojen sääntely, ks. PeVL 66/2010 vp s. 7; *Savola*, LM 2013.

kattava kuva henkilön viestinnästä, ja vierailuista sivustoista voi saada selville tietoja muun muassa henkilön mielenkiinnon kohteista, suhteista tai suunnitelmista. Näitä profiilintietoja voidaan käyttää hyväksi kaupallisesti tai lainvalvontatarkoituksiin. Tunnistamistietojen hyödyntäminen onkin hyvin laajaa, ja tietoja käytetään muun muassa rikosten ennaltaehkäisyyn ja selvittämiseen, mainonnan kohdistamiseen, verkkojen ja palveluiden tekniseen kehittämiseen ja yrityssalaisuuksien luvattoman paljastamisen selvittämiseen. Päätelaitteiden ja sähköisten palveluiden lisääntyminen synnyttää yhä enemmän tunnistamistietoja myös jokapäiväisestä elämästä, ja kun tietojen hyödyntämismahdollisuudet ovat kasvaneet, niitä myös kerätään ja käsitellään entistä enemmän. Tunnistamistietojen käsittely on laajaa ja kattavaa ja tietojen säilyttämiseen liittyy luottamuksellisuuden kannalta niiden säilytysajan pituuden kasvaessa kasvavia riskejä. Näin ollen tunnistamistiedot turvaavat viestinnän salaisuutta ja ne myös itsenäisesti luottamuksellisena viestintänä edellyttävät salassapitoa.<sup>171</sup> Olisikin toivotavaa, että viestin ja tunnistamistiedon mustavalkoisesta rajanvedosta siirryttäisiin vielä vahvemmin kohti analyttistä ja tilannekohtaista tarkastelua.

Horisontaalisesta mutta myös vertikaalisen elementin sisältävästä perusoikeuksien vastakkainasettelusta voidaan mainita EU-tuomioistuimen ratkaisut, joiden mukaan jäsenvaltioilla ei ole velvollisuutta säätää yksityisten oikeudesta saada tunnistamistietoja siviiliprosessissa. Jos tästä on kuitenkin säädetty, se on toteutettava niin, että perusoikeuksien välillä vallitsee asianmukainen tasapaino.<sup>172</sup> Esimerkkinä tietoturvallisuudesta perusoikeuskontekstissa voidaan esittää EIT:n tapaus I vastaan Suomi, jossa julkisen vallan katsottiin laiminlyöneen positiivisen toimintavelvollisuuden yksityiselämän suojan turvaamiseksi, kun henkilörekisterit olivat esteettä koko terveydenhuoltohenkilökunnan luettavissa, eikä tietoja rekistereitä käsitelleistä käytännössä ollut.<sup>173</sup> Toisena esimerkkinä yksityiselämän suojan turvaamisvelvollisuuden laiminlyönnistä voidaan mainita EIT:n tapaus K.U. vastaan Suomi, jossa kolmas oli lisännyt toisen nimissä tunnistettavan seuranhakuilmoituksen palstalle, eikä silloisen lainsäädännön nojalla poliisi tai tuomioistuin voinut saada lisääjän tunnistamistietoja.<sup>174</sup>

<sup>171</sup> *Innanen – Saarimäki* 2012 s. 28–29, 32. Vastaavasti ks. *van Dijk* 2012 s. 120–127.

<sup>172</sup> Ks. esim. EUT 19.4.2012, *Bonnier Audio* (C-461/10), 52–60 kohta; EYT 19.2.2009, *LSG v Tele2* (C-557/07), 28–29 kohta; EYT 29.1.2008, *Promusicae v Telefonica Espana* (C-275/06), 62–70 kohta; *Frabboni* 2010 s. 132–133, erit. alaviite 52. Useimmissa EU-maissa on säännöksiä yksityisten välisestä luovutusvelvollisuudesta (*Stamatoudi* 2010 s. 223–230).

<sup>173</sup> EIT 17.7.2008, *I v Suomi* (20511/03), 33–38, 44, 48–49 kohta.

<sup>174</sup> EIT 2.12.2002, *K.U. v Suomi* (2872/02), 46–50 kohta; *Innanen – Saarimäki* 2012 s. 333; *Koulu*, LM 2012 s. 289.

### 3.3.2 Tunnistamistietojen kerääminen ja luovuttaminen

*A. Tunnistamistiedot.* Tunnistamistiedolla tarkoitetaan tietoverkosta peräisin olevaa, viestinnän välittämisessä käytettyä käyttäjään tai tilaajaan yhdistettävissä olevaa tietoa. Viestintää välitettäessä käytännössä lähes aina muun muassa IP-osoitteet ovat tunnistamistietoja.<sup>175</sup> Tunnistamistiedot ovat luottamuksellisia, eikä niitä saa käsitellä ilman lain säännöstä ja silloinkin vain välttämättömässä laajuudessa (SVTsL 4–5 §), eikä myöskään Internet-operaattori saa kerätä tai luovuttaa tietoja muuten kuin laissa säädetyin perustein. Tunnistamistiedot nauttivat luottamuksellisen viestinnän perusoikeussuojaa, vaikka suojan on katsottu jäävän ydinalueen ulkopuolelle.<sup>176</sup> Oikeusturvakäsitelmäksi voi muodostua sekä IP-osoitetta vastaavan liittymän haltijan että liittymää tosiasiaassa käyttäneen henkilön selvittäminen.<sup>177</sup>

*B. Kerääminen ja säilytys.* Internet-operaattorilla ei ole velvollisuutta kerätä tunnistamistietoja, mutta operaattorin omaan tarkoitukseen kerättyjä tiettyjä tietoja on säilytettävä 12 kuukautta viranomaisten mahdollista tulevaa erityistä käyttöä varten (STVsL 14 a §).<sup>178</sup> Tyypillisesti Internet-operaattorin on kerättävä tietoja omaan käyttöön esimerkiksi palvelun toteuttamista, laskutusta tai teknisten vikojen selvittämistä varten. Säilytysvelvollisuuden alaisia tietoja voidaan käyttää vain televalvontaan oikeuttavien rikosten selvittämisessä.<sup>179</sup>

*C. Käsitteletietojen tallennus.* SVTsL 15 §:ssä velvoitetaan tallentamaan tiedot tunnistamistietojen käsittelystä. Säännöksen tarkoituksena on henkilöiden oikeusturvan toteuttaminen ja operaattorin palveluksessa toimivien henkilöiden tunnistamistietoihin liittyvien väärinkäytösten ehkäiseminen.<sup>180</sup>

<sup>175</sup> HE 125/2003 vp s. 46; Tietosuojaryhmän lausunto 4/2007 (WP 136) s. 16–17; *Päivärinne*, DL 2013 s. 197–202; *Innanen – Saarimäki* 2012 s. 76–79, 92–94; *Kulk – Borgesius* 2012 s. 794–795. Sen sijaan viestinnän osapuolten tietojen käsittely ei liity viestinnän välittämiseen, joten tällöin on usein kyse henkilötiedosta (Tietoyhteiskuntakaari, lausuntoluonnos 4.4.2013 s. 86).

<sup>176</sup> PeVL 9/2004 vp s. 4; *Innanen – Saarimäki* 2012 s. 26–29.

<sup>177</sup> Liittymän haltijalla ei ole legaalista vastuuta liittymän käytöstä tai erityistä huolenpitovelvollisuutta liittymästä; liittämösopimusten ehtoja en käsittele tässä tarkemmin. Laajemmin IP-osoitetta tosiasiallisesti käyttäneen henkilön tunnistamisesta ks. Itä-Suomen hovioikeus 4.10.2012 (S 12/306); Ylivieska-Raahan käräjäoikeus 14.5.2012 (L 11/3769); *Savola* 2013a s. 49, 177–178; *Clayton* 2012 s. 16–17, 26–35.

<sup>178</sup> *Innanen – Saarimäki* 2012 s. 28–29. Laajemmin ks. Viestintäviraston määräys 53A/2011M, erit. 1 § ja 4 §.

<sup>179</sup> Myöskään yksityisoikeudellinen hakemusasia, kuten TekL 60 a §:n mukainen luovuttaminen, ei ole peruste tietojen saantiin, sillä tietoja voidaan data retention -direktiivin (2006/24/EY) 4 artiklan mukaan luovuttaa yksinomaan lain mukaan toimivaltaisille viranomaisille. Ks. myös HE 235/2010 vp s. 13; HE 158/2007 vp s. 17.

<sup>180</sup> Laajemmin ks. HE 125/2003 vp s. 63–64; *Helopuro* ym. 2009 s. 144–147.

Vaikka säännös asettaakin operaattorille toimintavelvoitteen, se on verrannollinen julkishallintoon liittyviin vastaaviin velvoitteisiin.<sup>181</sup> Säännöstä voikin pitää välttämättömänä yksityiselämän suojan turvaamiseen suhteutettuna.

*D. Luovuttaminen yksityisille.* SananvapL 17 §:n mukaan tuomioistuin voi määrätä lähettimen, palvelimen tai muun sellaisen laitteen ylläpitäjän luovuttamaan verkkoviestin lähettämässä tarpeelliset tunnistamistiedot vaatimuksen esittäjälle, jos on todennäköisiä syitä epäillä viestin olevan sisällöltään sellainen, että sen toimittaminen yleisön saataville on säädetty rangaistavaksi. Soveltamiskriteerit on määritetty varsin tarkkarajaisesti. Vaatija vastaa ylläpitäjälle luovuttamisesta aiheutuneista kohtuullisista välittömistä kustannuksista.<sup>182</sup>

TekL 60 a §:n mukaisesti tekijällä tai hänen edustajallaan on oikeus tuomioistuimen määräyksellä salassapitosäännösten estämättä yksittäistapauksessa saada lähettimen, palvelimen tai muun sellaisen laitteen ylläpitäjältä taikka muulta välittäjänä toimivalta palvelun tarjoajalta yhteystiedot sellaisesta teleliittymästä, josta tekijän oikeuksien suojan kannalta merkittävässä määrin saatetaan yleisön saataviin tekijänoikeudella suojattua aineistoa ilman tekijän suostumusta. Lakivaliokunnan mukaan tuomioistuimen tehtävänä on valvoa, että merkittävyyskynnys ylittyy. Useimmiten kyse on ollut yli tuhannen musiikkikappaleen jakamisesta, mutta yleisesti käytössä olevan vertaisverkkotekniikan muututtua myös yksittäisten albumien jakamista on jouduttu arvioimaan.<sup>183</sup> Kontrollimekanismin toimivuus voidaan kyseenalaistaa, sillä tietävästi yhtä viimeaikaista ratkaisua lukuun ottamatta kaikki hakemukset on hyväksytty.<sup>184</sup> Tekijän tai hänen edustajansa on korvattava luovuttamismääräyksen täytäntöönpanosta aiheutuneet kulut sekä mahdollinen vahinko. Myös Internet-operaattorin mahdolliset oikeudenkäyntikulut kuulunevat täytäntöönpanokuluina korvattaviksi.<sup>185</sup> Korvausvelvollisuudella on haluttu ohjata oikeudenloukkausten selvittämistä tekijänoikeuden suojan toteuttamisen kannalta merkityksellisiin tapauksiin.<sup>186</sup>

<sup>181</sup> Ks. edellä kuvattu tapaus EIT 17.7.2008, *I v Suomi* (20511/03).

<sup>182</sup> Laajemmin ks. HE 54/2002 vp s. 75–78; *Innanen – Saarimäki* 2012 s. 331–334.

<sup>183</sup> LaVL 5/2005 vp s. 8–9; *Päivärinte*, DL 2013 s. 208–210. Laajemmin ks. *Päivärinte*, DL 2013 s. 204–214; *Siiki*, DL 2009 s. 177–178; *Harenko* ym. 2006 s. 539–545.

<sup>184</sup> *Päivärinte*, DL 2013 s. 204–205. Kielteinen päätös annettiin vastikään, ks. HelKO 28.11.2012 (H 12/57279). Tätä edeltävistä lähteistä niin ikään ilmenee, että kaikki hakemukset oli hyväksytty, ks. HE 235/2010 vp s. 14; HelKO 11.6.2012 (H 11/51554), s. 14; *Järvinen* 2009; *Siiki*, DL 2009 s. 177 alaviite 51. Telepakkokeinoasioissa vuosittain noin 3500 lupahakemuksesta hylätään vain noin 10, ks. *Niemi – de Godzinsky*, LM 2009 s. 567–570.

<sup>185</sup> *Harenko* ym. 2006 s. 544–545.

<sup>186</sup> LaVL 5/2005 vp s. 9.



TekL 60 a § jätti kokonaan keskeisimmän arviointikriteerin, merkittävyyskynnyksen, tuomioistuinten arvioitavaksi. Ongelma korostuu, koska kyse on hakemusasiasta, jossa on vain yksi asianosainen – hakija oikeudenhaltijan edustajana. Internet-operaattori on asiaan osallinen (kuultava), eikä hakijalla ole vastapuolta, jolla olisi intressiä riitauttaa hakijan vaatimuksia, eikä kenelläkään ole myöskään intressiä hakea muutosta kyseenalaisiin päätöksiin. Korkeimman oikeuden mukaan tuomioistuimen tehtävänä on valvoa epäillyn ja sivullisten etuja silloin, kun ne eivät itse sitä voi tehdä.<sup>187</sup> Laillisuusvalvojen suorittama ”valvonnan valvonta” on tähän nähden pakostakin yleisluontoista.<sup>188</sup> Yksipuolinen prosessi, jossa ratkaisut eivät päädy ylempien oikeusasteiden arvioitavaksi eikä oikeuskäytäntö joudu kriittisen arvioinnin kohteeksi, vaikuttaa vähintäänkin kyseenalaiselta väitetyn loukkaajan oikeusturvan ja oikeuskäytännön kehittymisen näkökulmasta.<sup>189</sup>

Ajankohtaisen ja eri osapuolten näkökulman tunnistamistietojen luovuttamiseen tarjoaa ns. ”Chisugate”-tapaus.<sup>190</sup> Tapauksessa vasta ilmestynyttä musiikkialbumia jaettiin vertaisverkossa, ja oikeudenhaltijoiden edustaja piti kirjaa jakajista 13–14.10.2011 saaden selville 67 jakajan IP-osoitteet.<sup>191</sup> 18.11.2011 vireille pannun hakemuksen johdosta käräjäoikeus katsoi 5.1.2012 antamassaan päätöksessä yksittäisenkin uutuusäänitteen jakamisen olleen toimintaa, jossa jokaisesta yksittäisestä teleliittymästä saatettiin yleisön saataviin tekijän oikeuksien suojan kannalta merkittävässä määrin suojattua aineistoa, ja määräsi luovuttamaan IP-osoitetta vastaavien teleliittymien haltijoiden tiedot. Oikeudenhaltijoiden valvontajärjestö kirjelmöi liittymän haltijoille, kehottaen oikeudellisten toimenpiteiden uhalla sopimaan hyvityksestä ja kulujen korvaamisesta. Kun eräs liittymän haltija ei suostunut vaatimukseen, asiasta tehtiin rikosilmoitus, ja myöhemmin poliisi suoritti kotietsinnän ja takavarikoi liittymän haltijan 10-vuotiaan lapsen käytössä olleen tietokoneen. Sittemmin asia sovittiin ja esitutkinta lopetettiin.<sup>192</sup>

Tarkastelen tässä vain merkittävyyskynnystä. TekL 60 a §:n mukaiset hakemukset ovat perinteisesti kohdistuneet yli tuhannen teoskappaleen jakamiseen, mutta tuoreemmissa ratkaisuissa, kun käytössä on ollut toi-

<sup>187</sup> KKO 2009:54, 9 kohta.

<sup>188</sup> Lindstedt, LM 2007 s. 1029–1031.

<sup>189</sup> Vrt. telepakkokeinoja koskevat asiat on käsiteltävä istunnossa, jotta tuomarilla olisi edellytykset selvittää pakkokeinon lainmukaisia edellytyksiä (Helminen ym. 2012 s. 718–719, 1076–1077). Vastaavaa edellytystä tunnistamistietojen luovuttamisessa ei ole. Laajemmin ks. Savola, LM 2013.

<sup>190</sup> Laajemmin ja myös poliisin toimintaa ja uutta pakkokeinolakia tarkastellen ks. Savola, LM 2013.

<sup>191</sup> Tavallisesti jokainen lataaja on myös vähintään latauksen ajan aineiston jakaja.

<sup>192</sup> Eoam 10.12.2012 (Dnro 4565/4/12), s. 1–4; HelKO 5.1.2012 (11/47251), s. 3–5; EFFI 2012.

nen vertaisverkkotekniikka, kysymystä on jouduttu arvioimaan uusista lähtökohdista.<sup>193</sup> Hakemuksessa vedottiin levyjulkaisun merkittävyyteen, ensimmäisen kuukauden aikaisten tulojen osuuteen kokonaisuusmyyntitulosta ja julkaisuun suositussa The Pirate Bay-palvelussa.<sup>194</sup> Täydennyslausumassa todettiin, että merkittävissä määrin -kriteeri täytyisi jo sillä perusteella, mikä taloudellinen merkitys hakemuksessa yksilöidyllä albumilla oli hakijoille ja että aineiston kappalemäärä yksinään ei olisi edellytyksenä kriteerin täyttymiselle.<sup>195</sup> Jos tarkasteltaisiin 67 jakajan yhteisvaikutusta, kokonaisuutena kriteeri saattaisi mahdollisesti täytyä.<sup>196</sup> Kuitenkin kyse on perusoikeusarvioinnista, jossa vastakkain on kukin yksittäinen jakaja ja oikeudenhaltija, ja lisäksi TekL 60 a §:n esitöiden ja miltei vastaavasti säännöksen sanamuodon mukaan merkittävyyttä tulee arvioida liittymäkohtaisesti (korostus lisätty):

”Sen mukaan tietoja voitaisiin luovuttaa vain sellaisen *liittymän* osalta, *josta* tekijän oikeuksien suojan kannalta merkittävässä määrin saatetaan yleisön saataviin tekijänoikeutta loukkaavaa aineistoa.”<sup>197</sup>

Tässä tapauksessa käräjäoikeus täydennyspyyntöä muotoillessaan ilmeisesti tunnisti ko. ”yksilöidystä teleliittymästä” -kriteerin, vaikka lopulta hyväksyikin vaatimuksen.<sup>198</sup> Merkittävyyttä tekijän oikeuksien suojan kannalta argumentoitiin edellä kuvatulla tavalla, mutta toisessa vaakakupissa olisi syytä pitää myös muun muassa kunkin yksittäisen jakajan merkitys tekijän oikeuksien suojan kannalta, tekijän taloudellinen asema ja julkaisun kaupallisen menekin väheneminen tai perusteltu arvio siitä.<sup>199</sup>

<sup>193</sup> Aiemmin laajemmassa käytössä olleessa DirectConnect-tekniikassa oikeudenhaltijan on ollut mahdollista helposti selvittää jonkun käyttäjän jaossa olevien tiedostojen määrä (*Päivärinte*, DL 2013 s. 210; *Siiki*, DL 2009 s. 177). Nykyisin yleisemmässä BitTorrent-tekniikassa oikeudenhaltijan on hankalaa selvittää kaikkia käyttäjän jakamia teoksia, ja tästä johtuen valvonta onkin kohdistunut yksittäisiin uutuuslevyihin. BitTorrent-tekniikkaa koskevissa luovuttamismääräyksissä on ollut kyse ainoastaan yhden musiikkialbumin jakamisesta. (*Päivärinte*, DL 2013 s. 210–211.)

<sup>194</sup> HelKO 5.1.2012 (11/47251), hakemus 18.11.2011 s. 7–8.

<sup>195</sup> HelKO 5.1.2012 (11/47251), täydennyslausuma 8.12.2011 s. 3–4.

<sup>196</sup> Toisaalta ainoassa hylkäävässä päätöksessä katsottiin, ettei 86 jakajaa edes uutuuslevyn julkaisemisen yhteydessä voinut täyttää ko. kriteeriä, ks. HelKO 28.11.2012 (H 12/57279) s. 7–8; *Päivärinte*, DL 2013 s. 213.

<sup>197</sup> LaVL 5/2005 vp s. 9.

<sup>198</sup> HelKO 5.1.2012 (11/47251), täydennyslausuma 8.12.2011 s. 3.

<sup>199</sup> Menestyneelle ja kymmeniä tai satoja tuhansia teoksia myyneelle tekijälle merkittävyyskynnys lienee syytä pitää korkeammalla kuin silloin, jos kyse on pienemmästä julkaisusta, jolloin suhteessa vähäisempikin jakaminen voi vaikuttaa erityisen haitallisesti. Lisäksi koska on mahdotonta tietää, kuinka paljon teoksia myytäisiin ilman laitonta jakamista, tämän vaikutusta on tyydyttävä arvioimaan (vastaavasti *Päivärinte*, DL 2013 s. 212, erit. alaviite 108). Ainoassa hylättyssä hakemuksessa käräjäoikeus katsoi, etteivät hakijat olleet esittäneet selvitystä jakamisen vaikutuksesta levyn myynnille, vaikka sitä olisi ollut esitettävissä (HelKO 28.11.2012 (H 12/57279) s. 7).

Teoksen lyhytaikainen jakaminen ei ole, varsinkaan nimenomaan yksittäisen jakajan ja oikeudenhaltijan välisessä relaatiossa, kovin merkittävää tekijän oikeuksien suojan kannalta, mutta hyvin pitkäaikainen jakaminen voi sitä olla.<sup>200</sup> Yksilötarkastelussa ei ole myöskään merkitystä sillä, kuinka paljon käyttäjiä kyseistä aineistoa jakavassa ryhmässä on. Taloudellisista näkökohdista huomionarvoista on se, kuinka suuri prosentuaalinen tai absoluuttinen tappio laittomasta jakamisesta voisi arvion mukaan aiheutua. ”Chisugate”-tapauksessa muutama päivä hakemuksen vireille panemisen jälkeen albumi oli reilun kuukauden kuluessa ilmestymisestä ”myynyt tuplaplatinaa” (40 000 kpl).<sup>201</sup> Kun otetaan huomioon artistin aiempi menestys ja ennätysellinen myynti jo hakemusta vireille pantaessa, ensimmäisen vuorokauden aikana 67:ää jakajaa voidaan pitää määrältään varsin vähäisenä, sillä jos jokainen lataaja toimii useimmiten myös jakajana, lataajiakaan ei ilmeisesti ollut kovin paljon enemmän. Niin ikään kunkin yksittäisen jakajan ja oikeudenhaltijan välisessä perusoikeusarvioinnissa kunkin jakajan jakamisen ajallista kestoa tai muuta merkittävyttä ei eritelty ja sen merkitys olisi joka tapauksessa ilmeisesti ollut vähäinen. Näin ollen toiminnalla tuskin oli kovin merkittävää vaikutusta lopputulokseen.<sup>202</sup> Tapauksessa ei ollut viitteitä eri intressejä punnitsevasta kokonaisarviointista.<sup>203</sup> Myös perusoikeusnäkökulmasta punninta omaisuudensuojan, yksityiselämän suojan ja sananvapauden välillä olisi johtanut toiseen lopputulokseen.

*E. Luovuttaminen viranomaisille.* Pidättämiseen oikeutettu virkamies tai syyttäjä voi vaatia tuomioistuimelta SananvapL 17 §:n mukaista tiedon luovuttamista. Säännöstä on sovellettava silloin, kun tiedetään viesti, muttei sen lähettäjä tai tunnistamistietoja. Toiseksi poliisi voi saada Internet-palveluntarjoajilta tunnistamistietoja liittymästä tai laitteesta, jos

<sup>200</sup> Tapauksessa ei tarkasteltu jakamisen ajallista kestoa, ja näin ollen on mahdotonta myöskään eritellä, kenen jakajien toimet olivat merkittävimpiä tekijän oikeuksien suojan kannalta. Yleisesti ottaen on ilmeistä, että jakaminen muutamien kymmenien minuuttien tai tuntien ajan (esimerkiksi silloin, kun käyttäjä itsekin lataa teosta) on merkitykseltään mitätöntä verrattuna siihen, että teos on aktiivisessa jaossa esimerkiksi kuukauden ajan. Toisaalta yksittäisen albumin pitkäkestoinen jakaminen on niin ikään laajemmassa tarkastelussa vähämerkityksellistä huomattavia teosmääriä käsittävään laajamittaiseen jakamiseen verrattuna, vaikkakin yksittäisen jakajan ja oikeudenhaltijan välisessä relaatiossa muiden oikeudenhaltijoiden teoksiin kohdistuneella jakamisella ei liene merkitystä.

<sup>201</sup> Kyse oli toiseksi eniten myydyistä kotimaisesta albumista vuonna 2011 (63 429 kappaletta), ks. *IFPI* 2011. Artistin edellinen albumi oli myynyt samana vuonna tuplaplatinaa kokonaisymyynnin ollessa vuoden 2011 loppuun mennessä reilut 50 000 kpl.

<sup>202</sup> Vaikutus on saattanut olla jopa positiivinen, koska eräiden osin kiisteltyjenkin tutkimusten mukaan jakaminen lisää levymyyntiä, ja vertaisverkkoa käyttävät joka tapauksessa kuluttavat musiikin ostamiseen keskimääräistä enemmän varoja, ks. esim. *Aguiar – Martens* 2013; *Hammond* 2013; *Karaganis – Renkema* 2013.

<sup>203</sup> Vain yhdessä tapauksessa on pyritty vakavasti otettavaan kokonaisarviointiin sekä epäillylle ja operaattorille aiheutuvien haittojen huomiointiin, ks. HelKO 28.11.2012 (H 12/57279) s. 7; *Päivärinne*, DL 2013 s. 212–213.

tietoja yksittäistapauksessa tarvitaan poliisille kuuluvan tehtävän suorittamiseksi (PoL 36.2 §). Kyse on tiedossa olevan IP-osoitteen liittymän haltijan selvittämisestä, ja säännöstä voidaan soveltaa minkä tahansa poliisille kuuluvan tehtävän suorittamiseen, eikä tuomioistuimen määräystä tai merkittävyyskynnyksen ylittymistä edellytetä.<sup>204</sup>

Toisentyypisistä luovutuksista voidaan mainita Viestintäviraston ja tietosuojavaltuutetun tunnistamistietoihin ja viesteihin kohdistuva kohtalaisen tarkasti rajattu tiedonsaantioikeus erinäisiin tietojärjestelmärिकoksiin liittyvissä valvonta- ja selvitystehtävissä (SVTsL 33.3 §). Menettely ei sisällä minkäänlaisia oikeusturvakeinoja, ja perustuslakivaliokunta vain totesi, ettei asia ole PL 10 §:n näkökulmasta ongelmallinen ilmeisesti rinnastaen säännöksen hätäilmoituksiin liittyviin hyväksyttäviin luovutuksiin (SVTsL 35.1 §).<sup>205</sup> Näkökulma selittyy sillä, että valvontaviranomaisten tehtävänä ei ole selvittää rikollisia, vaan varmistaa infrastruktuurin toimivuus; saadut tiedot ovat salassa pidettäviä, eikä niitä saa luovuttaa kuin rajoitetuin edellytyksin (SVTsL 34.1 §).<sup>206</sup> Kolmas erityissäännös on asianomistajan suostumuksella tapahtuva tietojen luovuttaminen poliisille mm. eräisiin häirintärikoksiin liittyen (SVTsL 36.3 §), jonka korvaa UusiPKL 10:7:n suostumusperusteinen televalvonta.<sup>207</sup> Muista keinoista mainittakoon, että TodTurvL 2 §:n mukainen todisteiden turvaaminen teollis- ja tekijänoikeudellisessa riita-asiassa ei sovellu verkkoyhteyden tarjoajiin ja että pakkokeinolain mukainen välittäjän luona tehtävä takavarikko on määritelmällisesti telekuuntelua.<sup>208</sup>

Perusoikeusnäkökulmasta voidaan kritisoida poliisilain tiedonsaantioikeutta (PoL 36.2 §), koska tosiasiallisesti se useimmiten johtaa samaan lopputulokseen kuin SananvapL 17 §:n mukainen tiedon luovuttaminen tai televalvonta. Poliisilakia säädettäessä silloinen säännös (35.2 §) koski vain teletoimintalain salassapidon piiriin kuulumattomia tietoja, ja rationaali oli ilmeisesti lähinnä asianomistajien, omaisten ym. tavoittaminen, koska

<sup>204</sup> HE 266/2004 vp s. 34–35; *Päivärinte* 2011 s. 49–50; *Helopuro* ym. 2009 s. 290–294; *Harenko* ym. 2006 s. 542; Viestintävirasto 2006; Vrt. *Aarnio* 2010 – tietosuojavaltuutettu on edellyttänyt tuomioistuimen määräystä viitaten PoL 31 c § ja 32 b–c §:ään.

<sup>205</sup> PeVL 9/2004 vp s. 6–7. Laajemmin ks. HE 125/2003 vp s. 85–88; *Ollila*, LM 2005 s. 784–786.

<sup>206</sup> Tunnistamistietoja, muttei viestejä, saa luovuttaa mm. ulkomaisille tietoturvaloukkauksia selvittäville tahoille sekä teleyrityksille ja yhteisötalajille, joita on käytetty hyväksi tietoturvaloukkauksessa tai joihin voi todennäköisesti kohdistua tietoturvaloukkaus (SVTsL 34a.2–3 §). Osa luovutetuista tiedoista voisi siten päätyä esitutkintaan. Viestintäviraston käytäntönä on ollut, ettei tietoja luovuteta poliisille (*Ollila*, LM 2005 s. 786 erit. alaviite 16). Laajemmin ks. *Helopuro* ym. 2009 s. 275–279.

<sup>207</sup> HE 222/2010 vp s. 124–125, 137, 321–322; HE 158/2007 vp s. 28; *Helminen* ym. 2012 s. 1052–1053. UusiPKL 10:7:n 4 kohdan mukaisesti rikoksen tyyppi- ja törkeysedellytykset tältä osin poistuvat.

<sup>208</sup> *Siiki*, DL 2009 s. 182–183.

saatujen tietojen todettiin olevan verrattavissa julkisiin osoite- ja henkilö-tietoihin.<sup>209</sup> Erinäisten vaiheiden jälkeen myöhemmissäkään PolL 36.2 §:n muutoksissa perustuslakivaliokunta ei kiinnittänyt asiaan juuri huomiota, ilmeisesti assosioiden tapauksen lähinnä salaisten osoite- tai puhelintietojen saantiin.<sup>210</sup> Perustuslakivaliokunta ei käsitellyt asiaa myöskään uuden poliisilain (UusiPolL 4:3.2) vastaavan säännöksen säätämisen yhteydessä. Televalvontaan verrannollista lopputulosta ei ole ilmeisesti yleisemmin tiedostettu. Säännöstä voisikin olla syytä tarkastella uudessa valossa.<sup>211</sup>

*F. Luovuttaminen kansainvälisesti.* Sekä yksityisillä että viranomaisilla voi olla intressi luovuttaa tietoja kansainvälisesti, mutta en voi käsitellä aihetta kuin muutamin viittauksin. Yksityisten luovutuksiin sovelletaan SVTsL:ia täydentäviä HetiL:n säännöksiä (SVTsL 3.4 §). Erityisesti luovutusten on oltava yleisten edellytysten mukaista (Hetil 8.2 §) ja lisäksi Euroopan ulkopuolelle siirrettäessä edellytetään riittävää tietosuojan tasoa (Hetil 22–23 §).<sup>212</sup> Viranomaiset voivat luovuttaa tietoja kansainvälisesti varsin vapaasti ja tietojenvaihtoa onkin tiivistetty. Esimerkkeinä voidaan mainita periaatteellisesti tärkeä vielä osin implementoimaton poliisi- ja oikeudellista yhteistyötä koskeva tietosuojapuitepäätös (2008/977/YOS), joka tosin sisältää vain vähän absoluuttisia pidäkkeitä.<sup>213</sup> Niin ikään PolHetil:n 6 luvussa säädetään kansainväliseen poliisiyhteistyöhön liittyvästä henkilötietojen käsittelystä, mutta kynnys luovutuksiin on kuitenkin varsin matala, sillä esimerkiksi EU-alueella luovuttamisedellytykset jopa yksilöimättömään tarkoitukseen täyttyvät, jos rikoksesta saattaa seurata vankeutta (PolHetil 37 §).

### 3.3.3 Turvallisuus, yleinen etu ja järjestys

*A. Lähtökohdat.* Perusoikeuksia rajoittavista yhteiskunnallisista intresseistä tärkein lienee rikollisuuden torjunta laajasti ymmärrettyinä, ja useimmat horisontaaliset perusoikeusloukkaukset ovat tavalla tai toisella kriminalisoituja. 2000-luvun alussa huomio keskittyi erityisesti varsin vakaviin ja erityisluonteisiin rikoksiin kuten terrorismiin, mutta myös esimerkiksi huumausainerikosten tai järjestäytyneen rikollisuuden torjunnan on toisinaan katsottu vaativan järeitä keinoja.<sup>214</sup> Yksilön tai yhteiskunnan turvallisuutta

<sup>209</sup> HE 57/1994 vp s. 71.

<sup>210</sup> PeVL 11/2005 vp s. 9. Tähän viittaa myös toimenpiteen hahmottaminen tavanomaiseksi poliisitoiminnaksi, joka ei edellytä päällystään kuuluvan poliisimiehen pyyntöä (HE 224/2010 vp s. 88).

<sup>211</sup> Laajemmin ks. *Savola*, LM 2013.

<sup>212</sup> *Innanen – Saarimäki* 2012 s. 79, 91.

<sup>213</sup> *Ojanen*, LM 2007 s. 1072–1073.

<sup>214</sup> Laajemmin kontrolliin kasvusta ks. *Lindstedt*, LM 2007 s. 1008–1018. Vrt. *Lappi-Seppälä*, LM 1998 s. 1303–1306.

vaarantaviksi katsotaankin mm. törkeät väkivalta- ja valtiopetosrikokset sekä jopa perusmuotoiset huumausainerikokset.<sup>215</sup> Internet-operaattorin rooli konkretisoituu käyttäjien tunnistamistietoja kerättäessä, niitä luovutettaessa ja erilaisia telepakkokeinoja käytettäessä.

*B. Terrorismi ja vakavat rikokset.* Näkemykset terrorismin vastatoimien hyväksyttävyydestä vaihtelevat mielipidemittauksissa suuresti.<sup>216</sup> Yhdysvalloissa on vallalla EU:ta ja YK:ta laajempi ”tarkoitus pyhittää keinot”-ajattelu, ja näkemykset poikkeavat myös siinä, kuinka järeät vastatoimet ovat mahdollisia.<sup>217</sup> Vastatoimien on nähty myös vaarantavan TSS-oikeuksia, mikä on omiaan luomaan terrorismille hedelmällistä kasvualustaa.<sup>218</sup> Usein erilaisten uhkien jälkeen esitetään uusia tiedonhankinta-, säilytystai luovutuskeinoja, ja kontrollipolitiikka on tiukentunut muun muassa terrorismin johdosta ja pakkokeino- ja poliisilakien muutoksissa: pakkokeinojen määrä on kasvanut, soveltamisala on laajentunut ja teknisen kehityksen myötä ne ovat myös saaneet uuden sisällön.<sup>219</sup> Rikostiedustelun jännite vastaa osin terrorismin torjuntaintressejä, joissa arvioitavina ovat ainakin epäillyn yksityiselämän suoja, sivullisten henkilökohtainen koskemattomuus ja kansallinen turvallisuus, joista ensimmäinen asettuu vastinintressiksi kahta jälkimmäistä vastaan.<sup>220</sup> Yksityiselämän suojaintressissä voidaan punnita yksityisyyden odotusta, tiedonhankinnan voima-peräisyyttä ja tiedonhankinnan sivullishaittoja, ja vastaavasti terrorismin torjuntaintressin painavuudessa voidaan arvioida vahingon ja vaaran laatua ja laajuutta, teon motiiveja ja tekijöiden syyllisyyttä sekä vahinko- ja vaaratodennäköisyyttä.<sup>221</sup>

*C. Yleinen turvallisuus rajoitusargumenttina.* 2000-luvun alussa käytiin vilkasta keskustelua henkilökohtaisen turvallisuuden ja muiden perusoikeuksien rajoittamisesta arvioitaessa asiaa rajoitusperusteen hyväksyttävyyden näkökulmasta.<sup>222</sup> Perustuslakivaliokunta korosti, että yhteiskunnallinen intressi soveltuu rajoitusperusteeksi vain ääritapauksessa ja että

---

<sup>215</sup> PeVL 67/2010 vp s. 4; HE 309/1993 vp s. 54. Perustuslakivaliokunta edellytti televalvonnan perusteelta tämän kriteerin täyttymistä, mutta omaksuttu ratkaisu johti laajempaan soveltamisalaan, ks. *Savola*, LM 2013.

<sup>216</sup> *Ojanen*, LM 2007 s. 1054–1055.

<sup>217</sup> *Lindstedt*, LM 2007 s. 1008–1010; *Ojanen*, LM 2007 s. 1056, erit. alaviite 10.

<sup>218</sup> *Scheinin* 2009 erit. s. 519–523; *Ojanen*, LM 2007 s. 1055.

<sup>219</sup> *Lindstedt*, LM 2007 s. 1018–1027; *Ojanen*, LM 2007; *Ollila*, LM 2005 s. 786–787, 790–791.

<sup>220</sup> *Lohse*, DL 2005 s. 1191–1192. Kahden ensimmäisen välisessä asetelmassa oikeutus yksityiselämään puuttumiseen on mahdollista normaalioloissa, kun kansallinen turvallisuus vastinintressinä edellyttää poikkeusoloja.

<sup>221</sup> *Lohse*, DL 2005 s. 1194–1199.

<sup>222</sup> *Viljanen* 2001 s. 159–184. Tästä tiivistetysti ks. *Länsineva* 2002 s. 137–140.

muidenkin yleisten rajoitusedellytysten tulee samalla täytyä.<sup>223</sup> Vaikka intressi katsottaisiinkin joissain rajoissa hyväksyttäväksi, sen täytyisi läpäistä myös muut osatestit ja erityisesti suhteellisuustesti. Perusoikeuksien turvaamisvelvoite ei voi myöskään toimia rajoitusten yleisenä legitimaatioperusteena eikä jonkin perusoikeuden, kuten henkilökohtaisen turvallisuuden, päätehtävänä voi olla muiden perusoikeuksien rajoitusten legitimoiminen. Oikeus henkilökohtaiseen turvallisuuteen (yksilöllisenä oikeutena) tulisi pitää mahdollisimman pitkälle erillään yleisen järjestyksen ja turvallisuuden (kollektiivinen hyvä) käsitteistä.<sup>224</sup> Turvallisuutta edistäviä toimenpiteitä voidaan oikeuttaa ainakin ehdottomien perusoikeuksien turvaamisella, mutta oletettujen ja etäisten uhkakuvien mukaan toimiminen on torjuttava, sillä tällöin tarkkailusta voi aiheutua laajempia ongelmia kuin uhkakuvista.<sup>225</sup>

Toisaalta positivistisesta näkökulmasta eduskuntalailla tapahtuva kontrollipolitiikan lisääminen turvallisuuden nimissä voidaan nähdä sinänsä legitimiinä.<sup>226</sup> Myöhemmin uutta pakkokeinolakia ja poliisilakia säädettäessä perustuslakivaliokunta ei hyväksynyt televalvonnan laajentamista kaikkiin telesoitteita tai päätelaitteita käyttäen tehtäviin rikoksiin, koska kaikilta osin kyse ei enää ollut yksilön ja yhteiskunnan turvallisuutta vaarantavista, aiempaa törkeysastetta vastaavista rikoksista. Kannanottoa voidaan tosin pitää siinä mielessä onnettoman, että sen yleisluontoisuus johti siihen, että tältä osin edellytetty rangaistusmaksimi aleni vähintään kahdeksi vuodeksi vankeutta. Tämä tosiasia toi valvonnan piiriin huomattavan määrän sellaisiakin rikoksia, jotka eivät kriteereiltään vastanneet aiemman pakkokeinolain sääntelyä tai perustuslakivaliokunnan esittämää törkeysedellytystä.<sup>227</sup>

<sup>223</sup> PeVL 5/1999 vp s. 2; *Viljanen* 2001 s. 175–178.

<sup>224</sup> *Viljanen* 2001 s. 178–181, 184.

<sup>225</sup> *Ollila*, LM 2005 s. 788–791.

<sup>226</sup> *Lindstedt*, LM 2007 s. 1031–1035.

<sup>227</sup> PeVL 67/2010 vp s. 3–5; PeVL 66/2010 vp s. 6. Niin ikään vastaavissa olosuhteissa suostumusperusteisen televalvonnan edellytykset poistuivat kokonaan, eikä perustuslakivaliokunta käsitellyt tätä kysymystä. Perustuslakivaliokunta toisaalta myös totesi, että erityistä valvovaa asiantuntijoista koostuvaa toimielintä tulisi harkita, ja päätäntävaltaa on siirretty ja olisi aiheellista siirtää enemmänkin muulle kuin esitutkintaviranomaiselle. Eduskunta hyväksyi asiasta lausumat, ja hallituksen selvitystyö on alkamassa.

## 4 INTERNET-OPERAATTORI PERUSOIKEUKSIEN SUBJEKTINA

Subjektinäkökulmassa tarkastelen niitä Internet-operaattorin perusoikeussuhteita, joissa operaattorin perusoikeudet ovat kiinnostavia tai ongelmallisia. Tarkastelen ja tarkennan aluksi perusoikeuksien yleisiä kysymyksiä nimenomaan operaattorin kannalta keskittyen omaisuudensuojaan ja elinkeinovapauteen. Sen jälkeen siirryn tarkastelemaan yleispiirteisesti viestintämarkkinalain ja sähköisen viestinnän tietosuojalain sääntelyä. Tämän jälkeen käsittelen operaattorin oikeutta ja velvollisuutta viestinnän sisällön rajoittamiseen ja estämiseen, joista ensiksi selvitän omaehtoisia sisällöllisiä rajoituksia ja lopuksi estomääräysmenettelyitä.

### 4.1 Operaattorin perusoikeuspositiosta

Tarkastelin edellä luvussa 2.1.2 keskeisiä oikeuksia subjektinäkökulmasta ja luvussa 2.3 oikeushenkilöihin liittyvää välillisen suojan oppia ja horisontaalivaikutusta. Oikeusturva (PL 21 §) kuuluu välittömästi myös operaattoreille. Kokoavasti omaisuudensuoja ei typisty pelkkään välilliseen suojaan, ja suojaa voidaan kutsua vähintään puolivälittömäksi.<sup>228</sup> Välillisen suojan oppia on sovellettu lähinnä tehokaiden markkinoiden turvaamiseksi erityistapauksissa, ja vaikka omaisuuden käyttöä onkin rajoitettu, operaattori on jäljempänä esitetysti pääsääntöisesti ollut oikeutettu vähintään kohtuulliseen korvaukseen.

Omaisuudensuojasta voidaan esittää vielä eräitä yleisiä huomioita. Omaisuudensuojan rajoittamisella tarkoitetaan tilannetta, jossa subjektin oikeuksia tai vapauksia kavennetaan tai velvollisuuksia lisätään aikaisempaan nähden olennaisella tavalla, ja näin ymmärrettynä varallisuussuhteiden tavanomainen sääntely ei olisi perustuslain mukaan ongelmallista.<sup>229</sup> Tulkinnessa tilannesidonaisuus on kuitenkin keskeistä, ja on syytä huomioida esimerkiksi millaisesta omaisuudesta on kyse, millainen toimintaympäristö on kyseessä ja mitkä ovat puuttumisen tarkoitukset. Yleisinä periaatteina voidaan hahmottaa muun muassa perusteltujen odotusten suoja, kohtuullisuus, oikeudenmukainen tasapaino ja ennakoitavuus. Suojan tehokkuuteen vaikuttavia tilannekohtaisia näkökohtia ovat ainakin suhde soveltamisalaan ja muihin perusoikeuksiin, yksilöliittynän vahvuus, subjektin rooli ja oma toiminta, toiminnan ulkoisten vaikutusten laajuus, asema markkinoilla, omaisuuden ja toimintaympäristön erityisluonne sekä

<sup>228</sup> *Länsineva* 2002 s. 108.

<sup>229</sup> Ks. edellä luku 2.2.3 ja erityisesti alaviite 68.



osapuolten erivertaisuus.<sup>230</sup>

Eri tilanteissa näkökohtien saama sisältö vaihtelee, ja arvioin ko. kriteerejä tässä kontekstissa pelkistäen ja esimerkinomaisesti. Soveltamisalaltaan kyse on usein joko hyvin konkreettisista varallisuusvaikutuksista (esim. säätelyn vaatimat investoinnit) tai marginaalisemmasta ja välillisemmästä käytön sääntelystä. Omaisuudensuojaa tukee useimmiten operaattorin elinkeinovapaus, mutta toisaalta erityisesti käyttäjien perusoikeuksia pyritään usein edistämään, mikä voi johtaa operaattorin näkökulmasta sen oman position vahvistumiseen tai heikentymiseen. Yksilöliityntä varallisuusmassaltaan useimmiten suurehkoon operaattoriin on heikko, ja kun operaattori harjoittaa taloudellista toimintaa, siltä voidaan edellyttää tiettyä varautumista toimintaympäristön muutoksiin. Operaattorin toimintaan ei juuri liity ulkoisia vaikutuksia, ellei esimerkiksi käyttäjien oikeuksien edistämistä tai viestinnän suodattamiseen liittyvää ns. kaltevaa pintaa lueta tällaiseksi. Niin ikään luonnollisessa monopoliasemassa oleville voidaan helpommin asettaa tätä asemaa estäviä tai purkavia velvoitteita verrattuna aloihin, joille uusien toimijoiden pääseminen on helppoa. Vuokrausvelvoitteen hyväksyttävyyttä on lisännyt se, että tiedonsiirtoverkot on yleensä arvioitu omaisuutena erityisluonteisiksi, pelkästään kyseistä käyttötarkoitusta palveleviksi. Lopuksi osapuolten erivertaisuus ilmenee esimerkiksi kuluttajiin nähden pakottavissa säännöksissä, kuluttajien oikeuksien edistämisenä tai punnittaessa käyttäjän oikeuksia jonkin kolmannen, esimerkiksi yrityksen, oikeuksia vasten.

Yhteenvetona voidaan todeta, että tulkintakäytäntö on kehittynyt tehokaiden markkinoiden toteutumista tukevaan suuntaan. Velvoitteet on katsottu sallituiksi, mutta tällöinkin niihin pääsääntöisesti liittyy asianmukainen korvaus. Näin ollen kyse on pääosin rajoittamisesta ja sääntelystä. Tulkintakäytäntöä muunlaisesta toiminnan sääntelystä on vähän, ja arviointia on syytä kohdistaa sääntelyn välttämättömyyteen ja kohtuullisuuteen.

Elinkeinovapautta on perinteisesti arvioitu lähinnä luvanvaraisuuden näkökulmasta, jolloin näkökulmina ovat painottuneet toiminnan aloittaminen ja lopettaminen.<sup>231</sup> Epäselväksi on jäänyt, missä määrin elinkeinovapaus rajoittaa lainsäätäjän mahdollisuuksia säännellä harjoittamisen yksityiskohdista aloittamisen ja lopettamisen välillä.<sup>232</sup> Joissakin lausunnoissa toiminnan aikaisia velvoitteita on arvioitu myös elinkeinovapauden näkökulmasta, mutta vaikutus on toistaiseksi jäänyt tarkemmin täsmentymättä.<sup>233</sup>

<sup>230</sup> *Länsineva* 2011a s. 588–598; *Länsineva* 2002 s. 234–243.

<sup>231</sup> Ks. esim. KHO 2012:87.

<sup>232</sup> *Saraviita* 2005 s. 451–452; *Saraviita* 2001 s. 24–26. Ks. myös *Karapuu – Lavapuro* 2011 s. 676–678, 687–690.

<sup>233</sup> PeVL 60/2001 vp s. 2. Ks. myös PeVL 29/2008 vp s. 3, jossa mainittiin arviointi ”elinkeinotoiminnan käynnistämisen tai *sen harjoittamisen kannalta*” (korostus lisätty).

Toisaalta elinkeinotoiminnan sääntely kytkeytyy vahvasti omaisuudensuojan rajoituksiin, erityisesti kun turvataan tehokkaita markkinoita.<sup>234</sup> Esitöissä ja varsinkin sääntämisyjärjestysperusteluissa mainitaan silloin tällöin samassa yhteydessä elinkeinovapaus ja omaisuudensuoja niitä tarkemmin erittelemättä.<sup>235</sup> Yleisesti ottaen korvauksettomia palveluja tarkoittavia merkittäviä velvoitteita voidaan säätää vain rajoitetusti.<sup>236</sup> Elinkeinovapauden ei ole kuitenkaan katsottu estävän yksityishenkilöiden merkittävien perusoikeusintressien turvaamista ammattimaisen liiketoiminnan asianmukaisella, tasapainoisella ja perustellulla sääntelyllä.<sup>237</sup> Tässä yhteydessä elinkeinovapaus liittyy myös oikeuteen osallistua viestintämarkkinoille, jolloin sääntelyltä edellytetään objektiivisuutta, syrjimättömyyttä, avoimuutta ja suhteellisuutta.<sup>238</sup> Huomionarvoista on, että EU-tuomioistuimien katsoi operaattorille asetetut velvoitteet nimenomaan elinkeinovapauden vastaisiksi, eikä operaattorin omaisuudensuojaa käsitellyt.<sup>239</sup> Myös Pihlajarinne käsittelee, tosin perustelematta, vastaavia kysymyksiä elinkeinovapauden näkökulmasta.<sup>240</sup>

Suomessa toimintaan liittyvien rajoitusten arviointi on perinteisesti johdettu omaisuudensuojasta. Etenkin EU-perusoikeudet luovat painetta arvioida elinkeinovapauden sisältöä laajemmin ja itsenäisesti, ja sen olisi hyvä saada itsenäistä merkitystä myös vertikaalisina negatiivisina velvoitteina: julkisen vallan tulisi pidättäytyä muusta kuin välttämättömästä toimintavapauden rajoittamisesta ja toiminnan sääntelystä.

## 4.2 Viestintämarkkinalain ja sähköisen viestinnän tietosuojalain sääntely

### 4.2.1 Yleiskuva velvoitteista

Viestintämarkkinalaki ja sähköisen viestinnän tietosuojalaki muodostavat kiinteän kokonaisuuden, ja niiden nojalla teleyrityksiin kohdistuu hyvin moninaisia velvoitteita ja sääntelyä.<sup>241</sup> Hahmottelen Internet-yhteyden-

<sup>234</sup> *Saraviita* 2005 s. 457–458; *Saraviita* 2001 s. 24–26.

<sup>235</sup> Ks. esim. PeVL 27/2010 vp s. 2–3; HE 13/2010 vp s. 17; HE 48/2008 vp s. 36.

<sup>236</sup> PeVL 28/2000 vp s. 2–3; *Saraviita* 2001 s. 25. Esimerkiksi postipalveluiden yleispalveluvelvoitetta on arvioitu elinkeinovapauden näkökulmasta siten, että velvoite ei saa muodostua kohtuuttoman raskaaksi vaan sen tulee olla oikeassa suhteessa toiminnan laatuun ja laajuuteen nähden.

<sup>237</sup> *Länsineva*, LM 2010 s. 1059.

<sup>238</sup> *Pöysti* 2002 s. 46–47. Tämä perustuu osaltaan jäljempänä selostetussa täysharmonisovassa valtuutusdirektiivissä (2002/20/EY) velvoitteille säädettyihin rajoituksiin.

<sup>239</sup> EUT 24.11.2011, *Scarlet v SABAM* (C-70/10), 46–49, 53 kohta.

<sup>240</sup> *Pihlajarinne* 2012b s. 42–43, 58–64, 146–148.

<sup>241</sup> Kun tietoyhteiskuntakaari toteutuu, jäsenitys tulee muuttumaan. Sisällöllisesti perusteet säilyvät pääosin samoina. Hankkeen valmisteluvaiheen vuoksi en viittaa siihen eräitä vertailevia näkökohtia lukuun ottamatta enemmälti.

tarjoajia koskevia velvoitteita seuraaviin ryhmiin:<sup>242</sup>

1. Teletointailmoituksen tekemisvelvollisuus, ellei toiminta ole vähäistä (VML 13–15 §).
2. Vuotuisten veronluonteisten viestintämarkkina- ja tietoturvamaksujen suorittaminen (VML 15 a–d §, SVTsL 38–40 a §).
3. Muulle kuin huomattavan markkinavoiman (HMOV) yritykselle harkinnanvaraisesti asetettava velvoite (VML 19 §) muun muassa tilaajayhteyksien ja laittilan (VML 24 §) sekä kaapelikanavan vuokraukseen (VML 26 §), toimitusehtojen julkaisuun (VML 33 §), hinnoitteluun (VML 37 §) ja viestintäverkkojen yhteenliittämiseen (VML 39 §).
4. HMOV-yritykselle asetettavat kilpailun esteitä poistavat tai kilpailua edistävät 20-kohtaisen listan mukaiset velvoitteet (VML 18 §), joita edellä mainittujen lisäksi ovat muun muassa kiinteän yhteyden vuokraus (VML 25 §), muun kohtuulliseksi katsottavan käyttöoikeuden luovutus ja näihin liittyvät tekniset velvoitteet (VML 36 a, 37 a §) sekä ehdollisesti kustannuslaskenta ja toimintojen eriyttäminen (VML 87, 89–89 a §). Näiden lisäksi vähittäismarkkinoita voivat koskea erityiset hinnoittelua, markkinoille pääsyn estämistä, suosimista tai sitomista koskevat lisärajoitteet (VML 20 §).
5. Yleispalveluvelvoite yhdelle tai useammalle toimijalle alueellisten palvelujen saatavuuden varmistamiseksi (VML 59–60 e §).
6. Lähinnä sopimusoikeudellisia rajoituksia ja käyttäjän oikeuksia (VML 58 a–83 a §), joista ei saa poiketa käyttäjän vahingoksi. Erityisesti voidaan mainita myöhemmin käsiteltävä sisältöpalvelun rajoittamiskieltoa koskeva säännös (VML 68 §), velvollisuus ilmoittaa häiriöistä (VML 72 a, 128 a §) ja julkaista vertailukelpoisia tietoja palvelun laadusta (VML 82 §).
7. Viranomaisten avustamiseksi on muun muassa varauduttava poikkeusoloihin (VML 90–94 §), mahdollistettava telekuuntelu ja -valvonta (VML 95–96 §), säilytettävä tunnistamistietoja erityisiä viranomais tarpeita varten (SVTsL 14 a–b §) ja luovutettava tietoja viranomaisille ja muille tahoille (VML 112–115 §, SVTsL 33–37 §).
8. Viestintäverkot on suunniteltava, rakennettava ja ylläpidettävä niin, että ne täyttävät määritellyt 12-kohtaisen luettelon laatuvaatimukset (VML 128 §). Operaattorin on myös käsiteltävä tietoja luottamuksellisesti (SVTsL 5 §) ja muutenkin asianmukaisesti, tallennettava tunnistamistietojen käsittelytiedot (SVTsL 15 §), huolehdittava tietoturvasta ja ilmoitettava tietoturvaloukkauksista (SVTsL 19–21 b §) sekä korjat-

<sup>242</sup> Laajemmin ks. *Innanen – Saarimäki* 2012 s. 179–238; *Vilkkonen – Piekkala* 2004 s. 51–161.

- tava muihin kohdistuvat häiriöt tai vaara ja viime kädessä irrotettava häiritsevä verkko tai laite viestintäverkosta (VML 131 §).
9. Viestintäviraston antamien, laatua ja yhteensopivuutta koskevien 21-kohtaisen luettelon mukaisten määräysten noudattaminen (VML 129 §). Tämän lisäksi tarkempia määräyksiä voidaan antaa mm. yleispalveluvelvoitteesta vammaisten käytön toteuttamiseksi (VML 60c.4 §), vika- ja häiriötiedotuksista käyttäjille (VML 72a.2 §), tunnistamistietojen käsittelystä (SVTsL 13.2, 15.2 §), palvelun tai tietojen säilyttämisen tietoturvasta (SVTsL 19.4 §), tietoturvatoinenpiteiden teknisestä toteuttamisesta (SVTsL 20.5 §) ja tietoturvailmoituksista (SVTsL 21.3, 21a.4 §). LVM:n asetuksella säädetään yleispalveluvelvoitteen alaisen yhteyden vähimmäisnopeudesta ja erityisryhmien tarpeista (VML 60c.3 §).
  10. Verkkopalvelua kaapelitelevisioverkossa harjoittavan on välitettävä korvauksetta tarkemmin säädellyt ilmaiset televisiokanavat (VML 134 §, ns. ”must carry”).

Käsittelen aluksi tämän artikkelin kannalta keskeistä operaattoritoiminnan yksityiskohtaista sääntelyä varsinkin määräystenantovallan näkökulmasta. Sen jälkeen esitän lyhyitä huomioita ja arvioita muista luettelon kohdista. Lopuksi yhteenvedona jaottelen kustannusten korvausperiaatteita.

#### *4.2.2 Operaattoritoiminnan yksityiskohtainen sääntely*

*A. Yleistä toiminnan sääntelystä.* VML:ssa ja SVTsL:ssa on runsaasti viestintäverkkojen, palveluiden ja tietoturvan toteuttamiseen liittyviä lähinnä periaateluontoisia säännöksiä. Tätä on perusteltu siten, että verkot muodostavat toimintakokonaisuuden, jossa paikallinen häiriö voi vaikuttaa verkon toimintaan laajemminkin, ja yhteentoimivuuden varmistamiseksi tarvitaan standardointia ja sääntelyä, jota ei voi jättää yksinomaan operaattorin oman harkinnan varaan. Sääntelytarve on asian tekninen luonne huomioiden varsin yksityiskohtaista ja erityistä asiantuntemusta edellyttävää, jolloin säännökset muodostavat puitteet, joihin perustuen Viestintävirasto antaa tarkempia määräyksiä.<sup>243</sup> Monia määräyksiä voitaisiin kuitenkin luonnehtia välttämättömyyden osalta kyseenalaiseksi politiasääntelyksi, etenkin kun tarkoituksena on pääosin laadun eikä yhteentoimivuuden varmistaminen.<sup>244</sup> Sääntely aiheuttaa osapuolille myös hallinnollista taakkaa.<sup>245</sup>

<sup>243</sup> HE 112/2002 vp s. 204; *Vilkkonen – Piekkala* 2004 s. 53–56.

<sup>244</sup> Vastaavista standardointityypeistä kokoavasti ks. *Mylly* 2009 s. 559–560.

<sup>245</sup> Laajemmin ks. *Määttä* 2011 s. 55–82.

*B. Norminantovaltuudet ja niiden problematisointi.* Viestintäviraston norminantovaltuuksia voidaan arvioida PL 80.2 §:n näkökulmasta. Valtuutukselta edellytetään sääntelyn kohteeseen liittyviä erityisiä syitä eli sitä, että asiallinen merkitys ei vaadi lain tai asetuksen käyttämistä ja että valtuutuksen soveltamisala on täsmällisesti rajattu. Perustuslakivaliokunta on aiempaan käytäntöönsä viitaten katsonut, että valtuutuksen uskominen alan valvonnasta vastaavalle asiantuntijaviranomaiselle etenkin valvontatehtäviä varten on soveliasta sääntelyyn liittyvien ammatillisten erityispiirteiden vuoksi.<sup>246</sup> Norminantovaltuudet koskevat melko teknisiä asioita ja ovat siten sopusoinnussa PL 80 §:n kanssa.<sup>247</sup> Toisaalta alun perin PL 80 §:n esitöissä lähdettiin siitä, että pelkkä tekninen luonne ei riittäisi, vaan kyse tulisi olla vain vähäisistä yksityiskohdista, eikä toimintaan saisi liittyä merkittävää harkintavallan käyttöä. Onkin esitetty, että määräyksenantovalta voisi sisältää paljon vähemmän itsenäistä harkintavallan käyttöä verrattuna sinänsä rajattuun asetuksenantovaltuuteen.<sup>248</sup>

Määräysten on täytettävä asetuksille asetetut vaatimukset, mutta määräyksiä ei arvioida tai kontrolloida kuin rajoitetusti jälkikäteen soveltamistilanteessa muun muassa PL 107 §:n avulla.<sup>249</sup> Norminantovaltuuden tosiasiallinen rajattomuus voitaisiinkin kyseenalaistaa PL 80.2 §:n ja operaattorin omaisuudensuojan, elinkeinovapauden ja oikeusturvan näkökulmasta. Edellyttäen, että määräykset vain jollakin tavalla liittyvät esimerkiksi tekniikkaan tai tietoturvaan, niillä voitaisiin velvoittaa operaattorit toimenpiteisiin, jotka olisivat kohtuuttomia. Määräyksiin, toisin kuin päätöksiin, ei voi hakea muutosta, eivätkä tehokkaan oikeusturvan takeet toteudu sillä, että operaattorilla on mahdollisuus kannella niistä ylimmille laillisuusvalvojille. Ainoa tapa saattaa asia tuomioistuimen ratkaistavaksi on olla noudattamatta määräystä, odottaa mahdollisia pakkotoimia ja niihin liittyvää muutoksenhakua (VML 121 §, SVTsL 41 §, UhkaSL 24 §). Uhkasakkolain mukaisessa muutoksenhaussa menestymismahdollisuudet väitteelle norminantovallan epäasianmukaisesta käyttämisestä tai harkintavallan ylittämisestä lienevät heikohkot. Tosi-asiallisesti norminantovaltuuden käyttöön liittyvät oikeusturvan takeet jäävätkin kyseenalaisiksi.

<sup>246</sup> PeVL 61/2002 vp s. 8; PeVL 52/2001 vp s. 4; *Viljanen* 2004 s. 513–522, erit. s. 514.

<sup>247</sup> PeVL 61/2002 vp s. 8; HE 1/1998 vp s. 133. Perustuslakivaliokunta kuitenkin hienosäätii häiriötilanteista tiedottamista koskevaa valtuutusta edellyttäen sen lakitasoisuutta (PeVL 61/2002 vp s. 8).

<sup>248</sup> HE 1/1998 vp s. 133; *Jyränki – Husa* 2012 s. 250–251. Esteestä yleisluontoiselle määräystenantovallalle ks. PeVL 12/1996 vp.

<sup>249</sup> *Hautamäki*, LM 2010 erit. s. 218–220; *Hautamäki*, LM 2007.

*C. Normien arviointia.* VML 128.1 §:n 12-kohtaisessa luettelossa säädetään viestintäverkkojen ja -palveluiden suunnittelun, rakentamisen ja ylläpidon periaatteellisista laatuvaatimuksista. Luettelo sisältää muun muassa vaatimukset hyvästä laadusta (1-k), jatkuvuudesta häiriötilanteissa (3-k), tietosuojasta ja tietoturvallisuudesta (4-k) ja yhteentoimivuudesta (7-k). VML 129 §:n mukaisesti Viestintävirasto voi antaa 21-kohtaisen ei-tyhjentävän luettelon mukaisia määräyksiä edellä mainituista seikoista. Tosiasiallisesti luettelo kattaa lähes kaiken, kuten esimerkiksi viestintäverkon rakenteen ja suorituskyvyn (2- ja 3-k), menettelyn vika- ja häiriötilanteissa (13-k), käyttäjälle tarjottavat palvelut (15-k), standardeja (20-k) ja muita näihin verrattavia teknisiä vaatimuksia (21-k).<sup>250</sup> Operaattorilla on myös erityinen velvollisuus viestintäverkossa tai laitteessa ilmenevän häiriön korjaamiseen ja tarvittaessa viestintäverkosta irrottamiseen, ja Viestintävirasto voi määrätä korjaustoimenpiteistä sekä laitteen tai verkon irrottamisesta (VML 131 §).<sup>251</sup> Operaattorin on myös huolehdittava yleisesti palvelujensa tietoturvasta, ja Viestintävirasto voi antaa tästä määräyksiä (SVTsL 19 §). Operaattorilla on myös oikeus, muttei nimenomaista velvollisuutta, ryhtyä välttämättömiin toimenpiteisiin tietoturvasta huolehtimiseksi eräissä erityisissä tilanteissa (SVTsL 20 §). Säännöstä tarkennettiin huomattavasti perustuslakivaliokunnan lausunnon johdosta ja se kattaa nyttemmin tietyin edellytyksin myös viestien automaattisen sisältöanalyysin. Viestintävirasto voi niin ikään antaa teknisiä määräyksiä toimenpiteiden teknisestä toteuttamisesta. Lisäksi Viestintävirasto voi antaa määräyksiä tunnistamistietojen käsittelyn tapahtumatietojen tallentamisen teknisestä toteuttamisesta (SVTsL 15.2 §).<sup>252</sup> Myös jäljempänä käsiteltäviin häiriö- ja tietoturvatilanteista tiedottamiseen liittyy norminantovalta.

Viestintävirasto on antanut 43 voimassa olevaa määräystä, joista 20 on luokiteltu ”Internet”-asiasanalla.<sup>253</sup> Pääsääntöisesti määräykset koskevat myös vähäistä toimintaa eli pieniä tai aloittavia operaattoreita, jolloin määräysten kohtuullisuus voi olla erityisesti koetuksella. Käsittelen esi-merkinomaisesti määräyksissä esiintyviä velvoitteita Internet-yhteyspalveluiden näkökulmasta.<sup>254</sup>

<sup>250</sup> HE 112/2002 vp s. 204–209; *Innanen – Saarimäki* 2012 s. 236–238; *Vilkkonen – Piekkala* 2004 s. 53–56.

<sup>251</sup> HE 112/2002 vp s. 209; *Innanen – Saarimäki* 2012 s. 120–121; *Helopuro* ym. 2009 s. 94. Koska irrottamismääräys voi kohdistua myös yksittäiseen tapaukseen, sitä tulisi nähdäkseni käsitellä valitusosoituksin annettavana päätöksenä eikä valituskelvottomana määräyksenä. ”Määräys” olisikin jatkossa valituskelpoinen (Tietoyhteiskuntaakari, lausuntoluonnos 4.4.2013 s. 175).

<sup>252</sup> PeVL 9/2004 vp s. 4–5; HE 48/2008 vp s. 29–31; HE 125/2003 vp s. 63–64, 69–73; *Innanen – Saarimäki* 2012 s. 111–120, 200–207; *Helopuro* ym. 2009 s. 297–299.

<sup>253</sup> Viestintävirasto 2013c. Muutamasta aihepiiriä käsittelevästä määräyksestä merkintä puuttuu.

<sup>254</sup> Vastaavasti yleisemmin ks. HE 112/2002 vp s. 206–209; *Innanen – Saarimäki* 2012 s. 236–238.

Määräyksessä 9D/2009M tietoturvaloukkausten ilmoitusvelvollisuudesta yleisessä teletoinnassa määrätään tilaajille ja Viestintävirastolle annettavista tietoturvailmoituksista.

Määräyksessä 13B/2011M Internet-yhteyspalvelujen tietoturvasta veloitetaan tiedottamaan asiakasta tietoturvasta ja toimenpiteistä tietoturvasta huolehtimiseksi (4.1 §) ja tietoturvatapaukset on käsiteltävä, luokiteltava ja tilastoitava määrätyllä tavalla (9 §).

Määräyksessä 28H/2010M viestintäverkkojen ja -palvelujen yhteentoimivuudesta veloitetaan muun muassa hylkäämään yhteenliittämistarjapinnassa ns. reitittämättömiä osoitteita tai reittimainostuksia sekä dokumentoimaan IP-osoitteet julkiseen rekisteriin (4 §).

Määräyksessä 41D/2009M viestintäverkkojen ja -palveluiden tekniisestä dokumentoinnista määrätään, että dokumentointi on muun ohella tehtävä sillä tarkkuudella, että sen perusteella voidaan todeta, ovatko viestintäverkot ja -palvelut säännösten ja määräysten mukaisia ja miten poikkeusoloista, häiriötilanteista ja yhteentoimivuudesta varmistutaan (2 §). Dokumentoinnin on myös muiden määräysten ohella katettava 13-kohtaisen luettelon mukaiset asiat (3 §).

Määräyksessä 47C/2009M teleyritysten tietoturvan hallinnasta on lukuisia määräyksiä siitä, millä tavoin tietoturva on organisoitava ja mitä sen tulee vähintään käsittää.

Määräyksessä 53A/2011M tunnistamistietojen tallennusvelvollisuudesta määrätään niistä tiedoista, jotka säilytysvelvollisuuden nojalla tulee säilyttää.

Määräyksessä 54A/2012M viestintäverkkojen ja -palvelujen varmistamisesta määrätään järjestelmien tärkeysluokittelusta ja eri tärkeystasojen arviointikriteereistä (1 §). Näiden perusteella vaaditaan suojaamaan laitteistot, kaapelireitit, jäädytys, tehonsyöttö (varateholähde ja/tai varavoimalaitos), laitetilat (kulunvalvonta, rakenne ja olosuhdehälytykset) sekä siirtotiet määrätyllä tavalla. Huomattavan taloudellisen merkityksen vuoksi osaan määräyksistä sisältyy pitkäkö siirtymäaika.

Määräys 57A/2012M viestintäverkkojen ja -palvelujen ylläpidosta sekä menettelystä ja tiedottamisesta vika- ja häiriötilanteissa sisältää erinäisiä määräyksiä vikojen ja häiriötilanteiden käsittelystä.<sup>255</sup>

Määräyksessä 58A/2012M viestintäverkkojen ja -palveluiden laadusta ja yleispalvelusta määrätään velvollisuudesta mitata viestintäverkon suorituskykyä, laatua, palveluvarmuutta ja kapasiteetin käyttöastetta ja mittaukset on tehtävä verkon muuta käyttöä häiritsemättömällä tavalla (3 §).<sup>256</sup>

<sup>255</sup> Tiedottamiskynnys on määritelty niin, että käyttäjille on tiedotettava vähintään yhden tunnin kestävästä, vähintään 250 käyttäjään vaikuttavista häiriöistä (15 §). Häiriötiedotteiden on sisällettävä tietyt tiedot (18 §), ja vähäisetkin, vähintään 30 minuuttia kestäneet viat on tilastoitava määrätyllä tavalla (19 §).

<sup>256</sup> Myös Internet-yhteyspalvelun mittaamiseen on oltava valmius ja eräiden keskeisten palvelinten suorituskykyä on mitattava jatkuvasti (5 §). Yleispalveluvelvoitteen mukaisesta nopeuden mittaamisesta ja vammaispalveluista on niin ikään määräyksiä (8–9 §).

Määräysten lisäksi Viestintävirasto tai sen CERT-FI-yksikkö on antanut useita kymmeniä osin verkossa julkaisemattomia ohjeita tai kannanottoja. Näiden luonne on operaattorin kannalta lähinnä mahdollistava.<sup>257</sup>

Määräyksenantovaltuuksien aineelliset rajat ovat niin laajat, että niiden puitteissa voitaisiin antaa millaisia määräyksiä tahansa. Tämä on jo sinänsä epätoivottavaa, koska menettelyihin ei sisälly ulkopuolista arviointia tai oikeusturvatakeita. Toisaalta optimistisemmän kuvan saamme tarkastelemalla ”worst case” -skenaarioiden asemesta sitä, miten määräyksenantovaltuutta on tosiasiallisesti käytetty. Konkreettisena esimerkkinä varmistamisesta annettu määräys 54A/2012M vaikuttaa operaattorin toimintaan ja omaisuudensuojaan hyvin ratkaisevalla tavalla. Määräyksessä määritellyt varmistamistasot ja niiden vaatimukset vaikuttavat suoraan siihen, millaisia hyvin huomattaviakin investointeja operaattorin on häiriötilanteihin varautumiseksi toteutettava.

Tarkastelu voidaan kohdistaa myös elinkeinovapautteen sekä sääntelyn välttämättömyyteen ja tarkkarajaisuuteen. Huomionarvoinen on dokumentointia koskeva määräys 41D/2009M, joka edellyttää dokumentaatiolta huomattavaa laajuutta ja tarkkuutta siten, että sen perusteella itsenäisesti olisi todettavissa kaikkien säännösten ja määräysten noudattaminen. Niin ikään määräys 47C/2009M tietoturvan organisoinnista sisältää merkittäviä sisällöllisiä vaatimuksia. Määräyksessä 57A/2012M vikatilanteista tiedottamisesta asetetaan varsin alhainen kynnyksen tiedottamiselle ja veloitetaan hyvin kattavaan häiriötilanteiden tilastointiin. Näitä voidaan arvioida myös valtuutusdirektiivin (2002/20/EY) 28 perustelukappaletta, 11.1 artiklaa ja direktiivin liitettä vasten, joiden mukaan raportointi- ja tiedonantovelvollisuuksien asettaminen ei saa aiheuttaa kohtuuttomasti työtä ja velvollisuuksien on oltava oikeasuhtaisia, objektiivisesti perusteltavissa ja rajoittua ehdottoman välttämättömään.

Edellä kuvattuja määräyksiä on pyritty sisällöllisesti legitimoimaan siten, että hallituksen esityksessä on VML 129 §:n yhteydessä melkein jokaisen kohdan osalta viitattu joihinkin voimassa olleisiin määräyksiin ja todettu, että ”ehdotetun valtuuden nojalla Viestintävirasto voi antaa esimerkiksi [asiaa koskeva määräys] nykyisin olevaa sääntelyä vastaavan määräyksen”.<sup>258</sup> On hiukan epäselvää, mikä merkitys lausumalle pitäisi antaa PL 80.2 §:n kontekstissa ja miten määräykset ovat sittemmin kehittyneet.<sup>259</sup>

<sup>257</sup> Ks. esimerkkejä *Innanen – Saarimäki* 2012 s. 204–207. Ne voivat kuitenkin saada myös oikeudellista merkitystä esimerkiksi silloin, jos tulkinnan lainmukaisuus myöhemmin käyttäjän toimesta kyseenalaistetaan.

<sup>258</sup> HE 112/2002 vp s. 206–209. Vrt. asetusluonnos on usein liitetty lakiehdotuksen liitteeksi (*Hautamäki*, LM 2010 s. 218–219).

<sup>259</sup> Vähintäänkin velvollisuuksien huomattava laajentaminen edeltävään tilanteeseen lienee kyseenalaista.



*D. Sääntelymalleista.* Teletointamääräyksillä pyritään varmistamaan verkkojen ja palveluiden yhteentoimivuus ja kehittämään niiden laadullisia ominaisuuksia.<sup>260</sup> Yhteenliittämisen ja yhteentoimivuuden tarve ja standardointi yhtenä keinona näiden toteuttamiseksi on tunnustettu, ja standardointi esimerkiksi päätelaiteen tai yhteyden vaihdettavuutena osaltaan turvaa tehokkaita markkinoita vähentämällä tosiasiallista sitomista.<sup>261</sup> On kuitenkin syytä pohtia, millä tavoin näihin tavoitteisiin päästään, sillä sääntelyn uudenlaisia muotoja ovat muun muassa itsesääntely, yhteissääntely, standardointi ja avoin koordinointi.<sup>262</sup> Uusilla malleilla pyritään purkamaan julkisen vallan ja yksityisten välistä yksisuuntaista top–down-suhdetta, ja mallien etuina nähdään asiantuntemus, sitoutuminen, joustavuus ja tasavertaisuuden edistäminen, kun taas haittoina mm. kattavuuden puute, intressiryhmien ylikorostuminen ja laadintamenettelyn ongelmat. Keskeisintä ei ole säännösten pakottavuus vaan positiivinen vaikutus toimintaympäristöön.<sup>263</sup>

Internet-kontekstissa Marsden on jaotellut sääntelymalleja 12-portaiselle asteikolle ja ennustaa yhteissääntelyn lisääntyvän, mikä toisaalta lisää myös kustannuksia ja markkinoille pääsyn esteitä eli hallinnollista taakkaa.<sup>264</sup> Vahva ja tuettu itsesääntely sekä kehittynyt yhteissääntely täydentävät toisiaan, ja tehokkaiden, edustavien ja oikeasuuntaisten itsesääntelytahojen kanssa tulisi tehdä yhteistyötä eri tasoilla. Toisaalta lainsäädäntöön tarvitaan joustoa ja itsesääntelytahojen tunnustamista ja rajojen asettamista.<sup>265</sup>

Viestintäviraston määräystenanto on esimerkki eräänlaisesta yhteissääntelystä, koska määräyksiä päivitettäessä perustetaan useimmiten operaattoreista koostuva työryhmä, mutta tämä ei poista ongelmia ryhmän liikkumavarassa, edustavuuden puutteessa ja legitimititeettivajeessa. Yleisemmin ja valtuutusdirektiivin periaatteisiin nojautuen olisi myös syytä vakavasti harkita, missä määrin määräyksiä on ylipäättänsä tarvetta antaa. Tavoitteet saataisiin todennäköisesti toteutettua myös kasvattamalla ohjeiden ja suositusten osuutta, ja toisaalta nostamalla kaikkein keskeisimpiä velvollisuuksia lain tasolle.<sup>266</sup>

<sup>260</sup> HE 112/2002 vp s. 204.

<sup>261</sup> *Mylly* 2009 s. 66, 575–578; *Pöysti* 2002 s. 48–49, 58.

<sup>262</sup> *Tala* 2006 s. 186–196. Laajemmin itse- ja yhteissääntelystä ks. *Huovinen*, LM 2006.

<sup>263</sup> *Huovinen*, LM 2006 s. 1216–1223; *Tala* 2006 s. 198–202. Vrt. kokoavasti myös yhteis- ja itsesääntelyn tietyistä huonoista puolista, ks. *Pakarinen* 2012 s. 46–48, 76–81.

<sup>264</sup> *Marsden* 2011 s. 46–70, 225–231, 241. Hallinnollisesta taakasta ks. myös alaviite 245.

<sup>265</sup> *Marsden* 2011 s. 228–231. Esimerkkeinä edustavista itsesääntelytahoista mainitaan Internet-teknologioita kehittävät World Wide Web Consortium (W3C) ja Internet Engineering Task Force (IETF).

<sup>266</sup> Yleisesti sääntelyvaihtoehdoista ks. *Määttä* 2011 s. 28–54.

### 4.2.3 Huomioita eräistä muista velvoitteista

*A. Televisio-ohjelmistojen must carry -velvoite.* Must carry -velvoitetta on arvioitu perustuslakivaliokunnassa useaan otteeseen sananvapauden, omaisuudensuojan ja osin yhdenvertaisuudenkin näkökulmasta. Omaisuuden käyttösääntelyä pidettiin suhteellisuusvaatimuksen mukaisena, mutta perustuslakivaliokunta piti ensimmäisessä kannanotossaan asiantuntijalausuntojen jakautuessa välttämättömänä, että niin Yleisradion kuin kaupallisten televisiokanavien välittäminen on yhdenvertaisuuden vuoksi korvauksetonta.<sup>267</sup> Sittemmin rikkomusmenettelyssä Euroopan komissio katsoi, ettei säännös liian laajana vastannut yleispalveludirektiivin (2002/22/EY) 31 artiklaa, eikä yleinen etu vaatinut kaupallisten kanavien korvauksetonta välittämistä. Tämän jälkeen maksuttoman jakelun kaventamista ei pidetty omaisuudensuojan kannalta ongelmallisena, sananvapauden ei katsottu vaarantuvan, eikä yhdenvertaisuusargumenttiin enää palattu.<sup>268</sup> Operaattorin kannalta ongelmattomuutta omaisuudensuojan kannalta lisää se, että jos tarvittava välityskapasiteetti on käytössä tai tarpeen kohtuullista tulevaa käyttöä varten, välitysvollisuutta ei ole (VML 134.3 §).<sup>269</sup> Laki saattaisi soveltua tiukoin edellytyksin teknologianeutraalisti myös Internet-yhteyden tarjoajaan ja sen ns. IPTV-palveluun (VML 134.2 §), vaikka sitä ei sovelleta lähetyksiin avoimen Internetin yli. Määritelmällisesti joukkoviestintäverkon käyttäminen nimittäin edellyttää, että verkkoa pääasiassa käytettäisiin mm. televisio-ohjelmistojen lähettämiseen, ja on hiukan epäselvää, miten tätä olisi syytä tässä yhteydessä tulkita.<sup>270</sup>

*B. HMV-velvoitteet erityisesti vähittäismarkkinoilla.* Tehokkaiden markkinoiden edistämiseksi huomattavan markkinavoiman omaaville yrityksille voidaan asettaa runsaasti erilaisia velvoitteita.<sup>271</sup> Velvoitteita tulee asettaa, jos ne ovat tarpeen kilpailun esteiden poistamiseksi tai kilpailun edistämiseksi, ja niiden on oltava oikeassa suhteessa tavoiteltuun päämäärään (VML 18.1 §). Vollisuutta käyttöoikeuden luovutukseen tai vuokraukseen ei ole, jos resurssi on operaattorin omassa käytössä tai se on tarpeen omaa kohtuullista tulevaa käyttöä varten (VML 38 §).<sup>272</sup> Tällä tavoin ehdollisena perustuslakivaliokunta ei ole pitänyt vollisuutta operaattorin omaisuudensuojan kannalta kohtuuttomana, varsinkin kun

<sup>267</sup> PeVL 61/2002 vp s. 4–5; Ollila 2003 s. 15–17.

<sup>268</sup> PeVL 27/2010 vp s. 2; PeVL 19/2007 s. 2–3; PeVL 7/2005 vp s. 6.

<sup>269</sup> HE 13/2010 vp s. 13.

<sup>270</sup> HE 13/2010 vp s. 12; LiVM 8/2010 vp s. 5–6.

<sup>271</sup> Säännökset perustuvat täysharmonisoivaan käyttöoikeusdirektiiviin (2002/19/EY). Tehokkaista markkinoista ks. Pöysti 2002 s. 54–59. Historiasta ks. Vilkkonen – Piekkala 2004 s. 13–50.

<sup>272</sup> Ks. laajemmin Vilkkonen – Piekkala 2004 s. 15–50, 108–114.

kyse on huomattavan varallisuusmassan omaavista oikeushenkilöistä, jolloin lainsäätäjän liikkumavara on suurempi. Perustuslakivaliokunta on kuitenkin korostanut omaisuuden erityisluonnetta, kohtuullisuutta omistajan kannalta ja erityisesti omistajan oman tarpeen ensisijaisuutta.<sup>273</sup> Operaattoreiden välisessä toiminnassa vähittäismarkkinoiden ohella keskeisiä ovat kiinteiden yhteyksien paikallisosien tukkumarkkinat, sillä ne mahdollistavat mm. valokuituverkkojen häntäosuuksien vuokraamisen oman verkon laajentamiseksi.<sup>274</sup> Viestintävirasto onkin markkinoiden tehostamiseksi ottamassa komission vaatimuksesta käyttöön poikkeuksellisen enimmäishintasääntelyn (VML 37.3 §).<sup>275</sup>

Tilaaajayhteyteen liittyviä vuokrausvelvoitteita, hinnoitteluun ja toimintusehtoihin kohdistuvaa sääntelyä ja näiden perusoikeusproblematiikkaa on selvitetty jo aiemmin, ja esitän tässä yhteydessä vain eräitä kokoavia huomioita.<sup>276</sup> Sääntelyn välttämättömyyttä voidaan pyrkiä perustelemaan sillä, että toimivien markkinoiden saavuttamiseksi muita keinoja ei ole käytettävissä, yksilöiden perusoikeuksien turvaamiseksi tarvitaan kohtuuhintaisia välttämättömyyspalveluihin lukeutuvia tietoliikennepalveluja ja erittäin vahvassa markkina-asemassa oleviin yrityksiin voidaan kohdistaa merkittäviäkin velvoitteita. Kysymys on myös sananvapauden ja tätä kautta tietoyhteiskuntakehityksen ja viestinnän mahdollisuuksien edistämisestä.<sup>277</sup> Operaattorin oikeusturvaa on myös parannettu, sillä yhä useampaan päätökseen voi hakea muutosta, päätöksistä voi prosessin jouduttamiseksi valittaa suoraan KHO:een ja komissiota on kuultava HMOV-päätösehdotuksista.<sup>278</sup> Toisaalta päätöksiä on pääsääntöisesti noudatettava muutoksenhausta huolimatta (VML 127.3 §), ja operaattori joutuu useimmiten vastaamaan itse oikeudenkäyntikuluista, vaikka valitus menestyisikin (HLL 74 §), ellei kyse ole poikkeuksellisesta viranomaisen virheestä.<sup>279</sup> Vuokrahintaa määritettäessä sitoutuneelle pääomalle sallitaan kohtuullinen tuotto riippumatta sen kirjanpitoarvosta.<sup>280</sup>

Periaatteellinen ongelma on, ettei vuokrasuhde ole vuokranantajan irtisanottavissa. Tämä voi edellyttää vuokranantajalta muuten tarpeettomia, merkittäviäkin investointeja sellaisen oman tarpeen toteuttamiseksi, jota ei voitu määräystä annettaessa tai sen perusteella vuokrasuhteen alkaessa

<sup>273</sup> PeVL 61/2002 vp s. 3–4; PeVL 8/2002 vp s. 3–4; PeVL 34/2000 vp s. 2.

<sup>274</sup> Ks. Viestintävirasto 2013a.

<sup>275</sup> Viestintävirasto 2012.

<sup>276</sup> *Laitinen* 2007 erit. s. 89–102. Hintakaton käyttämisen perusoikeusongelmista ks. PeVL 32/2004 vp s. 2; *Ollila* 2004 erit. s. 11–14.

<sup>277</sup> *Laitinen* 2007 s. 91–94; *Länsineva* 2002 s. 240–242; *Pöysti* 2002 s. 43–44.

<sup>278</sup> *Laitinen* 2007 s. 95–99.

<sup>279</sup> KHO 2011:40.

<sup>280</sup> KHO 2012:58 (Ään. 3–2); HE 112/2002 vp s. 43, 129.

vielä huomioida. Vakiintunut kohtuullisuuden arviointitapa on kyseenalainen erityisesti silloin, jos tarvittavat lisäinvestoinnit olisivat huomattavia ja vähäinen kapasiteetin lisäys ei ole mahdollista eikä käyttöön ole odotettavissa kasvua siten, että investoinnista ylimääräiseksi jäävää kapasiteettia voitaisiin hyödyntää.

*C. Yleispalveluvelvoite.*<sup>281</sup> Velvoitteen ulottaminen vapaa-ajan asuntoihin on sinänsä yleispalveludirektiivin puitteissa mahdollista lakimuutoksella, ja vähimmäisnopeuden nostaminen olisi periaatteessa mahdollista LVM:n asetusta muuttamalla. Asetuksenantovaltuuden sisältävää lainmuutosta ei kuitenkaan käsitelty perustuslakivaliokunnassa ja hallituksen esityksen säätämisyjärjestysperustelutkin olivat tämän osalta yleisluontoiset.<sup>282</sup> Valtion on VML 60 b §:n ja vastaavasti yleispalveludirektiivin (2002/22/EY) 12–13 artiklan mukaan korvattava yleispalveluvelvoitteesta aiheutuneita kustannuksia, jos ne muodostavat yritykselle kohtuuttoman taloudellisen rasitteen. Mikäli asetusmuutoksella olisi merkittäviä taloudellisia vaikutuksia operaattoriin, PL 80 § edellyttää, että velvollisuudesta säädetään lailla.<sup>283</sup>

Yleispalveluvelvoitteen laajentaminen vapaa-ajan asuntoihin edellyttäisi tarkkaa harkintaa, koska vapaa-ajan asuntoja on huomattavan paljon sellaisilla alueilla, joilla viestintäinfrastruktuuri on puutteellinen ja missä sen kehittämiseksi ei ole liiketoiminnallista perustetta. Laajentamisen kokonaiskustannukset olisivat eri lähtöoletuksilla saattaneet nousta jopa 400 miljoonaan euroon.<sup>284</sup> Omaisuudensuoja olisi esteenä merkittäville velvoitteille, etenkin kun kustannuksia korvattaisiin esitöiden mukaan vain ”erityistapauksissa”.<sup>285</sup> Kun Internet-yhteysnopeudesta säädettiin asetusantovaltuudella, 1 Mbit/s nopeuden katsottiin olevan sellainen, ettei se aiheuttaisi valtiolle korvausvelvollisuutta.<sup>286</sup> Valiokunta piti hyvänä, mutta myös asianmukaisena ja riittävänä, että mahdollisia kohtuuttomia kustannuksia voitaisiin korvata tulevaisuudessa.<sup>287</sup>

---

<sup>281</sup> Luvussa 3.1.3 käsiteltiin yleispalveluvelvoitetta objektinäkökulmasta, ja tarkastelen tässä operaattorinäkökulmaa.

<sup>282</sup> Asetusten perustuslainmukaisuuden tarkastamisesta ks. *Hautamäki*, LM 2007 ja muutamisesta ks. *Hautamäki*, LM 2010 erit. s. 219.

<sup>283</sup> Laajemmin ks. *Viljanen* 2004.

<sup>284</sup> LVM 2013a s. 16–17.

<sup>285</sup> Myöhemmässä hallituksen esityksessä todettiin, että operaattori saattaisi joutua tarjoamaan palvelua myös tappiolla, ellei sitä katsottaisi kohtuuttomaksi. Siihen mennessä korvauksia ei ollut maksettu kertaakaan. Tämä tausta on ymmärrettävä, koska Internet-yhteydeltä ei edellytetty kuin tyydyttävää tasoa ja vaatimusten katsottiin sillä hetkellä täyttyvän GSM-tekniikalla (0,03–0,05 Mbit/s). (HE 223/2008 vp s. 6–8, 21–23, 27–28; HE 150/2006 vp s. 14, 24.)

<sup>286</sup> HE 223/2008 vp s. 14–15.

<sup>287</sup> LiVM 3/2009 vp s. 2.

Vaikka laissa edellytetään muun ohella tilaajien enemmistön käytössä olevan yhteysnopeuden huomiointia, ei nopeus voi olla samanlainen koko maassa, ja keskiarvonopeuden projisoiminen koko maan kattavaksi edellytykseksi aiheuttaisi huomattavia kustannuksia.<sup>288</sup> Julkisella vallalla ei liene jatkossakaan intressiä rahoittaa yleispalvelutoimintaa merkittävässä määrin, eikä yleispalveluvelvoitetta ole toistaiseksi päädytty laajentamaan vapaa-ajan asuntoihin.<sup>289</sup> Myös nopeuden nosto jäänee tällä erää sillensä, ellei alueellisen tasa-arvon kehityssuunnasta tingitä asettamalla erilaisia kriteerejä eri alueille tai eri tarkoituksiin.

*D. Viranomaisyhteistyö: ilmoitus, maksut ja varautuminen.* Vähäistä merkittävämmästä toiminnasta on tehtävä teletoimintailmoitus (VML 13–15 §). Ilmoituksella ei ole itsenäisiä oikeudellisia vaikutuksia, ja ilmoitus toimii lähinnä apuvälineenä markkinoilla olevien operaattoreiden tunnistamisessa ja valvonnassa.<sup>290</sup> Kyse ei ole luvanvaraisesta toiminnasta, ja vähäisyyskynnys huomioiden säännöstä ei ole syytä pitää elinkeinovapautta rajoittavana.<sup>291</sup> Ilmoitusvelvolliset operaattorit ovat velvollisia suorittamaan Viestintävirastolle valvontatoimintaan liittyvän, liikevaihdon suuruuteen perustuvan veronluonteisen viestintämarkkina- ja tietoturvamaksun. Poikkeusolojen varalta on VML 90–94 §:ssä säädetty eräistä velvoitteista ja näistä aiheutuvien huomattavien eli tavanomaisesta selvästi poikkeavien ja olennaisia lisäkustannusten aiheuttavien toimenpiteiden korvaamisesta, mutta varautumisen kustannuksia ei käsitelty perustuslakivaliokunnassa.<sup>292</sup> Varautumisesta aiheutuneet ja korvauskelvottomat kustannukset voisivat olla ongelmallisia omaisuudensuojan kannalta, mutta kun erityiset varautumistoimet ovat perustuneet neuvotteluihin, käytännössä ongelma ei ole ilmeisesti konkretisoitunut.<sup>293</sup>

*E. Viranomaisyhteistyö: tietojen käsittely.* VML 95–96 §:n mukaisesti verkossa on mahdollistettava telekuuntelu ja -valvonta. Aloitteen laitteiden hankkimiseksi tekee viranomaisen ja kustannukset korvataan.<sup>294</sup> Mikäli

<sup>288</sup> Asia oli kesäkuussa 2013 vielä kesken, ks. LVM 2013a.

<sup>289</sup> LVM 2013b s. 12–14.

<sup>290</sup> HE 125/2003 vp s. 116–117; *Innanen – Saarimäki* 2012 s. 189–192.

<sup>291</sup> PeVL 30/1997 vp s. 1; *Saraviita* 2005 s. 456–458. Vrt. eräissä tapauksissa rekisteröitymisvelvollisuutta on pidetty luvanvaraisuuteen rinnastuvana sääntelynä, ks. PeVL 56/2002 vp s. 2. Ilmoitusvelvollisuuksien lisääminen esimerkiksi valvontatehtävien helpottamiseksi voisikin olla kyseenalaista.

<sup>292</sup> PeVL 61/2002 vp s. 7; HE 112/2002 vp s. 178–182; *Vilkkonen – Piekkala* 2004 s. 65–67.

<sup>293</sup> Kustannusten korvauspäätöksestä voi lisäksi valittaa.

<sup>294</sup> HE 112/2002 vp s. 182–184; *Vilkkonen – Piekkala* 2004 s. 85–88. Jatkossa käytön työvoimakustannuksista ei saane korvausta, millä olisi tarkoitus säästää poliisin määrärahoja (Tietoyhteiskunta- ja lausuntoluonnos 4.4.2013 s. 69, 190). Tämä ei rohkaisisi automatisointiin, vaan manuaalisten järjestelmien hankkimiseen.

telepakkokeinojen toteuttaminen Internet-verkossa voidaan toteuttaa viestintäinfrastruktuurin toimintavarmuutta vaarantamatta, kustannusten korvaaminen huomioiden säännös ei ole operaattorin perusoikeuksien kannalta ongelmallinen. Toiseksi operaattori on velvollinen keräämään ja luovuttamaan ohjauksen ja valvonnan kannalta tarpeellisia tietoja viranomaisille, ja viranomaiset voivat tietyin edellytyksin luovuttaa tietoja eteenpäin, mutta toista teleyritystä koskevien tietojen hyödyntämistä rajoittaa käyttötarkoitussidonnaisuus (VML 112–116 §).<sup>295</sup> Tietojen keräämisestä aiheutuvat henkilötyökustannukset jäävät operaattorin vastuulle, mutta mikäli näihin liittyvä työmäärä ei ole kohtuuton, tämä ei muodostane ongelmia operaattorin perusoikeuksille. Viestintävirastolle on niin ikään ilmoitettava häiriö- ja vikatilanteista sekä tietoturvaloukkauksista ja -uhista (VML 128 a §, SVTsL 21 §), mistä on annettu myös määräyksiä.<sup>296</sup>

Teleyritys on myös velvollinen välittämään kohdennetun viranomais-tiedotteen (SVTsL 35 a §), mutta kyseinen säännös ei toistaiseksi sovellu Internet-verkkoihin. Edellä kuvatusti viranomaisilla on myös oikeus saada viestejä, tunnistamis- ja paikkatietoja rajatuin edellytyksin valvontatehtäviensä suorittamista varten, mikä voi aiheuttaa käyttäjien yksityiselämän suojaan ja oikeusturvaan liittyviä perusoikeusongelmia. Luovutuksia ei tiettävästi tapahdu niin paljon, eikä niistä aiheudu sellaisia kustannuksia, että operaattorin omaisuuden suoja tai elinkeinovapaus vaarantuisi. Tietopyynnöt eivät ole valituskelpoisia, mutta viime kädessä viranomaisen asettamasta pakkokeinouhusta on muutoksenhakuoikeus (SVTsL 41 §, UhkaSL 24 §).

Operaattori on tietyin rajauksin velvollinen säilyttämään tunnistamistietoja erityisiin viranomaistarkoituksiin (SVTsL 14 a–b §, ks. luku 3.3.2). Tunnistamistietojen erottelu tavanomaisiin ja erityissäilytettyihin voi aiheuttaa epäselvyyksiä, mutta ei operaattorin kannalta varsinaisia perusoikeusongelmia.<sup>297</sup> Viranomaisen vastaa järjestelmän kustannuksista, ja neuvottelujen kariutuessa operaattorin kanta on ensisijainen, ja asetuksella ja määräyksellä voidaan määrätä lähinnä toimenpiteistä, joiden kustannukset joka tapauksessa korvataan. Lisäksi kun operaattorin tulee säilyttää vain sellaisia erikseen määriteltyjä tietoja, joita sillä jo muutenkin on, säännös ei ole operaattorin kannalta ongelmallinen.

*F. Ilmoitusvelvollisuudet.* Viestintävirasto voi velvoittaa operaattorin julkaisemaan palvelun laadusta vertailukelpoisia ja ajantasaisia tietoja (VML 82 §). Edistääkseen viestintäverkkojen yhteenliittämistä ja käyttöoikeuksien

<sup>295</sup> HE 112/2002 vp s. 191–193; *Vilkkonen – Piekkala* 2004 s. 61–63.

<sup>296</sup> *Innanen – Saarimäki* 2012 s. 222–227; *Helopuro* ym. 2009 s. 212–213.

<sup>297</sup> Perustuslakivaliokunta esitti huomautuksia muun muassa tallennusvelvoitteesta sopimisesta ja asetuksenantovaltuuksista, ja näiden huomautusten johdosta lakia tarkennettiin (PeVL 3/2008 vp s. 2–3; LiVM 6/2008 vp s. 3–5).

vuokrausta Viestintävirasto voi antaa vastaavan velvoitteen myös tukku-markkinoilla sovellettavia sopimusehtoja, hinnastoja ym. koskien (VML 33 §). Käyttäjille on myös ilmoitettava merkittävistä vika- ja häiriötilanteista (VML 72 a §).<sup>298</sup> Käyttäjille on niin ikään ilmoitettava operaattorin palveluun liittyvästä erityisestä tietoturvaluusta (SVTsL 21 a §).

Alkuperäinen direktiivi, kommentaarit, esityöt ja määräykset ovat osin epäselviä, ja niistä voi saada käsityksen, että operaattorin olisi tiedotettava käyttäjille myös uusista yleisistä, operaattorin kontrollipiirin ulkopuolisista Internetin tietoturvaluista, esimerkiksi haittaohjelmista tai palvelunestohyökkäyksistä. Sähköisen viestinnän tietosuojadirektiivin (2002/58/EY) 4.2 artiklan mukaan operaattorin on valistettava käyttäjää Internetin yleisestä tietoturvatomuudesta, ja tämä voi tapahtua esimerkiksi liittymäsopimusta solmittaessa.<sup>299</sup> Sen sijaan sähköisen viestinnän tietosuojadirektiivin 4.3 ja 4.4 artiklan mukaan operaattorin on tiedotettava vain sen kontrollipiiriin kuuluvista henkilötietojen suojaan kohdistuvista loukkauksista (tietosuoja-loukkauksista), ei yleisistä tietoturvaloukkauksista tai uhkista, mikä ilmenee epäsuorasti myös Euroopan tietosuojavaltuutetun direktiivimuutoksesta antamassa lausunnossa.<sup>300</sup>

#### 4.2.4 *Velvoitteista aiheutuvien kustannusten korvaaminen*

Operaattori on pääsääntöisesti oikeutettu korvaukseen sille asetetuista julkista valtaa ja muita operaattoreita palvelevista velvoitteista, mutta toisaalta käyttäjiä yleisluonteisesti palvelevat useat velvoitteet ovat korvauksettomia. Tämä vähentää omaisuudensuojaan liittyviä ongelmia, vaikkakin eräissä tapauksissa korvaus suoritetaan vain osaksi. Velvoitteet voidaan näin ollen hahmotella karkeasti kolmeen eri kategoriaan:

1. *Korvauksettomat.* Pääsääntö on, että kyse on operaattorin normaaliin liiketoimintaan kuuluvasta toiminnasta, josta viranomaiskäytön osuus on niin pieni, ettei siihen liity merkittävää rasitusta. Esimerkkinä tästä ovat poliisi- ym. viranomaistoimintaan liittyvät luovutukset (VML 97 §). ”Must carry” -televisiokanavien välityksestä (VML 134 §) ei niin ikään aiheudu merkittäviä lisäkustannuksia. Käyttäjien oikeuksien sopimusoikeudellinen turvaaminen voidaan mainita erityislaatuksena sääntelynä. Poikkeuksellinen korvaukseton toimi on esimerkiksi erillisen viranomaisverkon liittäminen (VML 99.3 §).

<sup>298</sup> HE 112/2002 vp s. 141–142, 174; *Vilkkonen – Piekkala* 2004 s. 63–64. Yhteenliittämisestä ja tehokkuudesta ks. myös *Pöysti* 2002 s. 48–49, 58.

<sup>299</sup> HE 238/2010 vp s. 124–125; *Innanen – Saarimäki* 2012 s. 220–222; *Helopuro* ym. 2009 s. 211–212.

<sup>300</sup> HE 238/2010 vp s. 45–46; Euroopan tietosuojavaltuutetun lausunto 18.7.2008, erit. 27–33 kohta.

2. *Osaksi korvattavat.* Pääsääntö on, että yhteiskunnallisesti tärkeistä hankkeista korvataan vain kohtuuttomat lisäkustannukset. Näin on erityisesti silloin, jos operaattori saa ainakin osaksi liiketaloudellista hyötyä hankkeesta. Esimerkkejä tästä ovat yleispalveluvelvoitteesta johtuva, toiminnan laajuus huomioiden kohtuuttomia taloudellisia rasitteita muodostava osuus (VML 60 b §) ja varautumisesta aiheutuvat huomattavat yleiset kustannukset (VML 94 §).
3. *Kokonaan korvattavat.* Tätä on pidettävä lähtökohtana, mutta yleensä vain välittömiä kustannuksia korvataan, ja korvauksen määrän perusteista tai laskutavasta voi olla säännöksiä. Operaattoreiden välinen toiminta kuuluu myös tähän kategoriaan (esim. yhteenliittäminen ja vuokrausvelvollisuus). Viranomaistarpeiden osalta pääsääntö on, että yksinomaan viranomaisia palvelevista järjestelmistä, ylläpidosta ja määräyksistä aiheutuneet välittömät kustannukset korvataan kokonaan (VML 98.2 §). Tätä periaatetta sovelletaan muun muassa tunnistamistietojen säilytysvelvollisuuteen (SVTsL 14 b §), hätä- ja pelastustoimeen (SVTsL 35.5 §), kohdennettuun viranomaistiedotteiden välittämiseen (SVTsL 35a.4 §) ja poliisi- ym. viranomaisten tiedonsaantiin (SVTsL 36.4 §). Varsinainen tietoluovutus voi olla ensimmäisen kohdan mukaan korvauksetonta.

Yleisenä trendinä voidaan todeta, että varsinkin käyttäjiin nähden operaattoreille on sälytetty ja ollaan sälyttämässä yhä enenevässä määrin erilaisia informointi- ja valistusvelvoitteita esimerkiksi Internetin tietoturvaan liittyen. Voitaisiin kysyä, eikö tämän pitäisi olla ennemminkin julkisen vallan tai erikseen rahoitetun tahon (vrt. Liikenneturva) kuin kaupallisten toimijoiden tehtävä. Toinen trendi on korvattavien tai osaksi korvattavien tehtävien supistuminen ja korvauksettomien tehtävien laajentuminen.<sup>301</sup> Myös viestintäverkkojen laatua tavoittelevat säännökset ja määräykset lisäävät operaattorin korvauksettomia toimintavelvollisuuksia ja sitovat entistä enemmän resursseja.

## **4.3 Oikeus omaehtoiseen estämiseen**

### *4.3.1 Elinkeinovapaus sisällöllisissä rajoituksissa*

Sananvapauslain säätämisen yhteydessä perustuslakivaliokunta poistatti ehdotetun keskeyttämisoikeutta koskevan säännöksen, koska säännös olisi rajoittanut keskeyttämisoikeuden vain rasistiseen ja sukupuolisiveellisyys-

<sup>301</sup> Operaattoreille sälytettävistä tehtävistä laajemmin ks. *OECD* 2011 s. 5–23.



tä loukkaavaan aineistoon. Perustuslakivaliokunta katsoi, että yhteyden tarjoaminen perustuu yleensä sopimukseen, ja ainakin sopimusehtojen puitteissa laitteen ylläpitäjällä voi ja tulee olla oikeus keskeyttää muidenkin kuin edellä mainitut tunnusmerkit täyttävien, selvästi lainvastaisten viestien pitäminen yleisön saatavilla.<sup>302</sup> Tähän viitaten LapsipornoL:a säädettäessä esitöissä todettiin, että Internet-yhteydentarjoajat voivat elinkeinovapauden nojalla tarjota palveluja myös sisällöltään rajoitettuihin ja että operaattori ei tarvitse edesauttaa laittoman materiaalin levittämistä omien järjestelmiensä kautta.<sup>303</sup> Kansainvälisten suositusten mukaan sisällön automaattisen ja pakollisen suodattamisen asemesta suositellaan aineistojen merkitsemistä (labeling) siten, että käyttäjät voivat itse päättää siitä, mitä eivät halua nähdä.<sup>304</sup>

Omaehtoisista estoista on sittemmin esitetty myös toisenlainen näkemys: tekijänoikeudellisen estomääräyksen tarpeellisuutta on perusteltu viittaamalla VML 68 §:ään todeten tämän olevan esteenä palveluntarjoajan omaehtoisille estoille.<sup>305</sup> VML 68 §:n mukaan puhelinverkon liittämösopimuksen sopimusehdoissa ei voida rajoittaa käyttäjän oikeutta valita sisältöpalvelujen tarjoajaa. Vanhahtavasta sanamuodosta huolimatta säännöksen tarkoituksena on muun ohella estää sellaisen Internet-palvelun tarjoaminen, jossa käyttäjällä olisi oikeus päästä ainoastaan määrättyihin Internet-portaaleihin tai määrättyille Internet-sivuille.<sup>306</sup>

VML 68 §:n taustalla on ilmeisesti nähty Internetin universaalisuudesta saatava hyöty ja sillä on haluttu välttää toisistaan erillisten, esimerkiksi operaattori-kohtaisten saarekkeiden muodostuminen. Asialla on kytkös myös ns. verkkoneutraliteettiperiaatteeseen, eli muun muassa siihen, että operaattori ei tulisi estää tai haitata kilpailevien sovellusten käyttöä.<sup>307</sup> Ongelma korostuisi niillä käyttäjillä, joilla ei ole vaihtoehtoa palveluntarjoajan valinnassa. SananvapL:n esitöissä sopimusehtoihin perustuvaa keskeyttämisoikeutta tarkasteltiin vain selvästi rikollisten viestien kontekstissa ja fokuksena oli tallennuspalvelu, ja LapsipornoL:n esitöissä periaatetta sovellettiin sittemmin myös Internet-yhteyspalveluun. Esitöitä olisi mahdollista lukea myös niin, että elinkeinovapaus soveltuisi myös välilliseen aineistoon pääsyn rajoittamiseen ja mahdollisesti muuhunkin kuin lainvastaiseen aineistoon. Perustuslakivaliokunta ei ottanut myöskään

<sup>302</sup> PeVM 14/2002 vp s. 7; HE 99/2006 vp s. 12; *Innanen – Saarimäki* 2012 s. 337.

<sup>303</sup> HE 99/2006 vp s. 12.

<sup>304</sup> Euroopan neuvoston ministerikomitea Rec(2001)8 ja Rec(2008)6.

<sup>305</sup> OKM 2012a s. 60.

<sup>306</sup> HE 112/2002 vp s. 157; *Vilkkonen – Piekkala* 2004 s. 60–61.

<sup>307</sup> Tästä ks. esim. KOM(2011) 222 lopullinen, erit. s. 3. VML 68 §:ää vastaavaa säännöstä on ehdotettu modernisoitavaksi ja laajennettavaksi (Tietoyhteiskuntakaari, lausuntoluonnos 4.4.2013, 110 §).

kantaa tilanteeseen, jossa sopimusehtoa ei ole.<sup>308</sup> Edellä kuvatusti sopimusehdon mukaisesti ja mahdollisesti muutenkin pääsy selkeästi lainvastaiseen aineistoon olisi estettävissä Internet-operaattorin niin halutessa, mutta erillisten saarekkeiden muodostaminen ei olisi sallittua.

Operaattorin palveluntarjoamisvapauden ja tämän kategorisen rajoittamisen väliin jää vyöhyke, jota voidaan pohtia esimerkein. Kun otetaan huomioon sananvapaus poliittisena oikeutena ja VML:n sopimista koskevat rajoitteet, esimerkiksi pääsyä rekisteröityjen puolueiden sivustoille ei olisi ilmeisesti mahdollista estää sopimusperusteisestikaan. Sopimusehdoissa saatetaan myös varata oikeus rajoittaa palvelun sisältöä esimerkiksi ”mikäli poliisi tai muu toimivaltainen viranomainen tätä vaatii”.<sup>309</sup> Tämä lienee niin ikään hyväksyttävää, vaikka kyseinen estovaatimus ei kohdistuisikaan selvästi lainvastaiseen aineistoon. Hiukan kyseenalaista sen sijaan olisi, voisiko operaattori pidättää itsellään oikeuden rajoituksiin silloin, kun kyse on vain mahdollisesti rikollisesta aineistosta. Vertailevasti VML 73.3 §:n 3 kohdan mukaan tietoliikenteen häiritseminen liittymän legaalisenä sulkemis- tai rajoitusperusteena edellyttää vähintään syytteeseen asettamista, ja sananvapaus- ja oikeusturva-argumentein olisi mahdollista puoltaa kantaa, ettei operaattorin oman epäilyn perusteella tulisi rajoittaa käyttöä vaan asiassa tulisi edetä viranomaistietä. Toisaalta operaattorin kannalta olisi ehkä kohtuutonta, ellei se voisi ilmiselviä tapauksia lukuun ottamatta sopimusrikkomuksen uhalla toimia itsenäisesti ja välittömästi. Esitän pohdittavaksi vielä yhden kärjistetyt esimerkin. Olisiko mahdollista tarjota Internet-palvelua, josta ei pääsisi pornografiaa sisältäville sivustoille tai pääsy lastensuojelullisilla tai muilla perusteilla vaatisi erityisiä toimenpiteitä? Elinkeinovapauden, sananvapauden ja sopimusvapauden punnintatilanteessa tätä voitaisiin ehkä vielä pitää sallittuna niiltä osin kuin kyseisellä operaattorilla ei olisi huomattavaa markkinavoimaa alueella. Toisaalta tätä olisi myös mahdollista pitää kiellettynä tukeutuen edellä mainittujen argumenttien lisäksi ministerikomitean merkitsemistä painottavaan suositukseen.

#### *4.3.2 Lapsipornon suodattaminen poliisin ylläpitämää listaa käyttäen*

Edellä kuvatun elinkeinovapauden lisäksi erityislaissa on todettu, että Internet-yhteydentarjoajilla on oikeus estää pääsy lapsipornosivustoille

<sup>308</sup> Sopimusoikeudelliset periaatteet voivat auttaa tulkintatilanteessa, enkä voi paneutua kysymykseen tässä.

<sup>309</sup> Näin ks. *Elisa* 2011, Elisan yleiset sopimusehdot kuluttajille 25.5.2011 s. 9. Yleiset sopimusehdot perustuvat Ficom ry:n telealaa koskeviin yleisiin sopimusehtoihin.

(LapsipornoL 3 §).<sup>310</sup> Poliisi ylläpitää salassa pidettävää listaa sivustoista sekä tuottaa ilmoituksen, joka eston aktivoituessa näytetään (LapsipornoL 4–6 §). Listalle on tarkoitus lisätä vain ulkomaisia sivustoja (LapsipornoL 1 §).<sup>311</sup>

Esitöissä todettiin, että mikäli toivottuja tuloksia ei saada aikaan, ministeriö olisi edelleen valmis harkitsemaan velvoittavien lainsäädäntötoimien valmistelemista, ja voidaankin kysyä, kuinka vapaaehtoisesta estämisestä on lopulta kyse.<sup>312</sup> Lakia voidaan myös kritisoida muun muassa siitä, ettei poliisin ylläpitämän listan päivityksistä nimenomaisesti tehdä valituskel-poista päätöstä eikä toimenpiteisiin näin ollen voi hakea muutosta. Listalle lisättiin kotimainen asiaa koskeva keskustelu- ja linkkisivusto, vaikka esitöiden mukaan laki oli tarkoitettu ulkomaisten sivustojen estämiseen.<sup>313</sup> Lakiehdotusta ei käsitelty perustuslakivaliokunnassa eikä säätämisyjärjes-tysperusteluissa käsitelty muun muassa oikeusturvaa millään tavalla.<sup>314</sup> Listalle joutuneen sivuston ylläpitäjän vaatimuksesta KHO katsoi muun muassa oikeusturvan ja sananvapauden edellyttävän, että asiasta sai valittaa ja palautti asian hallinto-oikeuteen, ja hallinto-oikeus määräsi sivuston poistettavaksi estolistalta.<sup>315</sup> Vertailevassa tutkimuksessa estot on niin ikään todettu hyödyttömiksi, ja muun muassa Alankomaissa suodattamisesta on luovuttu sen tehottomuuden vuoksi.<sup>316</sup> Näin ollen kun suodatuksella ei voida saavuttaa toivottua seurausta, se ei täytä soveltuvuusvaatimusta, joka on osa perusoikeuksien yleisten rajoitusedellytysten suhteellisuusvaa-timusta.<sup>317</sup> Lakia laadittaessa perusoikeusnäkökohtia tarkasteltiin ilmeisen suurpiirteisesti, ja Neuvosen tavoin katson, ettei laki täytä perusoikeuksien asettamia edellytyksiä.<sup>318</sup> Operaattorin näkökulmasta ”puoliväkisin” toteu-tettu korvaukseton, tehoton ja teknistä toimintaa häiritsevää järjestelmä on myös kyseenalainen.<sup>319</sup>

<sup>310</sup> Säätelystä laajemmin ks. *Innanen – Saarimäki* 2012 s. 227–231; *Neuvonen* 2012 s. 296–300.

<sup>311</sup> HE 99/2006 vp s. 1.

<sup>312</sup> HE 99/2006 vp s. 1.

<sup>313</sup> HE 99/2006 vp s. 13; KHO 2010:53.

<sup>314</sup> HE 99/2006 vp s. 14–16.

<sup>315</sup> KHO 2010:53; Helsingin hallinto-oikeus 2.5.2011 (Dnro 06424/10/7506).

<sup>316</sup> *Anjali – Mattamana* 2010; *Ofcom* 2010 s. 38.

<sup>317</sup> Osatesteistä ks. *Viljanen* 2011b s. 157; *Viljanen* 2001 s. 210–214. Vrt. perustuslakiva-liokunta ei näytä soveltavan kolmiportaista suhteellisuustestiä (*Lavapuro* 2010 s. 250).

<sup>318</sup> *Neuvonen* 2012 s. 300.

<sup>319</sup> Teknisistä haittavaikutuksista ks. *Savola* 2013a s. 78, 87–88.

## 4.4 Estomääräykset

### 4.4.1 Vastuuvapaus ja perusoikeusarvioinnin lähtökohdat

Tarkastelen aluksi yleisesti estomääräysten perusoikeusarviointia ja -näkökohtia. Lähtökohta on, että Internet-yhteydentarjoajalla on vastuuvapaus, eikä siihen voi kohdistaa vahingonkorvaus- tms. vaatimuksia välitetyn aineiston johdosta. Säännös ei kuitenkaan estä kielto- tai estomääräysten antamista (SähköKL 13, 19 §), ja artikkelissa arvioidaan antamisedellytysten perusoikeuskysymyksiä operaattorin näkökulmasta. Tarkastelun ulkopuolelle rajatussa tallennuspalvelun tarjoamisessa on tästä poikkeavia erityispiirteitä, joihin viitataan tässä vain lyhyesti. Ensinnäkin vastuun mahdollisuus on laajempi ja kysymys monimuotoisempi.<sup>320</sup> Niin ikään niihin voidaan kohdistaa muitakin keinoja kuten korvausuhkaisia alasottovaatimuksia (SähköKL 20–25 §) ja tuomioistuimen antamia estomääräyksiä (SähköKL 16 §).<sup>321</sup>

TekL 60 c §:n mukaisesti välittäjä voidaan määrätä estämään pääsy tekijänoikeutta loukkaavalle sivustolle. Alkuperäinen pykälä lisättiin vasta perustuslakivaliokunnan lausunnon jälkeen lakivaliokunnassa, eikä perustuslakivaliokunta säännöstä myöhemmin laajennettaessa käsitellyt lainkaan välittäjänäkökulmaa.<sup>322</sup> Myös SananvapL 18 §:ää, jonka mukaan loukkaavan verkkoviestin jakelu voidaan määrätä keskeytettäväksi, arvioitiin perustuslakivaliokunnassa hyvin suppeasti.<sup>323</sup> Sen sijaan SähköKL 16 §:n mukaista tallennuspalvelun tarjoajaan kohdistuvaa tiedon saannin estämistä koskevaa säännöstä arvioitiin yleisten rajoitusedellytysten näkökulmasta poikkeuksellisen laajasti, mutta operaattorin kannalta huomionarvoisia näkökohtia oli niukalti.<sup>324</sup> Näin ollen edellä mainituista kannanotoista ei ole juuri apua perusoikeusarvioinneissa.

Säännökset poikkeavat luvussa 4.2.4 käsitellyistä VML:n ja SVTsL:n mukaisista kustannusten korvausperiaatteista ja luvussa 3.3.2 käsitellyistä tunnistamistietojen luovuttamisesta siten, ettei hakija ole velvollinen korvaamaan välittäjän oikeudenkäynti- tai täytäntöönpanokuluja kuin poikkeuksellisesti. Varsinkin silloin, kun täytäntöönpano edistää toisen yksityisen liiketoiminnallista intressiä, pidän sääntelyä epätasapainoisena ja operaattorin omaisuudensuojan kannalta kyseenalaisena. Rajoitusten

<sup>320</sup> Ks. esim. KKO 2010:47, 29–32 kohta; HE 194/2001 vp s. 40–41; Savola 2013a s. 57–58; Savola 2013c s. 61–65; Innanen – Saarimäki 2012 s. 259–262. Laajemmin ks. Pihlajarinne 2012a; Pihlajarinne 2012b s. 67–100; Edwards 2011 s. 55–61; Van Eecke 2011 s. 1465–1487.

<sup>321</sup> Ks. esim. PeVL 60/2001 vp s. 2–3; HE 194/2001 vp s. 41–42; Savola 2013a s. 59–60.

<sup>322</sup> PeVL 15/2006 vp s. 2; LaVL 5/2005 vp s. 7–8.

<sup>323</sup> PeVM 14/2002 vp s. 7.

<sup>324</sup> PeVL 60/2001 vp s. 2–3.

haittavaikutukset ja kustannukset voidaan hahmottaa myös operaattorin elinkeinovapauteen puuttumisena, ja Euroopan unionin tuomioistuin onkin arvioinut yleisluonteisia estojärjestelmiä nimenomaan tästä näkökulmasta.<sup>325</sup> Myös operaattorin oikeusturva on keskeinen ja konkretisoituu muun muassa siinä, voidaanko määräyksiä antaa operaattoria kuulematta ja miten tarkasti määräys on muotoiltava. Tästä näkökulmasta operaattorin oikeusturvan kannalta on positiivista, että vaikka TekL 60 c §:n esitöiden mukaan väliaikaiseen keskeyttämismääräykseen ei saisi hakea muutosta (OK 25:1.3), oikeuskäytännössä on katsottu *access to justice* -periaatteen edellyttävän valituskelpoisuutta.<sup>326</sup>

#### 4.4.2 Tekijänoikeudellinen keskeyttämismääräys

*A. Yleiskuvaus.* TekL 60 c §:n mukaan tuomioistuin voi määrätä muun ohella välittäjänä toimivan palveluntarjoajan sakon uhalla keskeyttämään tekijänoikeutta loukkaavaksi väitetyn aineiston saattamisen yleisön saataviin. Määräyksen kohdetta ja ylläpitäjää on pääsääntöisesti kuultava. Hakijan on nostettava loukkaajaa vastaan TekL 60 b §:n mukainen kielto-kanne. Määräys voidaan antaa kieltokanteen käsittelyn yhteydessä tai sitä voidaan hakea etukäteen, jolloin kieltokanne on raukeamisen uhalla nostettava kuukauden kuluessa määräyksen antamisesta. Välittäjä voi vaatia loukkaajaa korvaamaan kulujaan pääasian yhteydessä, mutta vaatimus voidaan kohdistaa myös hakijaan, mikäli kanne ei menesty tai sen nostaminen laiminlyödään.

Keskeyttämismääräykset voivat kohdistua myös Internet-yhteydentarjoajiin. Suomessa eniten julkisuutta ovat saaneet kolmeen suurimpaan operaattoriin kohdistuneet The Pirate Bay -verkkoestot. Määräystä voidaan tarkastella erityisesti 1) määräyksen perusteen eli loukkauksen, 2) kolmannen viestintämahdollisuuksien vaarantamisen kiellon, 3) eri osapuolille kohtuullisuuden ja 4) prosessuaalisten edellytysten näkökulmasta. Keskeytymen tässä kahteen keskeisimpään, jotka ovat perusoikeusnäkökulmasta keskeisimpiä.<sup>327</sup>

*B. Kolmannen viestintämahdollisuuksien vaarantaminen.* Keskeyttämismääräys ei saa vaarantaa kolmannen oikeutta lähettää ja vastaanottaa

<sup>325</sup> EUT 24.11.2011, *Scarlet v SABAM* (C-70/10), 46–49, 53 kohta. Ks. myös alaviite 338.

<sup>326</sup> HE 26/2006 s. 22; HelHO 15.6.2012 (S 11/3097), s. 10; HelKO 28.6.2012 (H 11/51554), s. 10; HelKO 28.6.2012 (H 11/48307), s. 10.

<sup>327</sup> Laajemmin ks. esim. *Savola* 2013a s. 145–200; *Norrgård* 2012a; *Pihlajarinne* 2012b s. 125–129; *Pihlajarinne* 2011; *Frabboni* 2010 s. 141–144. Käsittelin käyttäjän Internet-yhteyden katkaisemiseen johtavia keskeyttämismääräyksiä luvussa 3.1.3, ja tarkastelen tässä vain operaattoriin yleisesti kohdistettua määräystä.

viestejä (TekL 60c.4 §). Lakivaliokunta piti erittäin tärkeänä, että tekijänoikeutta koskevan riidan ulkopuoliset tahot eivät joudu millään tavoin kärsimään kyseisen riidan vireilläolosta. Kielto viestintämahdollisuuksien vaarantamisesta on ehdoton ja koskee kaikkia 60 c §:n nojalla annettuja keskeyttämismääräyksiä.<sup>328</sup> Mistä tässä periaatteellisesti tärkeässä säännöksessä on kyse?

”Kolmanesta” ja sen viestintäoikeudesta voidaan esittää useita tulkintoja. Ensinnäkin säännöksen voisi katsoa ulottuvan niihin käyttäjiin, jotka eivät käytä lainkaan sitä kohdetta, joka oli tarkoitus estää. Tämä viittaa estoista aiheutuviin yleisiin haittoihin, esimerkiksi suorituskyvyn huomattavaan heikkenemiseen, tai erityisiin haittoihin, kuten jonkin muun sivuston estymiseen vahingossa tai tarkoitetun sivuston estämisen välttämättömänä seurauksena. Toiseksi säännös voisi tarkoittaa toimintaa, joka on sinänsä täysin lainmukaista, esimerkkinä tekninen tai viranomaisliikenne, mutta se joko tarkoituksella tai sattumalta kohdistuu estettävään sivustoon. Tämä perustuu ajatukseen, että estomääräyksen tarkoitus on estää lainvastainen toiminta, esimerkiksi vertaisverkkolataaminen tai -jakaminen, muttei haitata lainmukaista toimintaa. Kolmanneksi säännös voisi tarkoittaa Suomen oikeudenkäyttöpiirin ulkopuolisia tai tähän nähden kyseenalaisia tapauksia, joissa Suomessa toimiva operaattori määrätään toteuttamaan toimenpiteitä, joilla on Suomen ulkopuolisia vaikutuksia, kuten sivuston estyminen kolmansien valtioiden välisessä liikenteessä.<sup>329</sup>

Oikeuskäytännössä lähestymistapa on pääosin tarkemmin perustelematta ollut edellä hahmoteltuja vaihtoehtoja suoraviivaisempi. Kohteessa mahdollisesti oleva laillinen aineisto ei ole estänyt keskeyttämismääräyksen antamista, varsinkin jos laillinen aineisto on ollut saatavissa muuten ja sivuston luonteen on oletettu olevan käyttäjille ilmeistä.<sup>330</sup> Teknistä tai viranomaiskäyttöä ei sallittu, vaikka määräyksen perimmäisenä tarkoituksena on ilmeisesti latauksen ja jakamisen vähentäminen, eikä kohteella ei ole itsenäistä merkitystä. Niin ikään määräyksiä on annettu myös niin, että sanamuodon mukaan operaattorin olisi estettävä myös Suomen oikeudenkäyttöpiirin kautta kulkematon liikenne. Näissä tulkinnoissa sovellettiin sanamuodon mukaista syllogismia hiukan kyseenalaisesti: kun kärjäänoikeuden mukaan kenelläkään ei ollut lain mukaan oikeutta päästä estettävälle sivustolle, pääsyä ei voitu sallia erityisryhmille. Oikeutus olisi kuitenkin ollut mahdollista johtaa kolmannen viestintämahdollisuuksista,

<sup>328</sup> LaVL 5/2005 vp s. 10.

<sup>329</sup> Laajemmin ks. *Savola* 2013a s. 176–181.

<sup>330</sup> HelHO 15.6.2012 (S 11/3097), s. 17; *Savola* 2013a s. 179–180. Säännöstä ei ole tulkittu ehdottomasti eikä käyttäjän Internet-yhteyttä katkaistaessa suoja ole annettu myöskään käyttäjän talouteen kuuluville.

säännöksen tarkoituksesta ja kansainvälisistä toimivaltanäkökohdista.<sup>331</sup> Kolmannen viestintämahdollisuuden vaarantamisen kielto onkin ilmeisesti tyypistynyt lähinnä siihen, ettei esto saa vaikuttaa muihin kuin estettävään kohteeseen, eikä sitä voisi soveltaa esimerkiksi koko yrityksen yhteyden katkaisemiseen. Vaikka toistaiseksi kiperiä tilanteita, joissa estäminen johtaisi myös kolmannen sivuston estymiseen, ei ole esiintynyt, kritisoinin yleisesti ottaen turhan suoraviivaista ajattelua ja varsinkin kansainväliset vaikutukset huomiotta jättävää tulkintaa.

*C. Kohtuullisuuden osatekijöitä.* Tuomioistuin voi antaa keskeyttämismääräyksen, jollei sitä voida pitää kohtuuttomana ottaen huomioon aineistoa yleisön saataviin saattavan henkilön, välittäjän ja tekijän oikeudet (TekL 60c.1 §). Kohtuullisuudesta voidaan tunnistaa erilaisia aspekteja sekä argumentteja yhteenpunovaa kokonaisarviointia. Tarkasteltaviksi osatekijöiksi voidaan hahmottaa ainakin määräyksen tarkkuus ja muuttaminen, tehokkuus sekä kohdistaminen.

Ensinnäkin esitöiden epäselvästä sanamuodosta huolimatta oikeuskäytännössä on omaksuttu käsitys, että estomääräysten tekninenkin tarkistaminen on tehtävä tuomioistuimessa. Operaattorin oikeusturvan voidaan katsoa edellyttävän tätä, sillä olisi kohtuutonta, jos operaattorin riskiksi jäisi epämääräisesti muotoillun tai hyvin yleisluontoisen estomääräyksen tulkitseminen.<sup>332</sup> Vireillä olevassa UPC Telekabel Wien -ennakkoratkaisupyynnön kolmannessa kysymyksessä on kyse estomääräyksen yleisluontoisen muotoilun perusoikeusarvioinnista.<sup>333</sup>

Toiseksi eston tehokkuusedellytystä tulee arvioida määräyksen kohtuullisuuden näkökulmasta. Oikeuskäytännössä estojen tehokkuudesta tai tehostomuudesta on esitetty erilaisia väitteitä, joita en käsittele tässä yhteydessä laajemmin. Totean kuitenkin, että vaikuttaa ilmeiseltä, että estot ovat varsin tehostomia, koska muun ohella hakukonepalveluissa sivuston nimeä hakemalla ensimmäisinä osumina ilmaantuu estämättömiä välityspalveluja, ja keskivertokäyttäjät todennäköisesti käyttävät sivustoa kirjoittamalla sen nimen hakukoneeseen. Niin ikään muun muassa Amsterdamin yliopiston tutkimuksessa teleoperaattorin käyttäjien osuus vertaisverkossa ei laskenut estämisen jälkeen, ja kyselytutkimuksessa The Pirate Bay -käyttäjistä 61 % ilmoitti käyttävänsä muita sivustoja ja 30 % välityspalveluita tai

<sup>331</sup> HelKO 28.6.2012 (H 11/48307), s. 5, 8; HelKO 28.6.2012 (H 11/51554), s. 5, 7–8; Savola 2013a s. 179–183.

<sup>332</sup> HelKO 11.6.2012 (H 11/48307), s. 60–61; HelKO 11.6.2012 (H 11/51554), s. 84–85; HelHO 15.6.2012 (S 11/3097), s. 14–15, 20–21. Laajemmin ks. Savola 2013a s. 183–187. Epätarkan määräyksen ongelmista vastaavasti ks. Pihlajarinne 2012b s. 129.

<sup>333</sup> OGH 11.5.2012 (4 Ob 6/12d); EUT, *UPC Telekabel Wien* (C-314/12); Savola 2012a s. 147; Vousden 2012.

kiertoreittejä.<sup>334</sup> Tehottomuuden vaikutusta tullaan tarkastelemaan myös UPC Telekabel Wien -ennakkoratkaisupyynnön neljännessä kysymyksessä.

Toisaalta Elisa Oyj:n tapauksessa muun ohella hovioikeudessa esitetyn näytön perusteella hovioikeus katsoi, ettei keskeyttämismääräys ollut suhteellisuusperiaatteen vastainen.<sup>335</sup> Helsingin käräjäoikeus DNA Oy:tä ja TeliaSonera Finland Oy:tä koskevissa ratkaisuissaan totesi muun ohella, ettei kumpaakaan estojen toteuttamistavoista voida lähtökohtaisesti pitää vaikutuksiltaan niin tehottomana, että sitä olisi pidettävä esteenä keskeyttämismääräyksen antamiselle.<sup>336</sup> Tämä herättää kysymyksen siitä, kuinka tehoton menetelmän oikeastaan pitäisi olla, että se johtaisi kohtuuttomuuteen välittäjän kannalta. Tätä voidaan verrata Scarlet-tapauksen taustalla olleeseen belgialaisen alioikeuden päättelyyn, jonka mukaan ilmeisesti ainoastaan täydellinen mahdottomuus olisi estänyt määräyksen antamisen: ”*Nimetty asiantuntija päätteli lausunnossaan, että lukuisista teknisistä esteistä huolimatta sähköisten tiedostojen suodatus ja niiden laittoman vaihdon estäminen ei ollut täysin mahdotonta toteuttaa.*”<sup>337</sup> Tällainen mustavalkoinen tarkastelutapa on hylättävä, ja EU-tuomioistuin totesikin, että välittäjiin kohdistuvien toimenpiteiden on oltava enforcement-direktiivin mukaisesti oikeudenmukaisia, oikeasuhtaisia eikä liian kalliita.<sup>338</sup>

Lopuksi estomääräyksen kohdistamisesta voidaan todeta, että estojen tehokkuuden maksimoimiseksi ongelmiin tulisi ensisijaisesti reagoida niiden lähteellä. Tämä olisi sekä tarkoituksenmukaista että komission IPR-strategian mukaista.<sup>339</sup> Vaatimuksia on kohdistettu ja hyväksytty käyttäjään välittäjiin kohdistuen.<sup>340</sup> UPC Telekabel Wien -ennakkoratkaisupyynnön ensimmäinen kysymys koskee mahdollisuutta kohdistaa estoja nimenomaan käyttäjään välittäjiin. Huomionarvoista myös on, että tietoyhteiskuntadirektiivin (2001/29/EY) 8.2 artikla ei edellytä oikeus-suojakeinojen tarjoamista muiden jäsenvaltioiden alueella suoritettujen loukkaavien toimien kotimaassa tapahtuvien seurausten torjumiseksi. Joka tapauksessa estomääräystä arvioitaessa punninta-asetelmassa huomiota kannattaisi kiinnittää ainakin välittäjien toimintamahdollisuuksiin, lähteellä

<sup>334</sup> *IViR* 2012; *TorrentFreak* 2012. Laajemmin ks. *Savola* 2013a s. 106–114, 187–192, erit. s. 106, 113.

<sup>335</sup> *HelHO* 15.6.2012 (S 11/3097), s. 14–15, 20–21.

<sup>336</sup> *HelKO* 11.6.2012 (H 11/48307), s. 59–60; *HelKO* 11.6.2012 (H 11/51554), s. 84.

<sup>337</sup> *EUT* 24.11.2011, *Scarlet v SABAM* (C-70/10), 22 kohta.

<sup>338</sup> *EUT* 24.11.2011, *Scarlet v SABAM* (C-70/10), 17–23, 36 kohta; *Kulk – Borgesius* 2012.

<sup>339</sup> *KOM*(2011) 287 lopullinen.

<sup>340</sup> Välittäjiin kohdistamisesta yleisemmin ks. *EYT* 19.2.2009, *LSG v Tele2* (C-557/07), 30, 42–46 kohta. Kohdistettavuus myös käyttäjään vastaa komission kantaa, ks. *KOM*(2010) 779 lopullinen, s. 6. Syynä nimenomaan käyttäjään välittäjiin kohdistamiseen on voinut olla se, että loukkauksen lähde ei ole välittömästi saatu sammutettua tai kansalliset oikeudenhaltijajärjestöt ovat halunneet käyttää kansallisia oikeusturvakeinoja.



ratkaisemisen ensisijaisuuteen ja välittäjän etäisyyteen loukkaajasta.<sup>341</sup>

*D. Kohtuullisuuden kokonaisarviointi.* Keskeyttämismääräys voidaan antaa ainoastaan, jollei sitä voida pitää kohtuuttomana eri osapuolille. Perustuslakivaliokunta totesi määräyksen edellyttävän, että se on valtiösääntöoikeudellisen oikeasuhtaisuusvaatimuksen mukainen.<sup>342</sup> Tietoyhteiskuntadirektiivin 59 perustelukappaleen mukaisesti välittäjiin kohdistuvien määräysten edellytykset ja yksityiskohtaiset säännöt jäävät kunkin jäsenvaltion päätettäväksi. Oikeussuojakeinojen olisi tietoyhteiskuntadirektiivin 8.1 artiklan mukaisesti oltava tehokkaita, oikeasuhtaisia ja vakuuttavia, mutta direktiivistä ei ole luettavissa, millä tavoin kohtuullisuuskynnys tulisi asettaa. Norrgård on hahmottanut kansalliselle tuomioistuimille kaksi vastakkaista ideologiaa, jotka ovat molemmat sinänsä perusteltavissa: vahvan ja heikon suojauksen. Kumpikin ääripää johtaa kuitenkin ongelmallisiin seurauksiin, ja tuomioistuimen tulisi tasapainotellen luovia molempien karikoiden läpi. Hän esittää tasapainomallin, jossa hyödynnetään enforcement-direktiivin 3 artiklan periaatteita, perusoikeuksia, kontekstikohtaista harkintaa ja oikeusvertailua.<sup>343</sup> Enforcement-direktiivin soveltamiskontekstista on erityisesti huomattava, että direktiivi on kohdistettu hyvin erityyppisiin loukkaustapauksiin, ja esimerkiksi kilpailevien yritysten väliset ja kaupalliset tuoteväarennukset voivat edellyttää erilaista tulkintaa.<sup>344</sup>

Konkretisoinnissa välittäjien ja käyttäjien näkökulmasta kohtuuttomuudessa huomioitavia seikkoja Pihlajarinteen jaottelua mukaillen ja laajentaen seuraavasti:<sup>345</sup>

1. estämisen tarkoitus ja kohdistaminen oikeaan loukkaajaan,
2. tehokkuus eli eston soveltuvuus käyttötarkoitukseen,
3. estojen vaikutus käyttäjiin ja kolmannen viestintämahdollisuuksiin,
4. toissijaisuusperiaate eli vaihtoehtoiset toimenpiteet ja
5. toteuttamiskustannukset ja muut keskeyttämismääräyksestä aiheutuvat haitat.

Ensimmäisessä on kyse keskeyttämismääräyksen perusteesta eli siitä, kuka saattaa aineistoa yleisön saataville ja mikä on keskeyttämismääräyksen tosiasiallinen tarkoitus: sivuston vai latauksen tai jakamisen estäminen. Toisessa on kysymys harkinnassa olevien keinojen tehokkuudesta ja kierrettävyydestä

<sup>341</sup> *Savola* 2013a s. 147–148, 192–198; *Pihlajarinne* 2012b s. 58–61, 146–148.

<sup>342</sup> PeVL 15/2006 vp s. 2.

<sup>343</sup> Sittenmin EU-tuomioistuin käsitteli kolmea ensimmäistä periaatetta todeten, että välittäjiin kohdistuvien toimenpiteiden on oltava enforcement-direktiivin 3 artiklan mukaisesti oikeudenmukaisia ja oikeasuhtaisia, eivätkä ne saa olla liian kalliita (EUT 24.11.2011, *Scarlet v SABAM* (C-70/10), 36 kohta).

<sup>344</sup> *Norrgård* 2012b; *Norrgård* 2005 s. 511–514.

<sup>345</sup> *Pihlajarinne* 2012b s. 58–61, 146–148.

ja ennen kaikkea siitä, saavutetaanko estoilla käytännössä tavoiteltua lopputulosta.<sup>346</sup> Kolmannessa keskeyttämismääräyksen kohtuullisuutta ja vaikutusta viestintämahdollisuuksiin tulee punnita käyttäjien näkökulmasta ja arvioida kolmannen viestintämahdollisuuksien vaarantamista. Neljäs viittaa vaihtoehtoisiin lainsäädännöllisiin tai lainkäyttöllisiin toimenpiteisiin kotimaassa tai ulkomailla, jolla on painoarvoa erityisesti silloin, kun lähdepäässä voitaisiin toteuttaa tehokkaita estoja. Viidenneksi kokonaiskustannuksilla on merkittävä vaikutus siihen, missä määrin välittäjän voidaan edellyttää edistävän oikeudenhaltijoiden intressejä. Muilla haitoilla tarkoitetaan esimerkiksi teknisen verkkoinfrastruktuurin käytettävyyden heikkenemistä tai vika-alttiuden kasvua, käyttäjien tyytymättömyyttä tai kilpailuasetelman heikkenemistä, mikäli keskeyttämismääräyksiä ei ole annettu kilpailijayrityksille.

Pohdittaessa onko keskeyttämismääräys loukkaajan kannalta kohtuullinen, tulee esille samoja näkökohtia kuin arvioitaessa asiaa välittäjän näkökulmasta. Erityisesti kuulemisvelvollisuuden mahdollisimman laaja käyttö, tuomioistuimen tutkimisvelvollisuus loukkauksen objektiivisten edellytysten täyttymisestä ja estojen laajuuden oikeasuhtaisuus ovat näistä keskeisimpiä. Lisäksi kun loukkaajiksi voidaan hahmottaa tosiasiaassa useita tahoja (esimerkiksi lataaja, jakaja, linkin asettaja tai ylläpitäjä), väitetyn loukkaajan näkökulmasta olisi kohtuullista, että toimenpiteet kohdistuisivat keskeisimpiin loukkaajiin. Varsinkin silloin, kun väitetyn loukkaajan asema loukkaukokonaisuudessa on vähäinen, voisi olla kohtuutonta joutua ”silmätikuksi”, vaikka siviili- tai rikosoikeudellinen vastuu oikeudenloukkauksesta periaatteessa olisikin mahdollinen.

Oikeudenhaltijoiden näkökulmasta kohtuuttomuuskysymys näyttäytyy luonnollisesti toisessa valossa. Tekijänoikeuden ansaitsemasta painoarvosta perusoikeuspunninnassa on esitetty erilaisia näkemyksiä, joihin en voi tässä ottaa kantaa muuten kuin toteamalla, ettei tekijänoikeus ole absoluuttinen ja sitä on punnittava suhteessa muihin oikeuksiin.<sup>347</sup> Kohtuuttomuuden voisi pelkistää oikeudenhaltijalle aiheutuvien taloudellisten tappioiden määrään. Tällä argumentilla on kuitenkin painoarvoa vain, jos keskeyttämismääräyksen antaminen poistaisi tai merkittävästi vähentäisi tappioita. Näin ollen tästäkin näkökulmasta päädytään siihen, että keskeyttämismääräyksen tulisi olla ainakin jossain määrin tehokas, koska muussa tapauksessa se redusoituisi sinänsä tarpeettomaksi jo asiasta tietoisten käyttäjien valistamisyhteyksiä<sup>348</sup> tai oikeuspoliittisen valtapelin välineeksi.<sup>349</sup>

<sup>346</sup> Suhteellisuustestin soveltuvuusvaatimuksesta ks. alaviite 317. Oma näkemykseni muun muassa hakukoneista ja välityspalvelimista johtuen on, että nykyisellään käyttäjäpään välittäjiin kohdistuvat estot ovat tehottomia ja näin ollen hyödyttömiä.

<sup>347</sup> Ks. alaviite 111.

<sup>348</sup> *Pihlajarinne* 2012b s. 135–136.

<sup>349</sup> Laajemmin ks. *Savola* 2013a s. 206–209; *Savola* 2013c erit. s. 51, 62–63.

*E. Kokoavia perusoikeushuomioita.* Välittäjän kannalta perusoikeusarvioinnissa keskeisimmäksi seikaksi muodostuu arvio estojen tehokkuudesta ja sen painoarvon punninnasta. Hahmottelisin estomääräyksen kohtuuttomuuskynnystä seuraavasti. Jos estot olisivat hyvin tehokkaita ja oikeudenhaltijoiden tappiot estojen johdosta vähenisivät olennaisesti, tulisi välittäjälle aiheutuvan toimintavapauden rajoituksen, kustannuksen tai haitan olla yhtä lailla merkittävä, jotta esto olisi välittäjälle kohtuuton. Jos estot olisivat tehottomia tai niiden tehokkuudesta ei olisi selvyyttä, muodostuisivat ne kustannuksia aiheuttavina ja toimintavapautta rajoittavina helpommin kohtuuttomiksi välittäjän kannalta, etenkin mikäli vaihtoehtoisia keinoja reagoimiseen on olemassa. Ongelma korostuu, koska oikeudenhaltija ei joudu korvaamaan estomääräyksen täytäntöönpanosta tai oikeudenkäynnistä johtuvia kustannuksia välittäjälle kuin poikkeuksellisesti. Tämä on poikkeus velvoitteita asetettaessa ilmenneestä yleisestä pääsäännöstä, jonka mukaan vähintäänkin välittömät kustannukset on korvattava, eikä kyse ole ongelmattomasti myöskään toiminnan asianmukaisesta ja välttämättömästä sääntelystä. Tämä malli siirtää oikeudenhaltijan liiketoimintariskiä välittäjän vastattavaksi, mikä aiheuttaa epätervettä keinottelua ja on haitaksi välittäjän elinkeinovapaudelle ja omaisuudensuojalle. Korvauksettomana ja yksityisten välisenä intressikonfliktina enforcement-direktiivin 3 artiklaa tulisi tulkita niin, että estomääräykseltä edellytettäisiin välittäjälle aiheutuneiden kustannusten ja haittojen tasapainottamiseksi estomääräyksen tehokkuutta ja huomattavaa oikeudenhaltijoiden tappioita vähentävää vaikutusta. Edellä todetusti pidän suomalaisia estomääräyksiä varsin tehottomina ja näin ollen välittäjän kannalta kohtuuttomina.

*F. Ehdotus kielto määräyksen laajentamiseksi.* Tekijänoikeustoimikunta on ehdottanut TekL 56 g §:n soveltamisalaa laajennettavaksi siten, että sen perusteella välittäjiinkin olisi mahdollista kohdistaa lopullisia kielto määräyksiä.<sup>350</sup> Ehdotuksen keskeisimpiä vaikutuksia olisivat pääasiakannekytköksen poistuminen, välittäjän ehdoton vastuu kaikista omista kuluista ja kolmannen viestintämahdollisuuksien vaarantaminen -kriteerin poistuminen. Säännösehdotuksesta tehtiin yleisluontoinen, tosin ns. perusteluilla säääten kysymyksiä käsiteltiin kohtalaisen kattavasti. Lausunnoissa asian jatkovalmisteluun nostettiin lukuisia kysymyksiä muun muassa perusoikeuksista, teknisestä toimivuudesta, prosessuaalisista säännöksistä, prosessista ja eston täytäntöönpanosta aiheutuvista kuluista ja niiden jakautumisesta. Useissa lausunnoissa etenkin katsottiin, että hakijan tulee olla vähintään yhteisvastuullinen täytäntöönpano- ja oikeudenkäyntikuluista.<sup>351</sup>

<sup>350</sup> OKM 2012a s. 53–69, vrt. eriyvä mielipide s. 119–127. Ks. kommentaari *Pihlajarinne* 2012b s. 130–148.

<sup>351</sup> OKM 2012b s. 1, 5–15. Ehdotus oli kesäkuussa 2013 tietävästi jäissä.

#### 4.4.3 Verkkoviestin jakelun keskeyttämismääräys

SananvapL 18 §:n mukaan tuomioistuin voi määrätä lähettimen, palvelimen tai muun sellaisen laitteen ylläpitäjän keskeyttämään julkaistun verkkoviestin jakelun, jos viestin sisällön perusteella on ilmeistä, että sen pitäminen yleisön saatavilla on säädetty rangaistavaksi. Soveltamisalaa rajaa muun muassa se, mikä katsotaan verkkoviestiksi ja se, mikä on ”palvelin tai muu sellainen laite”. Hallituksen esityksen mukaan verkkoviesti on ymmärrettävä suppeimmassa mahdollisessa merkityksessä ja se olisi rajoitettava koskemaan vain verkkoviestin sitä osaa, johon määräys on sen tavoitteiden saavuttamiseksi teknisesti välttämätöntä kohdistaa.<sup>352</sup> Toisaalta perustuslakivaliokunta katsoi soveltamisalan olevan lähtökohtaisesti laaja siten, että selvästi rikolliset verkkoviestit voidaan määrätä poistettavaksi korostaen kuitenkin tuomioistuimen suhteellisuusharkintaa.<sup>353</sup> Joka tapauksessa keskeyttämismääräyksen antamiskynnys on asetettu varsin korkeaksi. Laitteella tarkoitettaneen lähinnä sitä palvelinta, jolle viesti on tallennettu ja josta se saatetaan yleisön saataville.<sup>354</sup>

Fin-tv.com-tapauksessa käräjäoikeus hylkäsi Internet-operaattoreihin kohdistuneen vaatimuksen ulkomailla sijaitsevan palvelun estämiseksi.<sup>355</sup> Internet-sivustolla väitettiin jaettavan mm. suomalaisia elokuvia ilman tekijänoikeuksien haltijoiden lupaa. Käräjäoikeus katsoi muun ohella, että 1) teknisillä välittäjillä ei ole vaikutusmahdollisuuksia kyseiseen ulkomailla sijaitsevaan palveluun, 2) ne eivät ole ”lähettimen, palvelimen tai muun sellaisen laitteen ylläpitäjiä”, 3) teknisiin välittäjiin kohdistuu vastuuvapaus, 4) teknisten välittäjien käytettävissä olevat menetelmät ulkomaisen sivuston estämiseksi ovat käytännössä tehottomia ja 5) vaatimuksessa ei ollut riittävästi yksilöity, minkä verkkoviestien jakelua pyydettiin keskeytettäväksi.<sup>356</sup> Tiiviit perustelut olivat muuten asianmukaisia, mutta kolmas osaperustelu on hylättävä, koska keskeyttämismääräykset ovat nimenomaisesti mahdollisia (SähköKL 19 §).<sup>357</sup>

Esitöissä on asetettu korkeahko puuttumiskynnys ja rajattu määräyksen kohde mahdollisimman suppeaksi. Tämä onkin perusteltua, kun huomioidaan sananvapauden lähtökohta ja teknisesti laajasta estosta kolmansille aiheutuvat ongelmat. Säännös soveltuu vain ongelman lähteellä, eikä se kuormita Internet-yhteystarjoajia, ja tästä syystä sillä ei käytännössä voi saada suojaa ulkomailla tapahtuvan loukkauksen Suomessa koettuihin

<sup>352</sup> HE 54/2002 vp s. 78–79.

<sup>353</sup> PeVM 14/2002 vp s. 7.

<sup>354</sup> *Innanen – Saarimäki* 2012 s. 334–337, 339–340; *Pihlajarinne* 2012b s. 127–128.

<sup>355</sup> HelKO 29.4.2011 (R 11/3075); *Pihlajarinne* 2012b s. 127–128.

<sup>356</sup> HelKO 29.4.2011 (R 11/3075), s. 2, 4.

<sup>357</sup> Vastaavasti *Pihlajarinne* 2012b s. 127–129.

seurauksiin. En kuitenkaan pidä tätä ongelmallisena, sillä säännöksessä on löydetty kohtuullinen tasapaino eri perusoikeuksien välillä, vaikka esimerkiksi täytäntöönpanokulujen korvaamisesta olisikin voinut säätää nimenomaisesti.

## 5 LOPUKSI

Tutkimuskysymykseksi asetin: *Mikä on Internet-operaattoreiden rooli perusoikeuksien toteutumisessa ja miten Internet-operaattoreiden perusoikeudet huomioidaan?* Kysymyksen ensimmäistä osaa selvitin luvussa 3. Operaattorin rooli on erittäin keskeinen osallistumista mahdollistavassa ja perusoikeuksia rajoittavassa mielessä. Ensimmäisessä merkityksessä operaattori toimii monilta osin julkisen vallan työvälineenä, edistäen muun muassa sananvapauden, poliittisen osallistamisen, tosiasiallisen tasa-arvon, sivistyksellisten ja sosiaalisten oikeuksien toteutumista. Jälkimmäisessä merkityksessä operaattoria pyritään hyödyntämään etenkin tunnistamistietojen tallennuksen ja luovuttamisen avulla yksityisten välisissä konflikteissa sekä jossain määrin kyseenalaisesti turvallisuuden ja yleisen edun nimissä. Tästä näkökulmasta on myös havaittavissa liian vähäiselle perusoikeusarvioinnille jääneitä ongelmallisia säännöksiä (erityisesti PolL 36.2 §) sekä käyttäjän oikeusturvan kannalta ongelmallisia prosessiasetelmia ja kyseenalaisia soveltamiskäytäntöjä (TekL 60 a §).

Kysymyksen toista osaa selvitin luvussa 4. Operaattorin perusoikeuksia on arvioitu varsin suppeasti muuten kuin VML:n mukaisten, lähinnä omaisuudensuojaa koskevien velvoitteiden osalta. Nähdäkseni lainsäädännössä olisikin aihetta tarkastella erityisesti muiden lakien yhteydessä velvoitteiden asettamista laajemmin, eikä vain objektiiviseen verannollisella tavalla. VML:n ja SVTsL:n osalta huomiota tulisi kiinnittää elinkeinovapauden näkökulmasta erityisesti toiminnan asialliseen sääntelyyn ja sen välttämättömyyteen, määräystenantovaltuuksiin ja yleisemminkin sääntelymalliin. Esitöissä käsittelemättä jääneet perusoikeuskysymykset ovat osin konkretisoituneet soveltamistilanteissa, ja esimerkiksi tekijänoikeudellisten keskeyttämismääräysten antamisen yhteydessä oikeuskysymys palautui viime kädessä valtiosääntöiseen oikeasuhtaisuusperiaatteeseen ja kohtuullisuuteen operaattorin näkökulmasta. Harmillista mielestäni kuitenkin on, että tämä aspekti ei ole lainkäyttötilanteessa saanut osakseen sen ansaitsemaa riittävän syvällistä ja analyttistä käsittelyä.

Yleisesti ottaen VML:n ja SVTsL:n sääntely huomioi operaattorin omaisuudensuojan kohtalaisen hyvin, mutta sääntelytarkkuus herättää

elinkeinovapauteen ja osin oikeusturvaan ja PL 80 §:ään liittyviä kysymyksiä. Muiden lakien säännöksissä on enemmänkin toivomisen varaa, ja esimerkiksi tunnistamistietojen luovuttamisesta yksityiselle operaattori saa korvauksen, mutta viranomaisluovutuksista ei. Suurempi ongelma kuitenkin on, että käyttäjällä ei ole käytännössä lainkaan oikeusturva-keinoja ja luovutukset voivat tapahtua hyvin matalin kriteerein, mikä on selkeä epäkohta verrattuna telepakkokeinosääntelyyn. Estomenettelyissä operaattori joutuu usein käytännössä vastaamaan itse kustannuksista, mitä voidaan pitää epäsuhtaisena, sillä eston toteuttaminen useimmiten edistää sitä vaatineen yksityisiä intressejä. Estomääräyksen kohdetta ei myöskään välttämättä kuulla prosessissa lainkaan.

Olen artikkelini kaikissa vaiheissa pyrkinyt tarkastelemaan kriittisesti lainopin lähtökohtia ja perusoikeusteoriaa sekä problematisoimaan havaitsemiani perusoikeusherkkiä asetelmia. Toivon mukaan jotkin niistä antavat aihetta lähemmille tutkimuksille tai käytäntöjen kriittiselle arvioinnille.

## LÄHTEET

## Kirjallisuus

- Aarnio, Aulis*: Laintulkinnan teoria. WSOY. 1989.
- Aguiar, Luis – Martens, Bertin*: Digital Music Consumption on the Internet: Evidence from Clickstream Data. European Commission Joint Research Center Technical Reports. Institute for Prospective Technological Studies. Digital Economy Working Paper 2013/04.
- Anjali, Anchayil – Mattamana, Arun*: Intermediary Liability and Child Pornography: A Comparative Analysis. *Journal of Commercial Law and Technology*. Vol 5. Issue 1. 2010, s. 48–57.
- Baker, Edwin C.*: Media Concentration and Democracy. Why Ownership Matters. Communication, Society, and Politics. 2007.
- Benkler, Yonchai*: The Wealth of Networks. How Social Production Transforms Markets and Freedom. Yale University Press. 2006.
- Bonadio, Enrico*: File Sharing, Copyright and Freedom of Expression. *European Intellectual Property Review*. Vol 33. No 10. 2011, s. 619–631.
- Clayton, Richard*: Online traceability: who did that? Technical expert report on collecting robust evidence of copyright infringement through peer-to-peer filesharing. *Consumer Focus* (26.7.2012).
- van Dijk, Jan*: The Network Society. 3rd Edition. SAGE Publications. 2012.
- Frabboni, Maria Mercedes*: File-Sharing and the Role of Intermediaries in the Marketplace: National, European Union and International Developments. Teoksessa Stamatoudi, Irini A. (ed.): Copyright enforcement and the Internet. Kluwer Law International. 2010, s. 119–146.
- Froomkin, Michael A.*: The Death of Privacy? *Stanford Law Review*. Vol 52. Issue 5. 2000, s. 1461–1544.
- Geiger, Christophe*: The Constitutional Dimension of Intellectual Property. Teoksessa Torremans, Paul L.C. (ed.): Intellectual Property and Human Rights. Enhanced Edition of Copyright and Human Rights. Kluwer Law International. 2008, s. 101–131.
- Geiger, Christophe*: Copyright's fundamental rights dimension at EU level. Teoksessa Derclaye, Estelle (ed.): Research Handbook on the Future of EU Copyright. Research Handbooks in Intellectual Property. Edward Elgar Publishing. 2009, s. 27–48.
- Habermas, Jürgen*: Three Normative Models of Democracy. Teoksessa Benhabib, Seyla (ed.): Democracy and Difference. Princeton University Press. 1996, s. 22–30.
- Harenko, Kristiina – Niiranen, Valteri – Tarkela, Pekka*: Tekijänoikeus. Kommentaari ja käsikirja. WSOYpro. 2006.
- Hautamäki, Veli-Pekka*: Asetusehdotusten ja asetusten perustuslainmukaisuus. *Lakimies* 4/2007, s. 499–520.
- Hautamäki, Veli-Pekka*: Asetuksenantovaltuus ja asetuksenanto. *Lakimies* 2/2010, s. 210–220.
- Heinonen, Tuuli*: Valtiosääntöoikeus ja oikeuslähdeoppi. Teoksessa Heinonen, Tuuli – Lavapuro, Juha (toim.): Oikeuskulttuurin eurooppalaistuminen. Ihmisoikeuksien murroksesta kansainväliseen vuorovaikutukseen. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja. E-sarja N:o 23. 2012, s. 179–200, 2012a.

- Heinonen, Tuuli*: Konstitutionaalinen konflikti Suomessa. Teoksessa Heinonen, Tuuli – Lavapuro, Juha (toim.): Oikeuskulttuurin eurooppalaistuminen. Ihmisoikeuksien murroksesta kansainväliseen vuorovaikutukseen. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja. E-sarja N:o 23. 2012, s. 201–240, 2012b.
- Helin, Markku*: Perusoikeuksilla argumentoinnista. Teoksessa Iire, Tero (toim.): Varallisuus, vakuudet ja velkojat. Juhlajulkaisu Jarmo Tuomisto 1952–9/6–2012. Juhlajulkaisut. Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja. A-sarja N:o 24. 2012, s. 11–30.
- Helminen, Klaus – Fredman, Markku – Kanerva, Janne – Tolvanen, Matti – Viitanen, Marko*: Esitutkinta ja pakkokeinot. Uudistettu laitos. Talentum. 2012.
- Helopuro, Sanna – Perttula, Juha – Ristola, Juhapekka*: Sähköisen viestinnän tietosuojat. 2. uud. p. Talentum. 2009.
- Hidén, Mikael*: Perusoikeuksien yleiset opit – muuttuvaa ja muuttumatonta. Lakimies 5–6/1996, s. 753–769.
- Hidén, Mikael*: ”Normaali, kohtuullinen, järkevä” ja muita kuvauksia. Hajahuomioita suhtautumisista perusoikeussuojan rajanvetokriteereihin. Lakimies 7–8/2002, s. 1168–1184.
- Hindman, Matthew*: The Myth of Digital Democracy. Princeton University Press. 2009.
- Hoikka, Mikko*: Sananvapaus Euroopan unionin oikeudessa. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja. A-sarja N:o 289. 2009.
- Hopkins, Andrew T.*: Right to Be Online: Europe’s Recognition of Due Process and Proportionality Requirements in Cases of Individual Internet Disconnections. Columbia Journal of European Law. Vol 17. Issue 3. 2011, s. 557–600.
- Huovinen, Sakari*: Yhteissäätely ja itsensäätely – julkisen vallan tehtäviä muuttavat säätelykeinot. Lakimies 7–8/2006, s. 1206–1224.
- Huovinen, Sakari*: Matkalla sananvapauden yhteiskäyttöiseen ulottuvuuteen. Lakimies 2/2010, s. 143–159.
- Husa, Jaakko*: Non liquet? Vallanjako, perusoikeudet, systematisointi – oikeuden ja politiikan välisiä rajankäyntejä. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja. A-sarja N:o 254. 2004.
- Häyhtiö, Tapio*: Demokratiaa vai toimintaa? Näkökulmia kansalähtöisen verkkopolitiikan teoriaan ja käytäntöön. Poliitiikan tutkimuksen laitos. Tampereen yliopisto. 2010.
- Innanen, Antti – Saarimäki, Jarkko*: Internetioikeus. 2. uud. p. Edita. 2012.
- Jyränki, Antero – Husa, Jaakko*: Valtiosääntöoikeus. Lakimiesliiton kustannus. 2012.
- Jääskinen, Niilo*: Demokratia vai perusoikeudet? Teoksessa Juhlakirja Pekka Hallberg 1944–12/6–2004. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja. C-sarja N:o 35. 2004, s. 101–118.
- Kangas, Urpo*: Minun metodini. Teoksessa Häyhä, Juha (toim.): Minun metodini. WSLT. 1997, s. 90–109.
- Karaganis, Joe – Renkema, Lennart*: Copy Culture in the US & Germany. The American Assembly. Columbia University. 2013.
- Karapuu, Heikki – Lavapuro, Juha*: Oikeus työhön ja elinkeinovapaus (PL 18 §). Teoksessa Hallberg, Pekka ym.: Perusoikeudet. Oikeuden perusteokset. WSOYpro. 2011, s. 671–710.
- Karhu, Juha*: Tekijänoikeus ja omaisuudensuoja. Teoksessa Aarto, Markus – Vartiainen, Markku (toim.): Oikeus kansainvälisessä maailmassa. Ilkka Saraviidan juhkakirja. Edita. 2008, s. 441–465.



- Karhula, Päivikki* (toim.): Paratiisi vai panoptikon? Näkökulmia ubiikkiyhteiskuntaan. Eduskunnan kirjasto. 2008.
- Karppinen, Kari*: Väitteitä Internetistä ja viestinnän moniarvoisuudesta. Teoksessa Oikeutta ja Poliittikka. Viestintäoikeuden vuosikirja 2009. Helsingin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja. 2010, s. 131–148.
- Kemppinen, Heikki*: Uusi tekijänoikeus? Näkemyksiä tekijänoikeuden suhteesta perus- ja ihmisoikeuksiin. Pro gradu -tutkielma. Välttösääntöoikeus. Oikeustieteellinen tiedekunta. Helsingin yliopisto. 2011.
- Keskinen, Auli* (toim.): Teledemokratia – tietoverkot ja yhteiskunta. Painatuskeskus. 1995.
- Kortteinen, Juhani*: Sananvapaus ihmisoikeutena. Teoksessa Nordenstreng, Kaarle (toim.), Sananvapaus. WSOY. 1996.
- Koulu, Riikka*: Jokakodin laajakaista – pääsy internetiin perusoikeutena. Lakimies 2/2012, s. 280–302.
- Kulk, Stefan – Borgesius, Frederik*: Filtering for Copyright Enforcement in Europe after the Sabam cases. European Intellectual Property Review. Vol 34. Issue 11. 2012, s. 791–795.
- Laitinen, Kaisa*: Tilaajayhteyksien käyttöoikeussäätely telemarkkinoilla – teleyrityksen velvollisuus luovuttaa verkko-omaisuuttaan kilpailijoilleen. Pro gradu -tutkielma. Oikeustieteellinen tiedekunta. Helsingin yliopisto. 2007.
- Lappi-Seppälä, Tapio*: Kriminaalipolitiikka – rikosoikeuspolitiikka. Lakimies 8/1998, s.1285–1308.
- La Rue, Frank*: Report of the Special Rapporteur on key trends and challenges to the right of all individuals to seek, receive and impart information and ideas of all kinds through the Internet (16.5.2011). UN Human Rights Council. Seventeenth session. A/HRC/17/27.
- Lavapuro, Juha*: Uusi perustuslakikontrolli. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja. A-sarja N:o 301. 2010.
- Lavapuro, Juha*: Perusoikeusargumentaation kontrolloitavuudesta. Teoksessa Heinonen, Tuuli – Lavapuro, Juha (toim.), Oikeuskulttuurin eurooppalaistuminen. Ihmisoikeuksien murroksesta kansainväliseen vuoro vaikutukseen. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja. E-sarja N:o 23. 2012, s. 143–178.
- Lindstedt, Jukka*: Turvallisuus, kontrollipolitiikka ja laillisuusvalvonta. Lakimies 7–8/2007, s. 1006–1037.
- Lohse, Mikael*: Rikostiedustelu terrorismin torjunnassa. Defensor Legis 2005/6, s. 1187–1200.
- Länsineva, Pekka*: Perusoikeudet ja varallisuussuhteet. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja. A-sarja N:o 235. 2002.
- Länsineva, Pekka*: Perusoikeuskeskustelun kriittiset pisteet? Lakimies 2/2004, s. 274–285.
- Länsineva, Pekka*: Konstitutionalismi, perusoikeudet ja yksityinen valta. Lakimies 7–8/2006, s. 1177–1190.
- Länsineva, Pekka*: Pikaluoitosten sääntely ja perusoikeudet. Lakimies 6/2010, s. 1054–1060.
- Länsineva, Pekka*: Omaisuuden suoja (PL 15 §). Teoksessa Hallberg, Pekka ym.: Perusoikeudet. Oikeuden perusteokset. WSOYpro. 2011, s. 549–604, 2011a.
- Länsineva, Pekka*: Perusoikeusliike. Teoksessa Hyttinen, Tatu – Weckström, Katja (toim.), Turun yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta 50 vuotta. Oikeustieteellinen tiedekunta. Turun yliopisto. 2011, s. 339–355, 2011b.

- Lämsineva, Pekka*: Perus- ja ihmisoikeudet yksityisten välisissä oikeusriidoissa. Defensor Legis 4/2011, s. 456–466.
- Manninen, Sami*: Sananvapaus ja julkisuus (PL 12 §). Teoksessa Hallberg, Pekka ym., Perusoikeudet. Oikeuden perusteokset. WSOYpro. 2011, s. 459–491.
- Marsden, Christopher T.*: Internet Co-Regulation. European Law, Regulatory Governance and Legitimacy in Cyberspace. Cambridge University Press. 2011.
- Melander, Sakari*: Kriminalisointiteoria – rangaistavaksi säättämisen oikeudelliset rajoitukset. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja. A-sarja N:o 288. 2008.
- Mylly, Tuomas*: Tekijänoikeuden ideologiat ja myytit. Lakimies 2/2004, s. 228–254.
- Mylly, Tuomas*: Intellectual Property and Fundamental Rights: Do They Interoperate? Teoksessa Bruun, Niklas (toim.), Intellectual Property beyond Rights. WSOY. 2005, s. 185–229.
- Mylly, Tuomas*: Intellectual Property and European Economic Constitutional Law – The Trouble with Private Information Power. Publications of IPR University Center 4. 2009.
- Määttä, Kalle*: Elinkeinotoiminnan sääntelystä Suomessa. Edilex asiantuntijakirjoitukset. 2011.
- Neuvonen, Riku*: Sananvapauden sääntely Suomessa. Lakimiesliiton kustannus. 2012.
- Niemi, Johanna – de Godzinsky, Virve-Maria*: Oikeusturva telepakkokeinoasioissa. Lakimies 4/2009, s. 555–574.
- Norrgård, Marcus*: The Role Conferred on the National Judge by Directive 2004/48/EC on the Enforcement of Intellectual Property Rights. ERA Forum 4/2005, s. 503–514.
- Norrgård, Marcus*: Blocking Web Sites – Experiences from Finland. Teoksessa Axhamn, Johan (ed.), Copyright in a Borderless Online Environment. Norstedts Juridik. 2012, s. 171–184, 2012a.
- Norrgård, Marcus*: The European Principles of Intellectual Property Enforcement: Harmonisation through Communication? Teoksessa Ohly, Ansgar (ed.), Common Principles of European Intellectual Property Law. Mohr Siebeck. 2012, s. 203–222, 2012b.
- Numminen, Mikko*: Sananvapaus ja internet. Sananvapauden kahden perusfunktion toteutuminen internetissä. Viestintätieteiden pro gradu -tutkielma. Filosofinen tiedekunta. Vaasan yliopisto. 2011.
- OECD*. The Role of Internet Intermediaries in Advancing Public Policy Objectives. Forging Partnerships for Advancing Policy Objectives for the Internet Economy, Part II. DSTI/ICCP(2010)11/FINAL (22.6.2011).
- Ohm, Paul*: The Rise and Fall of Invasive ISP Surveillance. University of Illinois Law Review. Vol 2009. Issue 5, s. 1417–1496.
- Ojanen, Tuomas*: Perus- ja ihmisoikeudet terrorismin vastatoimissa Euroopan unionissa. Lakimies 7–8/2007, s. 1053–1074.
- Ojanen, Tuomas*: Perus- ja ihmisoikeudet – eurooppalaisen konstitutionalismsin Akilleen kantapää? Lakimies 7–8/2009, s. 1106–1124.
- Ojanen, Tuomas*: Perus- ja ihmisoikeudet EU-säädösten toimeenpanolakien säättämässä. Teoksessa Kanninen, Heikki ym. (toim.), Puhuri käy. Muuttuva suomalainen ja eurooppalainen valtiosääntömme. Heikki Karapuu 30.12.1944–15.6.2006. Edita. 2009, s. 129–174.
- Ojanen, Tuomas*: EU-oikeuden perusteita. Uudistettu laitos. Evolutio legis. Edita. 2010.

- Ojanen, Tuomas*: Perusoikeuspluralismi kotimaisessa tuomioistuimessa. *Defensor Legis* 4/2011, s. 442–455.
- Ojanen, Tuomas*: Räppänä raollaan Eurooppaan – Euroopan unionin perusoikeudet Suomen oikeudessa. Teoksessa Heinsonen, Tuuli – Lavapuro, Juha (toim.), *Oikeuskulttuurin eurooppalaistuminen. Ihmisoikeuksien murroksesta kansainväliseen vuorovaikutukseen.* Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja. E-sarja N:o 23. 2012, s. 241–264.
- Ojanen, Tuomas – Scheinin, Martin*: Kansainväliset ihmisoikeussopimukset ja Suomen perusoikeusjärjestelmä. Teoksessa Hallberg, Pekka ym., *Perusoikeudet. Oikeuden perusteokset.* WSOYpro. 2011, s. 171–195, *2011a*.
- Ojanen, Tuomas – Scheinin, Martin*: Suomen valtiosäännön peruseriaatteet (PL 1 §). Teoksessa Hallberg, Pekka ym., *Perusoikeudet. Oikeuden perusteokset.* WSOYpro. 2011, s. 217–226, *2011b*.
- Ojanen, Tuomas – Scheinin, Martin*: Yhdenvertaisuus ja syrjinnän kieltö (PL 6 §). Teoksessa Hallberg, Pekka ym., *Perusoikeudet. Oikeuden perusteokset.* WSOYpro. 2011, s. 227–280, *2011c*.
- Ollila, Riitta*: Freedom of speech and protection of privacy. Edilex asiantuntijakirjoituksia. 2001.
- Ollila, Riitta*: Sananvapaus ja yksityisyyden suoja tietoverkoissa. *Lakimies* 3/2002, s. 430–435.
- Ollila, Riitta*: Perusoikeudet viestintämarkkinoilla. Edilex asiantuntijakirjoituksia. 2003.
- Ollila, Riitta*: Telealan hintasääntely ja hintakatto. Edilex asiantuntijakirjoituksia. 2004.
- Ollila, Riitta*: Turvallisuus ja urkinta. *Lakimies* 5/2005, s. 781–791.
- Paasto, Päivi*: Analyttinen vai perusoikeusrakenteinen varallisuus oikeus? Teoksessa Tammi-Salminen, Eva (toim.), *Omistus, sopimus, vaihdanta – Juhlakirja Leena Kartiolle.* Juhlajulkaisut. Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja. A-sarja N:o 13. 2004, s. 123–144.
- Pakarinen, Auri*: Tapaustutkimuksia lainvalmistelun kehittämisestä ja sääntelyn toimivuudesta. *Dissertations in Social Sciences and Business Studies No 42.* Publications of the University of Eastern Finland. 2012.
- Pellonpää, Matti – Gullans, Monica – Pölönen, Pasi – Tapanila, Antti*: Euroopan ihmisoikeussopimus. 5. uud. p. Talentum. 2012.
- Pihlajarinne, Taina*: Operaattorien estovelvollisuus puntarissa. *IPRinfo* 5/2011.
- Pihlajarinne, Taina*: Nykyaikainen internetviestintä ja tallennuspalvelut – kuka saa vastuuvapauden? Teoksessa Vastaako joku viestistä? Viestintäoikeuden vuosikirja 2011. Helsingin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja. 2012, s. 1–24, *2012a*.
- Pihlajarinne, Taina*: Internetvälittäjä ja tekijänoikeuden loukkaus. *Lakimiesliiton Kustannus.* 2012, *2012b*.
- Päivärinne, Jussi*: Digitaalinen piratismi internetympäristössä – internetvalvonta ja käyttäjien yksityisyyden suoja. Pro gradu -tutkielma. Kauppa-oikeus. Oikeustieteellinen tiedekunta. Turun yliopisto. 2011.
- Päivärinne, Jussi*: IP-osoitteen juridinen luonne ja käyttäjän yhteystietojen selvittäminen tekijänoikeuslain 60 a §:n perusteella. *Defensor Legis* 2/2013, s. 196–215.
- Pöysti, Tuomas*: Verkkoyhteiskunnan viestintäinfrastruktuurin metaoikeudet. Teoksessa Kulla, Heikki ym., *Viestintäoikeus.* WSOY. 2002, s. 35–81.

- Rautiainen, Pauli:* Moninaisuudessaan yhtenäinen Eurooppa: konsensusperiaate ja valtion harkintamarginaalioppi. *Lakimies* 6/2011, s. 1152–1171.
- Richards, Keith M.:* The Dangers of Surveillance. *Harvard Law Review*. 2013, s. 1934–1965.
- Rosas, Allan:* Perus- ja ihmisoikeudet EU-oikeudessa. Teoksessa Hallberg, Pekka ym., *Perusoikeudet. Oikeuden perusteokset*. WSOYpro. 2011, s. 197–213.
- Rosendahl, Riikka:* Perusoikeudet yksityisten välisissä oikeussuhteissa. Teoksessa Kenestä saa kertoa. *Viestintäoikeuden vuosikirja 2004*. Helsingin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisu. 2005, s. 3–27.
- Saarenpää, Ahti:* Oikeusvaltio ja verkkoyhteiskunta. Teoksessa Aarnio, Aulis – Uusitupa, Timo (toim.), *Oikeusvaltio*. Kauppakaari. Lakimiesliiton kustannus. 2002, s. 106–130.
- Saarenpää, Ahti:* Oikeuden valtatie ja arkipäivän perusoikeudet. Teoksessa Aarto, Markus – Vartiainen, Markku (toim.), *Oikeus kansainvälisessä maailmassa*. Ilkka Saraviidan juhla-kirja. Edita. 2008, s. 135–146.
- Salmela, Jukka-Pekka:* Oikeushenkilön perusoikeussuoja. Pro gradu -tutkielma. Valtiosääntöoikeus. Oikeustieteellinen tiedekunta. Turun yliopisto. 2009.
- Saraviita, Ilkka:* Yrittäjyyden perusoikeussuoja. Edilex asiantuntijakirjoituksia. 2001.
- Saraviita, Ilkka:* Suomalainen perusoikeusjärjestelmä. Talentum. 2005.
- Savola, Pekka:* Internet-operaattoreihin kohdistetut tekijänoikeudelliset estomääräykset erityisesti vertaisverkkopalvelun osalta. Tekniikan lisensiaattityö. Aalto-yliopisto. 2013, 2013a.
- Savola, Pekka:* Internet-operaattori perusoikeuksien subjektina ja objektina. Pro gradu -tutkielma. Valtiosääntöoikeus. Oikeustieteellinen tiedekunta. Helsingin yliopisto. 2013, 2013b.
- Savola, Pekka:* Tekijänoikeus Internetissä – suojaamisen keinot ja strategiat. *Oikeus* 1/2013, s. 49–70, 2013c.
- Savola, Pekka:* Tunnistamistietojen luovuttamismääräykset ja telepakkokeinot. Julkaistaneen *Lakimies* 5/2013 -lehdessä.
- Scheinin, Martin:* Punninnasta ja ehdottomista ihmisoikeuksista terrorismia torjuttaessa. Teoksessa Hurri, Samuli (toim.), *Demokraattisen oikeuden ehdot: kritiikki, politiikka, kulttuuri*. Kaarlo Tuorin 60-vuotisjuhlakirja. Episteme. Tutkijaliitto. 2008, s. 196–206.
- Scheinin, Martin:* Taloudellisten, sosiaalisten ja sivistyksellisten oikeuksien suoja terrorismia torjuttaessa. Teoksessa Kanninen, Heikki ym. (toim.), *Puhuri käy. Muuttuva suomalainen ja eurooppalainen valtiosääntömme*. Heikki Karapuu 30.12.1944–15.6.2006. Edita. 2009, s. 507–532.
- Scheinin, Martin:* Perusoikeuskonfliktit. Teoksessa Heinonen, Tuuli – Lavapuro, Juha (toim.), *Oikeuskulttuurin eurooppalaistuminen. Ihmisoikeuksien murroksesta kansainväliseen vuorovaikutukseen*. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisu. E-sarja N:o 23. 2012, s. 125–142.
- Siki, Marika:* Tietoyhteiskunnan tekijänoikeusdirektiivin 8 artiklan menettelysääntöjen täytäntöönpano Suomessa. *Defensor Legis* 2009/1, s. 172–185.
- Siltala, Raimo:* Oikeustieteen tieteenteoria. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisu. A-sarja N:o 234. 2003.
- Siltala, Raimo:* Oikeudellinen tulkintateoria. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisu. A-sarja N:o 261. 2004.

- Stamatouidi, Irini A.*: Data Protection, Secrecy of Communications and Copyright: Conflicts and Convergences – The Example of Promusicae v. Telefonica. Teoksessa Stamatouidi, Irini A. (ed.), Copyright enforcement and the Internet. Kluwer Law International. 2010, s. 199–231.
- Sunstein, Cass R.*: Republic.com 2.0. Princeton University Press. 2009.
- Swartout, Christopher M.*: Toward a Regulatory Model of Internet Intermediary Liability: File-Sharing and Copyright Enforcement. Northwestern Journal of International Law & Business. Vol 31. 2011, s. 499–536.
- Tala, Jyrki*: Katsaus oikeudellisen sääntelyn uusiin muotoihin. Teoksessa Ahonen, Timo (toim.), Oikeussosiologiaa ja kriminologiaa. Juhlajulkaisu Ahti Laitinen 1946–24/4–2006. Juhlajulkaisut. Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja. A-sarja N:o 17. 2006, s. 185–204.
- Timonen, Pekka*: Tutkijan ja tuomarin oikeuslähdeoppi. Oikeuslähdeopin eräiden lähtökohtien tarkastelua. Lakimies 5/1989, s. 666–688.
- Tuori, Kaarlo*: Tuomarivaltio – uhka vai myytti? Lakimies 6/2003, s. 915–943.
- Tuori, Kaarlo*: Perusoikeudet poikkeusoloissa (PL 23 §). Teoksessa Hallberg, Pekka ym., Perusoikeudet. Oikeuden perusteokset. WSOYpro. 2011, s. 821–830, 2011a.
- Tuori, Kaarlo*: Sosiaaliset oikeudet (PL 19 §). Teoksessa Hallberg, Pekka ym., Perusoikeudet. Oikeuden perusteokset. WSOYpro. 2011, s. 711–752, 2011b.
- Tuori, Kaarlo*: Vaali- ja osallistumisoikeudet (PL 14 §). Teoksessa Hallberg, Pekka ym., Perusoikeudet. Oikeuden perusteokset. WSOYpro. 2011, s. 535–547, 2011c.
- Tuori, Kaarlo – Lavapuro, Juha*: Perusoikeuksien ja ihmisoikeuksien turvaamisvelvollisuus (PL 22 §). Teoksessa Hallberg, Pekka ym., Perusoikeudet. Oikeuden perusteokset. WSOYpro. 2011, s. 809–820.
- Van Eecke, Patrick*: Online service providers and liability: A plea for a balanced approach. Common Market Law Review. Vol 48. Issue 5. 2011, s. 1455–1502.
- Viljanen, Veli-Pekka*: Perusoikeuksien rajoitusedellytykset. WSLT. 2001.
- Viljanen, Veli-Pekka*: Onko sananvapaus poliittinen perusoikeus? Teoksessa Kulla, Heikki ym., Viestintäoikeus. WSOY. 2002, s. 85–98.
- Viljanen, Veli-Pekka*: Lainsäädäntövallan delegoimisen rajoista. Teoksessa Juhlakirja Pekka Hallberg 1944–12/6–2004. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja. C-sarja N:o 35. 2004, s. 511–522.
- Viljanen, Veli-Pekka*: Onko eduskunnan asema lainsäädäntövallan käyttäjänä muuttunut? Lakimies 7–8/2005, s. 1050–1064.
- Viljanen, Veli-Pekka*: Perusoikeuksien merkitys lainsäädäntötyössä. Teoksessa Hallberg, Pekka ym., Perusoikeudet. Oikeuden perusteokset. WSOYpro. 2011, s. 833–849, 2011a.
- Viljanen, Veli-Pekka*: Perusoikeuksien rajoittaminen. Teoksessa Hallberg, Pekka ym., Perusoikeudet. Oikeuden perusteokset. WSOYpro. 2011, s. 139–170, 2011b.
- Viljanen, Veli-Pekka*: Perusoikeuksien soveltamisala. Teoksessa Hallberg, Pekka ym., Perusoikeudet. Oikeuden perusteokset. WSOYpro. 2011, s. 89–137, 2011c.
- Vilkkonen, Laura – Piekkala, Henriikka*: Viestintämarkkinalaki. Edita. 2003.
- Voutilainen, Tomi*: Oikeus tietoon. Informaatio-oikeuden perusteet. Edita. 2012.
- Ylä-Anttila, Tuomas*: Julkisuudet, identiteetit ja globaalit solidaarisuudet. Teoksessa Oikeutta vai etiikkaa? Viestintäoikeuden vuosikirja 2008. Helsingin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja. 2009, s. 99–118.

## Muita lähteitä<sup>358</sup>

- Aarnio, Reijo*: Tietosuojavaltutetun toimisto, sähköpostiviestit 3.12.2010.
- Edwards, Lilian*: Role and Responsibility of the Internet Intermediaries in the Field of Copyright. WIPO Studies. – [Http://www.wipo.int/copyright/en/internet\\_intermediaries/](http://www.wipo.int/copyright/en/internet_intermediaries/). 2011.
- EFFI*. Apulaisoikeusasiamiehen päätös Chisugatesta – lakimuutos tarvitaan (12.12.2012). – [Https://www.effi.org/julkaisut/tiedotteet/lehdistotiedote-2012-12-12.html](https://www.effi.org/julkaisut/tiedotteet/lehdistotiedote-2012-12-12.html).
- Elisa*. Elisa asiakaspalvelu. Sopimusehdot. – [Http://www.elisa.fi/asiakaspalvelu/1800/sopimusehdot/](http://www.elisa.fi/asiakaspalvelu/1800/sopimusehdot/). 2011.
- Hammond, Robert G.*: Profit Leak? Pre-Release File Sharing and the Music Industry (last revised 3.4.2013). Working papers series. – [Http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2059356](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2059356).
- IFPI*. Myydyimmät kotimaiset albumit vuonna 2011. – [Http://www.ifpi.fi/tilastot/myydyimmat/2011/](http://www.ifpi.fi/tilastot/myydyimmat/2011/).
- Instituut voor Informatierecht (IViR)*. Filesharing 2©12. Downloaden in Nederland (16.10.2012). CentERdata. – [Http://www.ivir.nl/publicaties/poort/Filesharing\\_2012.pdf](http://www.ivir.nl/publicaties/poort/Filesharing_2012.pdf).
- IRP*. Internetin kymmenen oikeutta ja periaatetta. Internet Rights & Principles Coalition. – [Http://irpcharter.org/campaign/](http://irpcharter.org/campaign/). 2013.
- Järvinen, Peteri*: Näin piraatti kärkehtää. Tietokone 8/2009, s. 42. – [Http://www.tietokone.fi/lehti/tietokone\\_8\\_2009/nain\\_piraatti\\_karahtaa\\_7892](http://www.tietokone.fi/lehti/tietokone_8_2009/nain_piraatti_karahtaa_7892).
- Ofcom*. "Site Blocking" to reduce online copyright infringement – A review of sections 17 and 18 of the Digital Economy Act (27.4.2010). – [Http://stakeholders.ofcom.org.uk/binaries/internet/site-blocking.pdf](http://stakeholders.ofcom.org.uk/binaries/internet/site-blocking.pdf).
- TorrentFreak*. Censoring The Pirate Bay is Useless, Research Shows (13.4.2012). – [Http://torrentfreak.com/censoring-the-pirate-bay-is-useless-research-shows-120413/](http://torrentfreak.com/censoring-the-pirate-bay-is-useless-research-shows-120413/).
- Vousden, Stephen*: Case C-314/12, UPC Telekabel Wien – a proportionate stop to people watching Vicky the Viking on a website? (19.7.2012). – [Http://eulawradar.com/case-c-31412-upc-telekabel-wien-a-proportionate-stop-to-people-watching-vicky-the-viking-on-a-website/](http://eulawradar.com/case-c-31412-upc-telekabel-wien-a-proportionate-stop-to-people-watching-vicky-the-viking-on-a-website/).

## Valtiopäiväasiakirjat

- HE 309/1993 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamisesta.
- HE 57/1994 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle poliisilaiksi ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi.
- HE 1/1998 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle uudeksi Suomen Hallitusmuodoksi.
- HE 194/2001 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi tietoyhteiskunnan palvelujen tarjoamisesta ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi.
- HE 54/2002 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi sananvapauden käyttämisestä joukkoviestinnässä ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi.
- HE 112/2002 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle viestintämarkkinoita koskevan lainsäädännön muuttamisesta.
- HE 125/2003 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle sähköisen viestinnän tietosuojalaiksi ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi.

<sup>358</sup> Kaikissa verkkolähteissä käyty 31.5.2013.

- HE 28/2004 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi tekijänoikeuslain ja rikoslain 49 luvun muuttamisesta.
- HE 266/2004 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi poliisilain muuttamisesta ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi.
- HE 26/2006 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi teollis- ja tekijänoikeuksia koskevan lainsäädännön muuttamisesta.
- HE 99/2006 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi lapsipornografian levittämisen estotoimista.
- HE 150/2006 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi viestintämarkkinalain muuttamisesta.
- HE 158/2007 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi sähköisen viestinnän tietosuojalain muuttamisesta.
- HE 48/2008 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle sähköisen viestinnän tietosuojalain ja eräiden siihen liittyvien lakien muuttamisesta.
- HE 223/2008 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi viestintämarkkinalain sekä radiotaajuuksista ja telelaitteista annetun lain muuttamisesta.
- HE 13/2010 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi viestintämarkkinalain 134 §:n muuttamisesta annetun lain voimaantulosäännöksen muuttamisesta, viestintämarkkinalain 134 §:n ja televisio- ja radiotoiminnasta annetun lain muuttamiseksi.
- HE 222/2010 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle esitutkinta- ja pakkokeinolainsäädännön uudistamiseksi.
- HE 224/2010 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle poliisilaiksi ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi.
- HE 235/2010 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi tekijänoikeuslain 60 a §:n ja sähköisen viestinnän tietosuojalain muuttamisesta (rauennut).
- HE 238/2010 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi viestintämarkkinalain, radiotaajuuksista ja telelaitteista annetun lain, sähköisen viestinnän tietosuojalain ja eräiden markkinaoikeudellisten asioiden käsittelystä annetun lain muuttamisesta.
- LaVL 5/2005 vp. Hallituksen esitys laeiksi tekijänoikeuslain ja rikoslain 49 luvun muuttamisesta (HE 28/2004 vp).
- LiVM 6/2008 vp. Hallituksen esitys laiksi sähköisen viestinnän tietosuojalain muuttamisesta (HE 158/2007 vp).
- LiVM 3/2009 vp. Hallituksen esitys laeiksi viestintämarkkinalain sekä radiotaajuuksista ja telelaitteista annetun lain muuttamisesta (HE 223/2008 vp).
- LiVM 21/2010 vp. Hallituksen esitys laeiksi viestintämarkkinalain, radiotaajuuksista ja telelaitteista annetun lain, sähköisen viestinnän tietosuojalain ja eräiden markkinaoikeudellisten asioiden käsittelystä annetun lain muuttamisesta (HE 238/2010 vp).
- PeVL 2/1990 vp. Hallituksen esitys ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojaamiseksi tehdyn yleissopimuksen ja siihen liittyvien lisäpöytäkirjojen eräiden määräysten hyväksymisestä (HE 22/1990 vp).
- PeVM 25/1994 vp. Hallituksen esitys perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamisesta (HE 309/1993 vp).
- PeVL 12/1996 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi sijoituspalveluyrityksistä ja siihen liittyväksi lainsäädännöksi (HE 7/1996 vp).
- PeVL 45/1996 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle eläkelaitosten vakavaraisuussäännösten uudistamisesta (HE 241/1996 vp).

- PeVL 7/1997 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi pakkokeinolain 5 a ja 6 luvun muuttamisesta (HE 20/1997 vp).
- PeVL 23/1997 vp. Hallituksen esitys oikeudenkäyttöä, viranomaisia ja yleistä järjestystä vastaan kohdistuvia rikoksia sekä seksuaalirikoksia koskevien säännösten uudistamiseksi (HE 6/1997 vp).
- PeVL 30/1997 vp. Hallituksen esitys rahanpesun estämistä ja selvittämistä koskevaksi lainsäädännöksi (HE 158/1997 vp).
- PeVL 31/1997 vp. Hallituksen esitys laiksi toimeentulotuesta sekä laiksi sosiaalihuoltolain ja -asetuksen eräiden säännösten kumoamisesta (HE 217/1997 vp).
- PeVM 10/1998 vp. Hallituksen esitys uudeksi Suomen Hallitusmuodoksi (HE 1/1998 vp).
- PeVL 19/1998 vp. Hallituksen esitys televisio- ja radiotoimintaa koskevaksi lainsäädännöksi (HE 34/1998 vp).
- PeVL 5/1999 vp. Hallituksen esitys laiksi poliisilain muuttamisesta (HE 34/1999 vp).
- PeVL 28/2000 vp. Hallituksen esitys postipalvelulaiksi (HE 74/2000 vp).
- PeVL 34/2000 vp. Hallituksen esitys laiksi telemarkkinalain muuttamisesta (HE 73/2000 vp).
- PeVL 25/2001 vp. Valtioneuvoston selvitys Euroopan unionin tulevaisuudesta (E 27/2001 vp).
- PeVL 52/2001 vp. Hallituksen esitys laiksi rahoitus- ja vakuutusryhmittymien valvonnasta sekä laeiksi eräiden siihen liittyvien lakien muuttamisesta (HE 165/2001 vp).
- PeVL 60/2001 vp. Hallituksen esitys laiksi tietoyhteiskunnan palvelujen tarjoamisesta ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi (HE 194/2001 vp).
- PeVL 8/2002 vp. Hallituksen esitys viestintämarkkinoita koskevan lainsäädännön muuttamisesta (HE 241/2001 vp).
- PeVM 14/2002 vp. Hallituksen esitys laiksi sananvapauden käyttämisestä joukkoviestinnässä ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi (HE 54/2002 vp).
- PeVL 56/2002 vp. Hallituksen esitys laiksi kasvinterveyden suojelemisesta (HE 99/2002 vp).
- PeVL 61/2002 vp. Hallituksen esitys viestintämarkkinoita koskevan lainsäädännön muuttamisesta (HE 112/2002 vp).
- PeVL 9/2004 vp. Hallituksen esitys sähköisen viestinnän tietosuojalaiksi ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi (HE 125/2003 vp).
- PeVL 32/2004 vp. Hallituksen esitys laiksi viestintämarkkinalain muuttamisesta (HE 74/2004 vp).
- PeVL 7/2005 vp. Hallituksen esitys laeiksi tekijänoikeuslain ja rikoslain 49 luvun muuttamisesta (HE 28/2004 vp).
- PeVL 11/2005 vp. Hallituksen esitys laiksi poliisilain muuttamisesta ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi (HE 266/2004 vp).
- PeVL 25/2005 vp. Hallituksen esitys laiksi tilatukijärjestelmän täytäntöönpanosta (HE 17/2005 vp).
- PeVL 15/2006 vp. Hallituksen esitys laeiksi teollis- ja tekijänoikeuksia koskevan lainsäädännön muuttamisesta (HE 26/2006 vp).
- PeVL 23/2006 vp. Hallituksen esitys laeiksi ulkomaalaislain ja ulkomaalaisrekisteristä annetun lain 8 §:n muuttamisesta (HE 31/2006 vp).
- PeVL 10/2007 vp. Hallituksen esitys laeiksi viestintämarkkinalain ja sähköisen viestinnän tietosuojalain 2 ja 5 §:n muuttamisesta (HE 48/2007 vp).
- PeVL 19/2007 vp. Hallituksen esitys laiksi viestintämarkkinalain muuttamisesta (HE 100/2007 vp).



- PeVL 3/2008 vp. Hallituksen esitys laiksi sähköisen viestinnän tietosuojalain muuttamisesta (HE 158/2007 vp).
- PeVL 9/2008 vp. Valtioneuvoston kirjelmä ehdotuksesta Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiiviksi (sähköisen sisämarkkinadirektiivin muutos) ym. (U 47/2007 vp, U 48/2007 vp).
- PeVL 29/2008 vp. Hallituksen esitys sähköisen viestinnän tietosuojalain ja eräiden siihen liittyvien lakien muuttamisesta (HE 48/2008 vp).
- PeVL 33/2008 vp. Hallituksen esitys laiksi maankäyttö- ja rakennuslain muuttamisesta (HE 102/2008 vp).
- PeVL 6/2009 vp. Hallituksen esitys valmiuslaiksi ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi (HE 3/2008 vp).
- PeVL 36/2009 vp. Hallituksen esitys laiksi lentoliikenteen päästökaupasta (HE 209/2009 vp).
- PeVL 3/2010 vp. Hallituksen esitys laeiksi televisio- ja radiotoiminnasta annetun lain muuttamisesta ja väliaikaisesta muuttamisesta sekä tekijänoikeuslain 25 b ja 48 §:n muuttamisesta (HE 87/2009 vp).
- PeVL 21/2010 vp. Hallituksen esitys laeiksi toimenpiteistä tupakoinnin vähentämiseksi annetun lain ja lääkelain 54 a ja 54 e §:n muuttamisesta (HE 180/2009 vp).
- PeVL 27/2010 vp. Hallituksen esitys laeiksi viestintämarkkinalain 134 §:n muuttamisesta annetun lain voimaantulosäännöksen muuttamisesta, viestintämarkkinalain 134 §:n ja televisio- ja radiotoiminnasta annetun lain muuttamiseksi (HE 13/2010 vp).
- PeVL 66/2010 vp. Hallituksen esitys esitutkinta- ja pakkokeinolainsäädännön uudistamiseksi (HE 222/2010 vp).
- PeVL 67/2010 vp. Hallituksen esitys poliisilaiksi ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi (HE 224/2010 vp).

## **Euroopan unionin virallisaineisto**

Valtiopäiväasiakirjat

Euroopan unionin virallisaineisto

Ehdotus Euroopan parlamentin ja neuvoston asetukseksi yksilöiden suojelusta henkilötietojen käsittelyssä sekä näiden tietojen vapaasta liikkuvuudesta (yleinen tietosuoja-asetus), 25.1.2012. KOM(2012) 11 lopullinen.

Euroopan komission kertomus tekijänoikeuksien noudattamisen varmistamisesta 29 päivänä huhtikuuta 2004 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2004/48/EY soveltamisesta. KOM(2010) 779 lopullinen.

Euroopan komission tiedonanto. Avoin internet ja verkon neutraliteetti Euroopassa. KOM(2011) 222 lopullinen. EUVL C 24, 28.1.2012, s. 139–145.

Euroopan komission tiedonanto. Teollis- ja tekijänoikeuksien sisämarkkinat (”IPR-strategia”). KOM(2011) 287 lopullinen. EUVL C 68, 6.3.2012, s. 28–34.

Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2001/29/EY, annettu 22 päivänä toukokuuta 2001, tekijänoikeuden ja lähioikeuksien tietyjen piirteiden yhdenmukaistamisesta tietoyhteiskunnassa (”tietoyhteiskuntadirektiivi”). EYVL L 167, 22.6.2001, s. 10–19.

Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2002/19/EY, annettu 7 päivänä maaliskuuta 2002, sähköisten viestintäverkkojen ja niiden liitännäistoimintojen käyttöoikeuksista

- ja yhteenliittämisestä ("käyttöoikeusdirektiivi"). EYVL L 108, 24.4.2002, s. 7–20. Konsolidoitu toisinto 19.12.2009.
- Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2002/20/EY, annettu 7 päivänä maaliskuuta 2002, sähköisiä viestintäverkkoja ja -palveluja koskevista valtuutuksista ("valtuutusdirektiivi"). EYVL L 108, 24.4.2002, s. 21–32. Konsolidoitu toisinto 19.12.2009.
- Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2002/22/EY, annettu 7 päivänä maaliskuuta 2002, yleispalvelusta ja käyttäjien oikeuksista sähköisten viestintäverkkojen ja -palvelujen alalla ("yleispalveludirektiivi"). EYVL L 108, 24.4.2002, s. 51–77. Konsolidoitu toisinto 19.12.2009.
- Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2002/58/EY, annettu 12 päivänä heinäkuuta 2002, henkilötietojen käsittelystä ja yksityisyyden suojasta sähköisen viestinnän alalla ("sähköisen viestinnän tietosuojadirektiivi"). EYVL L 201, 31.7.2002, s. 37–47. Konsolidoitu toisinto 19.12.2009.
- Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2004/48/EY, annettu 29 päivänä huhtikuuta 2004, teollis- ja tekijänoikeuksien noudattamisen varmistamisesta ("enforcement-direktiivi"). EYVL L 195, 2.6.2004, s. 16–25.
- Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2006/24/EY, annettu 15 päivänä maaliskuuta 2006, yleisesti saatavilla olevien sähköisten viestintäpalvelujen tai yleisten viestintäverkkojen yhteydessä tuotettavien tai käsiteltävien tietojen säilyttämisestä ja direktiivin 2002/58/EY muuttamisesta ("data retention -direktiivi"). EUVL L 105, 13.4.2006, s. 54–63.
- Euroopan tietosuojavaltuutetun lausunto ehdotuksesta Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiiviksi, jolla muutetaan muun muassa henkilötietojen käsittelystä ja yksityisyyden suojasta sähköisen viestinnän alalla annettua Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiiviä 2002/58/EY (sähköisen viestinnän tietosuojadirektiivi). EUVL C 181, 18.7.2008, s. 1–13.
- Euroopan unionin perusoikeuskirja. EUVL C 83, 30.3.2010, s. 389–403.
- Euroopan unionin perusoikeuskirjan selitykset. EUVL C 303, 14.12.2007, s. 17–35.
- Euroopan unionista tehdyn sopimuksen (SEU) konsolidoitu toisinto. EUVL C 83, 30.3.2010, s. 13–45.
- Komission kertomus Euroopan parlamentille, neuvostolle, Euroopan talous- ja sosiaaliskomitealle ja alueiden komitealle. EU:n perusoikeuskirjan soveltamista koskeva kertomus vuodelta 2011, 16.4.2012. KOM(2012) 169 lopullinen.
- Komission tiedonanto Euroopan parlamentille, neuvostolle, Euroopan talous- ja sosiaaliskomitealle ja alueiden komitealle. Euroopan digitaalistrategia. KOM(2010) 245 lopullinen/2.
- Neuvoston puitepäätos 2008/977/YOS, tehty 27 päivänä marraskuuta 2008, rikosasioissa tehtävässä poliisi- ja oikeudellisessa yhteistyössä käsiteltävien henkilötietojen suojaamisesta ("tietosuojapuitepäätos"). EUVL L 350, 30.12.2008, s. 60–71.
- Tietosuojatyöryhmän lausunto 4/2007 henkilötietojen käsitteestä. Annettu 20. kesäkuuta 2007. WP 136. 01248/07/FI.

## **Euroopan neuvoston virallisaineisto**

Recommendation Rec(2001)8 of the Committee of Ministers to member states on self-regulation concerning cyber content (self-regulation and user protection against illegal or harmful content on new communications and information services).

Recommendation CM/Rec(2007)16 of the Committee of Ministers to member states on measures to promote the public service value of the Internet.

Recommendation CM/Rec(2008)6 of the Committee of Ministers to member states on measures to promote the respect for freedom of expression and information with regard to Internet filters.

Recommendation CM/Rec(2011)8 of the Committee of Ministers to member states on the protection and promotion of the universality, integrity and openness of the Internet.

## **Mietintöjä ja muuta viranomaisaineistoa**

Liikenne- ja viestintäministeriö: Periaatepäätös: Sadan megan tavoite säilyy (3.5.2012).

Liikenne- ja viestintäministeriö: LVM:n laajakaistayhteyksien kehittämishankkeet. Pauli Pullinen, PowerPoint-esitys. (20.3.2013), *2013a*.

Liikenne- ja viestintäministeriö: Vapaa-ajan asuntojen laajakaistayhteyksien kehittäminen. LVM:n julkaisu 9/2013, *2013b*.

Liikenne- ja viestintäministeriö: Huippunopea laajakaista. Toimenpideohjelma. LVM:n julkaisu 13/2013, *2013c*.

Oikeusministeriö: Suomalaiset osallistujina. Katsaus suomalaisen kansalaisvaikuttamisen tilaan ja tulevaisuuteen. Oikeusministeriön julkaisu (OMJU) 2009:5.

Oikeusministeriö: Demokratiapolitiikan suuntaviivat. Mietintöjä ja lausuntoja (OMML) 14/2010.

Opetus- ja kulttuuriministeriö: Tekijänoikeustoimikunnan<sup>359</sup> mietintö. Vastauksia digiajan haasteisiin. Opetus- ja kulttuuriministeriön työryhmämuistioita ja selvityksiä 2012:2 (20.12.2011), *2012a*.

Opetus- ja kulttuuriministeriö: Lausuntotiivistelmä – ratkaisuja digiajan haasteisiin 2012:2 (22.5.2012), *2012b*.

Sosiaali- ja terveysministeriö: Toimeentulotuki. Opas toimeentulotukilain soveltajille. 6. korj. p. STM:n julkaisu 2007:11.

Tietoyhteiskuntakaari, lausuntoluonnos 4.4.2013. Hallituksen esitys eduskunnalle tietoyhteiskuntakaareksi.

Viestintävirasto: Viestintäviraston kannanotto tekijänoikeuslain 60 a §:n mukaiseen tietojen saantioikeuteen (29.11.2006). 1623/04/2006.

Viestintävirasto: Viestintävirasto muuttaa laajakaistatukumarkkinan sääntelyehtoja komission vaatimuksesta (2.11.2012).

Viestintävirasto: HVM-päätökset (10.2.2013), *2013a*.

Viestintävirasto: Laajakaista 2015 -hanke (4.4.2013), *2013b*.

Viestintävirasto: Viestintäviraston määräykset, *2013c*.

<sup>359</sup> Tekijänoikeustoimikunta 2010–2011. Hankenumero OPM012:00/2010.

## SÄÄDÖKSET

### Säädöskokoelmassa julkaistut

EIS	laki ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojaamiseksi tehdyn yleissopimuksen ja siihen liittyvien lisäpöytäkirjojen eräiden määräysten hyväksymisestä (SopS 18–19/1990)
ESP	laki uudistetun Euroopan sosiaalisen peruskirjan lainsäädännön alaan kuuluvien määräysten voimaansaattamisesta ym. (SopS 78–80/2002)
HetiL	henkilötietolaki (523/1999)
HLL	hallintolainkäyttölaki (586/1996)
InternetNopA	liikenne- ja viestintäministeriön asetus tarkoituksenmukaisen internet-yhteyden vähimmäisnopeudesta yleispalvelussa (732/2009)
KP-sopimus	laki kansalaisyhteiskunnan ja poliittisten oikeuksien koskevan kansainvälisen yleissopimuksen eräiden määräysten hyväksymisestä ym. (SopS 7–8/1976)
LaajakRakL	laki laajakaistarakentamisen tuesta haja-asutusalueilla (1186/2009)
LapsipornoL	laki lapsipornografian levittämisen estotoimista (1068/2006)
OK	oikeudenkäymiskaari (4/1734)
PKL	pakkokeinolaki (450/1987)
PL	Suomen perustuslaki (731/1999)
PolHetil	laki henkilötietojen käsittelystä poliisitoimessa (763/2003)
PolL	poliisilaki (493/1995)
RL	rikoslaki (39/1889)
SananvapL	laki sananvapauden käyttämisestä joukkoviestinnässä (460/2003)
SVTsL	sähköisen viestinnän tietosuojalaki (516/2004)
SähköKL	laki tietoyhteiskunnan palvelujen tarjoamisesta (458/2002)
TekL	tekijänoikeuslaki (404/1961)
TodTurvL	laki todistelun turvaamisesta teollis- ja tekijänoikeuksia koskevissa riita-asioissa (344/2000)
ToimeentulotukiL	laki toimeentulotuesta (1412/1997)
TSS-sopimus	asetus taloudellisia, sosiaalisia ja sivistyksellisiä oikeuksia koskevan kansainvälisen yleissopimuksen voimaansaattamisesta (SopS 6/1976)
UhkaSL	uhkasakkolaki (1113/1990)
UusiPKL	pakkokeinolaki (806/2011)
UusiPolL	poliisilaki (872/2011)
VML	viestintämarkkinalaki (393/2003)

### Viestintäviraston määräyksiä

Määräys 9D/2009M Tietoturvaloukkausten ilmoitusvelvollisuudesta yleisessä teletoinnassa.

Määräys 13B/2011M Internet-yhteyspalvelujen tietoturvasta.

Määräys 28H/2010M Viestintäverkkojen ja -palveluiden yhteentoimivuudesta.

Määräys 41D/2009M Viestintäverkkojen ja -palvelujen teknisestä dokumentoinnista.  
 Määräys 47C/2009M Teleyritysten tietoturvallisuuden hallinnasta.  
 Määräys 53A/2011M Tunnistamistietojen tallentamisvelvollisuudesta.  
 Määräys 54A/2012M Viestintäverkkojen ja -palvelujen varmistamisesta.  
 Määräys 57A/2012M Viestintäverkkojen ja -palvelujen ylläpidosta sekä menettelystä ja tiedottamisesta vika- ja häiriötilanteissa.  
 Määräys 58A/2012M Viestintäverkkojen ja -palvelujen laadusta ja yleispalvelusta.

## LYHENTEET

Dnro	diaarinumero
ECR	European Court Reports
EIT	Euroopan ihmisoikeustuomioistuin
Eoam	eduskunnan oikeusasiamies
EU	Euroopan unioni
EUT	Euroopan unionin tuomioistuin
EUVL	Euroopan unionin virallinen lehti
EY	Euroopan yhteisöt
EYT	Euroopan yhteisöjen tuomioistuin (nyk. EUT)
EYVL	Euroopan yhteisöjen virallinen lehti
HE	hallituksen esitys
HelHO	Helsingin hovioikeus
HelKO	Helsingin käräjäoikeus
HMV	huomattava markkinavoima
IPR	intellectual property rights
KHO	korkein hallinto-oikeus
KKO	korkein oikeus
LaVL	lakivaliokunnan lausunto
LiVM	liikenne- ja viestintävaliokunnan mietintö
LVM	liikenne- ja viestintäministeriö
OKM	opetus- ja kulttuuriministeriö
PeVL	perustuslakivaliokunnan lausunto
PeVM	perustuslakivaliokunnan mietintö
SEU	Sopimus Euroopan unionista
SopS	sopimussarja
STM	sosiaali- ja terveysministeriö
TSS	taloudelliset, sivistykselliset ja sosiaaliset [oikeudet]
vp	valtiopäivät
YK	Yhdistyneet kansakunnat

## OIKEUSTAPAUKSET

### **Kansallinen oikeuskäytäntö**

#### **Korkein oikeus**

KKO 2009:54

KKO 2010:47

#### **Alemmat yleiset tuomioistuimet**

Helsingin hovioikeus 15.6.2012 (S 11/3097), KKO 29.10.2012: ei valituslupaa

Itä-Suomen hovioikeus 4.10.2012 (S 12/306), haettu valituslupaa

Helsingin käräjäoikeus 23.6.2008 ja 6.8.2008 (H 08/3008)

Helsingin käräjäoikeus 29.4.2011 (R 11/3075)

Helsingin käräjäoikeus 31.3.2011, 9.5.2011 ja 21.7.2011 (H 11/11018)

Helsingin käräjäoikeus 31.3.2011, 9.5.2011 ja 21.7.2011 (H 11/11063)

Helsingin käräjäoikeus 31.3.2011, 9.5.2011 ja 21.7.2011 (H 11/11065)

Helsingin käräjäoikeus 5.1.2012 (11/47251)

Helsingin käräjäoikeus 11.6.2012 ja 28.6.2012 (H 11/51554), HelHO 8.2.2013 (S 12/1850):  
lopputulosta ei muuteta.

Helsingin käräjäoikeus 11.6.2012 ja 28.6.2012 (H 11/48307), HelHO 11.2.2013 (S 12/2223):  
lopputulosta ei muuteta.

Helsingin käräjäoikeus 28.11.2012 (H 12/57279)

Ylivieska-Raahan käräjäoikeus 14.5.2012 (L 11/3769)

#### **Korkein hallinto-oikeus**

KHO 2006:18

KHO 2010:53

KHO 2011:40

KHO 2012:58

KHO 2012:87

KHO 4.7.2012 T 1874 (Dnro 340/2/10)

#### **Alemmat hallintotuomioistuimet**

Helsingin hallinto-oikeus 2.5.2011 (Dnro 06424/10/7506), valitus vireellä KHO:ssa (Dnro 1768/3/11)

#### **Eduskunnan oikeusasiamiehen ratkaisuja**

Eduskunnan apulaisoikeusasiamies 10.12.2012 (Dnro 4565/4/12)

### **Ylikansallinen oikeuskäytäntö**

EY-tuomioistuin (suuri jaosto) 29.1.2008, *Promusicae v Telefonica Espana* (C-275/06).  
ECR 2008 s. I-271

EY-tuomioistuin 19.2.2009, *LSG v Tele2* (C-557/07). ECR 2009 s. I-1227

EU-tuomioistuin 24.11.2011, *Scarlet v SABAM* (C-70/10). Ei vielä julkaistu oikeustapauskokoelmassa.

EU-tuomioistuin 19.4.2012, *Bonnier Audio* (C-461/10). Ei vielä julkaistu oikeustapauskokoelmassa.

EIT 26.3.1985, *X ja Y v Alankomaat* (8978/80)

EIT 17.7.2008, *I v Suomi* (20511/03)

EIT 2.12.2008, *K.U. v Suomi* (2872/02)

## **Ulkomainen oikeuskäytäntö**

Oberster Gerichtshof Österreich (OGH) 11.5.2012 (4 Ob 6/12d). Ennakkoratkaisupyyntö vireillä EU-tuomioistuimessa (*UPC Telekabel Wien*, C-314/12)

## INTERNET CONNECTIVITY PROVIDER AND FUNDAMENTAL RIGHTS

This paper examines fundamental rights issues related to Internet connectivity providers from two perspectives. The “object” perspective looks at issues when the provider is used as a means to either restrict or protect fundamental rights in the relations between individuals or an individual and public authority. The “subject” perspective deals with issues where the provider is itself protected by fundamental rights.

The object perspective focuses on Internet connection as a fundamental right and how that right could be restricted, the relation of Internet to the political aspect of freedom of expression, and the right to privacy and the pressure to limit it. In the first category, disconnecting a user due to copyright infringement is seen as a non-proportionate response, especially when less drastic measures such as contacting the user have not even been attempted yet. In the second category, Internet is deemed essential for enabling political participation, even though there remain a number of challenges for realizing its potential. In the last category, there are numerous ways in which the privacy of users is in jeopardy, especially with regard to collecting, storing and disclosing “identification data” such as IP addresses. Disclosing identification data to private bodies is in principle restricted and requires that certain conditions are met. However, we can see that in cases of copyright infringement, the conditions have become increasingly fluid, which may be in part due to a special ex-parte process, where nobody except the judge is representing the interests of the claimed infringing user. Also, disclosing identification data to the authorities (e.g. the police) can be done rather easily. The focus in legislation has been on official enforcement measures such as telecommunications surveillance, but we see that there are alternative and problematic means resulting in the same outcome, which the authorities can use to obtain identification data with few restrictions or due process. The public interest as a justification for restricting fundamental rights is also examined and criticized.

The subject perspective examines in particular the protection of property and freedom of commercial activity. Legal persons such as providers also enjoy the protection of property at least in a “semi-direct” fashion. However, an open question is to what extent the law may issue new obligations and rules on how private property may be governed. Similarly, principles on how the freedom of commercial activity should be evaluated in this context are not yet clear. It is argued that the public authorities should refrain from unnecessary regulation of commercial activity, and the recent European



Court of Justice ruling *Scarlet Extended* shows how the freedom to conduct a business also applies to providers. The legislation of communication markets and data protection is examined, and the necessity of practically limitless power to issue binding regulations conferred to Finnish Regulatory Authority is questioned. The obligations imposed by the communication markets legislation are divided into fully compensated, partially compensated, and non-compensated activities. Most of the obligations requiring significant financial investment are fully compensated, which lessens the problems of protection of property. The paper also shows that the provider may voluntarily block certain sites or content in Internet under certain circumstances. Finally, court orders to block access to sites are examined, the main focus being on copyright injunctions. From the fundamental rights perspective, the injunction must not prejudice the rights of a third party to receive or send messages, but in case law, this has not been interpreted very strictly. Also, the order must be reasonable, and the reasonableness must balance the rights of all parties involved. In particular, it seems that the effectiveness of site blocking is poor and to little avail. Therefore, it is difficult to justify injunctions that the provider needs to implement at its own expense that are actually in the financial interest of copyright holders.



**Antti Tapanila**

**TUOMARIN EETTISET  
PERIAATTEET**



---

# Sisällys

1	JOHDANTO.....	227
1.1	Kysymyksenasettelu.....	227
1.2	Tuomari modernissa yhteiskunnassa.....	230
1.2.1	Tuomarin määritelmä.....	230
1.2.2	Tuomarin tehtävän muuttuminen.....	231
1.3	Periaatteiden laatiminen Suomessa.....	233
1.3.1	Työryhmä periaatteita valmistelevaan.....	233
1.3.2	Valmistelutyön vaiheista.....	234
2	ETIIKKA JA AMMATTIEETTISET PERIAATTEET.....	237
2.1	Lyhyesti etiikasta.....	237
2.2	Etiikan oppisuunnat ja tuomarin etiikka.....	240
3	TUOMARIN EETTISET PERIAATTEET AMMATTIETIIKAN KENTÄSSÄ.....	243
3.1	Kansainväliset suositukset periaatteiden mallina.....	243
3.1.1	<i>Bangalore Principles of Judges</i> .....	243
3.1.2	Eurooppalaiset suositukset.....	244
3.2	Eettiset periaatteet vertailevasta näkökulmasta.....	248
3.2.1	Eettisten periaatteiden esiinmarssi.....	248
3.2.2	Eettiset periaatteet Pohjoismaissa.....	249
3.2.3	Eettiset periaatteet eräissä Euroopan maissa ja muualla.....	252
3.3	Lakimiesammattien eettisiä periaatteita.....	255
4	RIIPPUMATTOMUUS JA PUOLUEETTOMUUS.....	259
4.1	Lakisidonnaisuus.....	260
4.2	Riippumattomuus.....	264
4.3	Puolueettomuus.....	269
4.4	Tuomarin käyttäytyminen.....	274
4.5	Yhdistymis- ja kokoontumisvapaus.....	277
5	OIKEAMIELISYYS.....	278
5.1	Mitä oikeamielisyydellä tarkoitetaan?.....	278
5.2	Arvostava suhtautuminen.....	280

5.3	Prosessuaalinen tasavertaisuus .....	281
5.4	Käsittelyn laatuun sopivan ilmapiirin luominen .....	286
6	AMMATTITAITO .....	288
6.1	Oikeudelliset tiedot ja ymmärrys .....	288
6.2	Noudatetut työskentelytavat .....	290
6.3	Työkyvyn ylläpitäminen .....	291
6.4	Ennakkoluulottomuus ja viestinnälliset taidot .....	292
7	AVOIMUUS .....	295
7.1	Tiedonvälitys ja tuomioistuimet .....	295
7.2	Tuomari julkisuuden toteuttajana .....	296
7.3	Tuomari keskusteluun osallistujana .....	300
8	LOPPUPÄÄTELMIÄ .....	303
	LÄHTEET .....	305
	LIITE: PERIAATTEET .....	308
	ETHICAL PRINCIPLES FOR JUDGES .....	310

---

# Tuomarin eettiset periaatteet

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

### 1.1 Kysymyksenasettelu

Miten hyvä tuomari menettelee tehtävässään? Tämänkaltainen kysymys on askarruttanut ihmiskuntaa niin kauan kuin yksilöiden välisiä tai yksilön ja yhteisön välisiä ristiriitoja on ratkaissut jokin sitä varten nimetty taho. Hyvän lainkäyttötoiminnan tunnusmerkkejä on löydettävissä kirjallisista lähteistä pitkältä ajalta.

Kristinuskon perusteoksessa Raamatussa on kiteytetty eräitä tuomarilta edellytetyjä menettelytapoja: ”Älkää vääristäkö oikeutta älkääkä olko puolueellisia. Älkää ottako lahjuksia, sillä lahjus sokaisee viisaankin ja vääristää niiden asian, jotka ovat oikeassa” (5. Moos. 16:19).<sup>2</sup> Omassa asiassa tuomarina toimiminen on huomioitu roomalaisen oikeuden säännöskokoelmassa, sillä Digestan 50. kirjan 13. luvussa menettely on kielletty seuraamuksen uhalla, vaikka sitä ei ole katsottu rikokseksi. Näiden esimerkkien lisäksi voidaan mainita myös pohjoismaisen oikeuskulttuurin klassikko eli Olaus Petrin tuomarinohjeet, jotka on laadittu 1540-luvulla. Myös Olaus Petrin tuomarinohjeet rakentuvat vanhemmalle oikeusperinteelle<sup>3</sup> ja muodostavat ensimmäisen pohjoismaisen periaatekokoelman aiheesta. Olaus Petrin tuomarinohjeiden merkittävyttä kuvaa omalta osaltaan niiden painaminen lakikirjojen kanteen vielä 2000-luvun Suomessa.

Hyvän tuomarin ominaisuuksien määrittely ei ole käynyt aikojen saatossa tarpeettomaksi, vaikka edellä viitatuissa ja monissa muissa lähteissä niitä on vuosisatojen aikana sivuttu. Vaikka nykyisellään kirjoitettu lainsäädäntö sisältää mittavasti tuomarin asemaa, tehtäviä ja virkavelvollisuutta

<sup>1</sup> Kiitän artikkelin lukemisesta ja parannuksiin johtaneista korjausehdotuksista oikeusneuvos Pertti Välimäkeä ja hovioikeudenlaamanni Tapani Vasamaa. Vastuu esitetyistä kannanotoista säilyy silti kirjoittajalla.

<sup>2</sup> Ks. myös Toinen aikakirja 19:7.

<sup>3</sup> Ks. Blomstedt 2001, s. 17–19.

käsitteleviä säännöksiä, ei periaateluonteisen ammattieettisen ohjeistuksen tarve ole poistunut. Päinvastoin, viime vuosikymmeninä kansainvälisten järjestöjen toimesta on laadittu tuomarin eettisiä periaatteita ja kannustettu jäsenvaltioita laatimaan omia ohjeistuksiaan.<sup>4</sup> Kansainvälisen kehityksen ohella monissa maissa on laadittu eettisiä periaatteita. Tässä suhteessa Suomi on seurannut yleistä linjaa hieman viivytellen, sillä Suomen Tuomariliitto – Finlands Domareförbund ry:n (jäljempänä Tuomariliitto) laatimat tuomarin eettiset periaatteet on vahvistettu vasta 4.5.2012 ja julkistettu 12.10.2012.<sup>5</sup>

Artikkelin ensisijaisena tarkoituksena on esitellä hiljakkoin julkaistut tuomarin eettiset periaatteet ja asettaa ne yhteyteensä käytännön tuomarin työssä. Kuten jäljempänä tullaan huomaamaan, periaatteet ovat yleisluontoisia hyvän lainkäyttötoiminnan luonnehdintoja, jotka tarjoavat niiden käyttäjälle ja tulkitsijalle suuntaviivoja eettisiin valintatilanteisiin. Periaatteet jättävät tilaa tulkinnolle ja jatkopohdinnoille siitä, miten valintatilanteissa tulisi menetellä, ja mitä valintojen reunaehtoja huomioida. Koska tuomarin eettisissä periaatteissa käsitellään laajasti kysymyksiä tuomarin asemasta ja tehtävistä, joudutaan artikkelissa rajoittumaan vain joihinkin aihepiireihin. Käsitellyt teemat on pyritty valitsemaan niin, että ne edustaisivat käytännössä merkittäviä ja tuomarin työssä eteen tulevia tilanteita. Aiheiden valinnassa on kiinnitetty huomiota myös siihen, minkälaiset kysymykset herättivät tuomarikunnassa keskustelua periaatteita laadittaessa.

Toiseksi periaatteita tarkastellaan osana kansainvälistä kehitystä, jolloin pohdittavaksi tulee, missä määrin Tuomariliiton periaatteet edustavat kansainvälisten suositusten linjaa, ja miltä osin periaatteissa on kotimaisia, suomalaisesta oikeusperinteestä kumpuavia juonteita. Kansainvälisten suositusten ohella merkitystä on myös vertailukelpoisissa maissa vahvistetuilla tuomareiden eettisillä periaatteilla. Artikkelissa tarkastellaan vertailevasta näkökulmasta erityisesti Ruotsin ja Norjan eettisiä ohjeita sekä menettelytapoja niiden valmistelemissä.<sup>6</sup> Vähäisemmässä määrin esitellään muiden maiden, kuten Itävallan, Englannin ja Walesin, Skotlannin sekä Kanadan eettisiä ohjeita. Vertailumaiden eettisiä ohjeita ei ole tarkoitus esitellä kattavasti, vaan lähinnä laajemman kuvan saamiseksi siitä, minkälaisista näkökulmista eettisiä ohjeita voidaan laatia ja minkälaisia keskeisiä kysymyksiä eettisissä ohjeissa yleisesti tarkastellaan.

<sup>4</sup> Esimerkkeinä voidaan mainita YK:n puitteissa tehty Bangaloren julistus tuomarin eettisistä periaatteista vuodelta 2002 ja Euroopan neuvoston tuomarikomitean ns. Magna Charta 2010. Kansainvälisiin tuomareita koskeviin periaateasiakirjoihin palataan lähemmin jäljempänä artikkelissa.

<sup>5</sup> Tuomarin eettiset periaatteet, ks. liite 1.

<sup>6</sup> Pohjoismaista Islannissa ei ole laadittu tuomareille eettisiä periaatteita (ks. Einarsdottir 2011, s. 59) ja Tanskassa niitä ollaan vasta laatimassa (Sandgren 2010, s. 755).



Kolmanneksi artikkeliin sisältyy lyhyt johdatus yleisiin ammattieettisiin periaatteisiin liittyviin näkökohtiin, jotka mahdollistavat arvion siitä, miten tuomarin eettiset periaatteet näyttäytyvät ammattieettisinä ohjeina. Voidaanko niitä luonnehtia ammattieettisiksi periaatteiksi sillä tavoin kuin ammattieettiset periaatteet yleisesti ymmärretään? Voidaanko tuomarin eettisiä periaatteita rinnastaa asianajajien, syyttäjien ja muiden lakimiesryhmien julkilausuttuihin arvoihin tai periaatteisiin? Näihin kysymyksiin vastaamiseksi artikkelissa tarkastellaan lyhyesti Asianajajaliiton hyvää asianajotapaa koskevia ohjeita (15.1.2009), syyttäjälaitoksen julkaisua ”Arvot ja periaatteet” (2005) sekä Suomen Lakimiesliiton valtuuskunnan 15.5.1995 hyväksymiä lakimiehen eettisiä ohjeita. Asianajajan ja syyttäjän tehtäviin liittyvää eettistä ohjeistusta tarkastellaan vertailukohtana myös siitä syystä, että kyseisiä ammatteja voidaan pitää tuomarin tehtävien tavoin perinteisinä ja vahvan ammattikuvan tarjoavina työtehtävinä. Tuomarin konkreettiset työtehtävät liittyvät asianajajan tai syyttäjän työhön, koska tuomarit ovat yksi kolmesta oikeudenkäynneissä esiintyvistä ammattiryhmästä. Lakimiehen eettiset ohjeet on otettu tarkastelun kohteeksi, sillä ne on tarkoitettu koko lakimieskunnan noudatettaviksi.

Tuomarin eettisiä periaatteita ei artikkelissa tarkastella normatiivisena ilmiönä. Siten artikkelia ei voida pitää varsinaisesti lainopillisena esityksenä, vaan pikemminkin soveltavan etiikan lajiin kuuluvana. Artikkelissa tarkastellaan eettisiä periaatteita tuomarin näkökulmasta, jolloin taustalla on vahva oikeudellinen kytkentä. Tuomarin eettisiä periaatteita selvitetään kirjallisista lähteistä, joista painottuvat eri tahojen laatimat eettiset periaatejulistukset sekä eettisistä periaatteista laaditut julkaisut. Oikeudellisesta lähdeaineistosta hyödynnetään ennen kaikkea oikeuskirjallisuutta, jonka kannanotoista tehdään päätelmiä tuomarin asemaan ja tehtäviin liittyvistä näkökohdista. Sen sijaan positiivisen oikeuden normeille tai lainvalmisteluasiakirjoille ei anneta merkitystä, joka niillä yleisesti oikeusdogmaattisessa tutkimuksessa on. Oikeuskäytäntöön ja laillisuusvalvontaviranomaisten ratkaisuihin on viitattu joissakin kohdin esimerkinomaisesti. Lisäksi artikkelissa on käytetty eettisten periaatteiden valmistelussa kertynyttä aineistoa, kuten valmistelutyöryhmän muistioita ja periaatteiden luonnoksista annettuja lausuntoja.<sup>7</sup> Niistä voidaan tehdä päätelmiä siitä, mitkä kysymykset ovat herättäneet tuomarikunnassa keskustelua, ja minkälaisen valmisteluprosessin tuloksena tuomarin eettiset periaatteet on laadittu.

<sup>7</sup> Artikkelin kirjoittaja on toiminut Tuomariliiton asettaman eettisten periaatteiden valmistelutyöryhmän sihteerinä, joten kirjoituksessa hyödynnetään myös muistinvaraista ja taltioimatonta tietämystä periaatteiden valmistelutyöstä.

## 1.2 Tuomari modernissa yhteiskunnassa

### 1.2.1 Tuomarin määritelmä

Tuomarin eettisiä periaatteita tarkasteltaessa on syytä lyhyesti todeta, mitä *tuomarilla* tarkoitetaan. Tuomariliiton eettiset periaatteet eivät suoraan ota kantaa tuomarin käsitteeseen, sillä periaatteisiin ei sisälly määritelmää niiden kohderyhmästä. Eettiset periaatteet on tarkoitettu lainkäyttötoimintaan, jolloin vastaus tulee hakea siitä, mitä lainkäyttötoiminnalla ja siihen osallistuvilla yleisesti tarkoitetaan.

Perustuslain 98 §:ssä on määritelty lainkäyttövaltaa käyttävät tuomioistuimet. Tuomioistuimet eroavat muista viranomaisista ainakin sikäli, että niiden asema on erikseen perustuslaissa määritelty ja niiden tehtävä liittyy oikeussuojan antamiseen yksilöiden tai yksilön ja julkisen vallan välisissä oikeudellisissa riitaisuuksissa. Perustuslain 98 §:n mukaan yleisiä tuomioistuimia ovat käräjä- ja hovioikeudet sekä korkein oikeus. Hallintuomioistuimia puolestaan ovat alueelliset hallinto-oikeudet sekä korkein hallinto-oikeus. Lisäksi voidaan lailla perustaa erityistuomioistuimia, joita ovat tällä hetkellä markkinaoikeus, työtuomioistuin ja vakuutus oikeus.

Tuomioistuimissa työskentelee useampia henkilöstöryhmiä, joista tuomarilla yleisesti tarkoitetaan ainoastaan tuomioistuimen lainoppineita jäseniä. Tämän lisäksi tuomioistuimissa on kansliahenkilökuntaa, jolla ei ole oikeustieteellistä koulutusta. Muutoksenhakutuomioistuimissa eli hovi- ja hallinto-oikeuksissa, vakuutus oikeudessa sekä korkeimmissa oikeuksissa on tuomareiden ohella sivutoimisia jäseniä sekä esittelijöitä. Käräjäoikeuksissa on vielä lautamiehiä, jotka ovat sivutoimisia ja useimmiten vailla oikeustieteellistä koulutusta.<sup>8</sup>

Tuomioistuimien henkilökunta voidaan jaotella lainoppineisiin tuomareihin, asiantuntijajäseniin, lautamiehiin, intressijäseniin sekä esittelijöihin. Asiantuntijajäsen tarkoittaa tuomioistuimeen nimitettyä jäsentä, jolla on koulutuksen tai ammatin tuomaa erityistietämystä jollakin tuomioistuimen tarvitsemalla alalla.<sup>9</sup> Lautamiehellä viitataan henkilöön, joka on valittu määrääjäksi toimimaan käräjäoikeuden maallikkojäsenenä. Intressijäsenet puolestaan edustavat tiettyä eturyhmää, jonka intresseihin liittyviä asioita tuomioistuin käsittelee.<sup>10</sup>

<sup>8</sup> Ks. tuomarin käsitteestä ja jaotteluista myös Tapanila 2007, s. 5–7.

<sup>9</sup> Esimerkkeinä voidaan mainita lääkärijäsenet hallinto-oikeuksissa ja vakuutus oikeudessa sekä tekniikan ja luonnontieteen alaa edustavat asiantuntijajäsenet hallinto-oikeuksissa ja korkeimmassa hallinto-oikeudessa.

<sup>10</sup> Tämänkaltaisia intressijäseniä on vakuutus oikeudessa ja työtuomioistuimissa. Myös sotilasrikosasioita käräjä- ja hovioikeuksissa käsittelevät sivutoimiset jäsenet voidaan nähdä intressijäseninä.

Eettisten periaatteiden kannalta huomionarvoinen jakolinja kulkee lainoppineiden tuomioistuimen jäsenten ja esittelijöiden sekä muiden tuomioistuimen jäsenten välillä. Lainoppineet tuomioistuimen jäsenet ja esittelijät voivat kuulua jäsenenä Tuomariliittoon, joka on eettiset periaatteet vahvistanut. Näin ollen vain lainoppineet tuomioistuinten jäsenet ja esittelijät ovat voineet suoraan vaikuttaa eettisten periaatteiden sisältöön. Tästä näkökohdasta huolimatta eettiset periaatteet on tarkoitettu sillä tavoin yleispäteviksi, että lainkäyttötoimintaa harjoittava voi noudattaa kyseisiä periaatteita tehtävässään virkanimikkeestä riippumatta. Olisi yleiseltä kannaltakin ongelmallista, jos tuomioistuimissa lainkäyttötehtävissä työskentelevät ymmärtäisivät ammattietiikan vaatimukset toisistaan kovin poikkeavasti. Tuomariliiton eettiset periaatteet ja tuomarin tehtävään liittyvät ammattieettiset pohdinnat on siten nähtävä kaikkien lainkäyttötehtävässä toimivien ohjenuorana.

### *1.2.2 Tuomarin tehtävän muuttuminen*

Tuomarin yhteiskunnallinen tehtävä voidaan nähdä eräänlaisena taustana eettisille periaatteille sekä muille tuomarin asemaa koskeville järjestelyille. Tuomarin tehtävä on perinteinen, ja voidaan olettaa, että kaikissa järjestäytyneissä yhteiskunnissa on ollut jonkinlainen ristiriitojen ratkaisemiseen erikoistunut instituutio. Tuomarin yhteiskunnallinen merkitys on kuitenkin vaihdellut, ja tästä syystä on aiheutta arvioida muutamalla karkealla luonnehdinnalla, minkälaiseen toimintaympäristöön eettiset periaatteet ja yleisemmin tuomarin tehtävää koskevat ammattieettiset pohdinnat kytkeytyvät.

Tuomarin eettisissä periaatteissa on otettu lyhyesti kantaa siihen, millä tavoin tuomarin yhteiskunnallinen tehtävä on periaatteita laadittaessa hahmotettu. Tässä yhteydessä on paikallaan siteerata kyseistä lausumaa sellaisenaan.

”Tuomari ei sovelle lakia pelkästään yksittäistapauksessa, vaan lainkäytössä myös luodaan oikeutta. Perusoikeudet, kansainväliset ihmisoikeus- ja muut sopimusvelvoitteet, oikeustapausten asema oikeuslähteenä sekä lainsäädäntöön kirjatut tulkinnanvaraiset ja avointa harkintaa edellyttävät oikeusohjeet ovat muuttaneet tuomarin roolia aikaisemmasta. Tuomioistuinten lisääntynyt yhteiskunnallinen merkitys edellyttää keinoja, jotka auttavat lainkäytön asianmukaisuuden arvioinnissa.”

Ajateltaessa suomalaista tuomaria 2000-luvulla voidaan ainakin kansainvälisiä sopimusvelvoitteita pitää piirteinä, joka on merkittävällä tavalla muuttanut tuomarin roolia aikaisemmasta. Tällaisista sopimusvelvoitteista

on syytä mainita Suomen jäsenyys Euroopan neuvoston ihmisoikeusyleis-sopimuksessa (jäljempänä EIS) vuodesta 1990 sekä jäsenyys Euroopan yhteisöissä (nykyään Euroopan unioni, EU) vuodesta 1995. Jäsenyys sekä EIS:ssa että EU:ssa on johtanut siihen, että kansallinen tuomari joutuu päättämään oikeusohjeita kahden yleiseurooppalaisen tuomioistuimen ratkaisuista. Molemmat tuomioistuimet ovat sitoutuneet dynaamiseen ja evolutiiviseen tulkintatapaan, joka voi tuottaa kansallisen oikeusjärjestyksen ytimeen ulottuvia muospaineita lainsäädännölle ja oikeuskäytännölle.<sup>11</sup>

Jo ennen edellä kuvattuja kansainvälisiä sitoumuksia Suomen kansallises-sa lainsäädännössä ja tuomioistuinten tehtävien järjestelyissä on tehty ratkaisuja, joilla tuomioistuinten tehtäviä on muutettu aiempaa enemmän harkintavaltaa sisältäviksi. Lainsäädäntö on jo pitkään yhteiskunnan raken-teiden monimutkaistuessa ja teknisen kehityksen sääntelytarvetta lisätessä tuottanut niin sanottuja joustavia oikeusnormeja, jotka antavat tuomiois-tuimelle valtuutuksen ratkaista käsiteltävänä olevia tulkintakysymyksiä kokonaisharkinnalla. Tällä tarkoitetaan sitä, että laissa määritellään vain harkinnassa huomioon otettavat seikat, joita arvioimalla tuomioistuimen tulee asia ratkaista. Harkinnanvaraisiin normeihin liittyvät kysymykset tuomarin vallankäytön näkökulmasta eivät ole varsinaisesti uusia, sillä jo vuonna 1938 oikeustieteellisen väitöskirjan laatinut Otto Brusiin on hahmotellut tuomarin roolia avointa harkintaa edellyttäviä oikeusnormeja tulkittaessa.<sup>12</sup>

Myös korkeimman oikeuden asema ennakkopäätöstuomioistuimena, jota tarkoittava lain muutos tuli voimaan 1979<sup>13</sup>, sekä perustuslain uudistami-nen vuonna 2000 ovat muuttaneet osaltaan tuomioistuinten ja yksittäisen tuomarin tehtäväkuvaa aikaisemmasta. Muutoksenhakuoikeus korkeimpaan oikeuteen rajoitettiin asioihin, joilla on ennakkopäätösarvoa myöhempiä

---

<sup>11</sup> Aarnio pitää ihmis- ja perusoikeusajattelun esiinmarssia kenties merkittävimpänä 1900-luvun loppupuolen oikeusvaltiokäsitykseen tuomista lisistä (ks. Aarnio 2006, s. 112–113). Tähän havaintoon voidaan perustellusti yhtyä, sillä etenkin Euroopan ihmisoikeus-sopimus on käynnistänyt Suomen oikeusjärjestystä perusteitaan myöten muokkaavan muutosprosessin, jolle ei vielä näy loppua. Esimerkiksi vuoden 2012 aikana KKO on antanut ennakkopäätöksiä itsekriminointisuojausta ja *ne bis in idem* -periaatteesta, joiden nykytulkinnot on omaksuttu EIT:lta. *Ne bis in idem* on aiheuttanut myös tarpeen arvioida veronkorotusmenettelyn ja rikosprosessin päällekkäisyyden osittaista purkamista lainsäädännön keinoin.

<sup>12</sup> Otto Brusiin ”Tuomarin harkinta normin puuttuessa” (1938). Brusiinin väitöskirja edus-taa monin tavoin tulevaisuuteen suuntautunutta ja syvällistä ajattelua tuomarin tehtävästä, jossa on otettu huomioon monia tuomarin tehtävään liittyviä, ammattieettiseltäkin kannalta keskeisiä kysymyksiä (ks. s. 101–104, jossa pohditaan hyvän tuomarin ominaisuuksia). Brusiinin ajatuksilla on siten edelleen merkittävää arvoa pohdittaessa tuomarin ammatti-etiikan ajattomia teemoja.

<sup>13</sup> Laki 2.2.1979/104, jolla muutettiin oikeudenkäymiskaaren 30 luvun säännöksiä muu-toksenhakuoikeudesta korkeimpaan oikeuteen.

oikeudenkäyntejä ajatellen, ja korkeimman oikeuden ratkaisuille määriteltiin lainsäätäjän taholta muista tuomioistuinratkaisuksista poikkeava status oikeudenhoitoa ajatellen. Perustuslain uudistaminen puolestaan johti siihen, että tuomioistuimille säädettiin oikeus ja velvollisuus jättää eduskuntalain säännös soveltamatta, mikäli soveltaminen johtaisi ilmeiseen ristiriitaan perustuslain kanssa kyseisessä yksittäistapauksessa (PeL 106 §).

Edellä on lyhyesti lueteltu oikeusjärjestyksestä johtuvat tekijät, jotka ovat vaikuttaneet siihen, että tuomarin rooli on viime vuosikymmeninä muuttunut aiempaa monimuotoisemmaksi. Sovellettavien oikeuslähteiden lisääntyminen, kansainvälistyminen ja aiempaa nopeampi säännösten muutostahti asettavat yhä enemmän vaatimuksia tuomarin tiedollisille ja taidollisille valmiuksille. Lainsäätäjä ei välttämättä reagoi kansainvälisistä velvoitteista johtuviin lainsäädäntötarpeisiin riittävän ripeästi, jolloin tuomari joutuu etsimään ratkaisua oikeudelliseen ongelmaan suoraan kansainvälisistä oikeuslähteistä. Tuomarilla on käsittelemisään asioissa *ratkaisupakko*, vaikka lainsäätäjä ei tarjoaisikaan ajantasaisia työkaluja ratkaisun tekemiselle. Oikeuslähteiden lisääntyminen ja niiden sisältämän tulkinnanvaran laajeneminen paitsi lisäävät tuomarille asetettavia vaatimuksia myös korostavat hänen yhteiskunnallista merkitystään ja yhteiskuntaan vaikuttavaa vallankäyttöään. Tuomarin aiempaa keskeisempi asema yhteiskunnallisena toimijana johtaa väistämättä myös siihen, että häneen kohdistuu aiempaa tehostuneempaa kontrollia sekä lakisääteisten valvontamekanismien että julkisuuden kautta.

## 1.3 Periaatteiden laatiminen Suomessa

### 1.3.1 Työryhmä periaatteita valmistelemaan

Suomessa eettisten periaatteiden laatimiseen johtanut keskustelu käynnistyi tuomarikunnan piirissä sikäli, että ensimmäistä kertaa ajatus esitettiin hovioikeuksien presidenttien taholta, jotka 15.10.2009 esittivät Tuomariliitolle eettisten ohjeiden laatimista. Aloite johti käytännön toimenpiteisiin varsin pian, sillä Tuomariliiton ja Korkeimpien oikeuksien tuomarien yhdistys ry:n hallitukset asettivat 3.5.2010 työryhmän valmistelemaan tuomarin eettisiä periaatteita. Hankkeen käynnistämistä esiteltiin lyhyesti myös toukokuussa 2010 pidetyssä Tuomariliiton vuosikokoustilaisuudessa Maarianhaminassa. Työryhmän puheenjohtajaksi valittiin entinen Tuomariliiton puheenjohtaja, hovioikeudenlaamanni Tapani Vasama ja jäseniksi oikeusneuvos Pertti Välimäki, hallintoneuvos Anne E. Niemi, esittelijäneuvos Marja-Liisa Judström, käräjätuomari Kimmo Vanne ja käräjätuomari Paula Virrankoski.

Työryhmän sihteerinä toimi vakuutus oikeussihteerinä Antti Tapanila.<sup>14</sup>

Työryhmän kokoonpanoa tarkasteltaessa voidaan todeta, että Suomessa eettisiä periaatteita valmisteltiin yksinomaan tuomarikunnasta koostuvassa työryhmässä. Työryhmän asettajana ja hankkeen alullepanijana sekä lopputuloksen hyväksyjänä oli Tuomariliitto, eli hankkeeseen ei osallistunut valtiovaltaa tai sidosryhmiä edustaneita tahoja lukuun ottamatta työryhmän toteuttamia kuulemisia. Hanke oli siten kansainvälisten suositusten linjoilla, sillä valmistelutyö tapahtui täysin tuomarikunnan toimin. Toisaalta valittu ratkaisu työryhmän kokoonpanosta edellytti sidosryhmien, lainkäytön osallisten ja asiantuntijakannanottojen hankkimista muilla tavoilla, koska ulkopuolisia jäseniä ei työryhmässä ollut.

### *1.3.2 Valmistelutyön vaiheista*

Periaatteiden valmisteluprosessin määrittäminen ja käytännön valmistelutoimenpiteiden hoitaminen oli pitkälti työryhmän tehtävänä. Ensi vaiheessa vuoden 2010 loppuun mennessä työryhmä laati ensimmäisen luonnoksen periaatteista, joka rakenteeltaan erosi olennaisesti lopullisesta ja sisälsi tuomarin ammattihyveiden määrittelyt. Periaatteiden luettelo oli tuossa vaiheessa laajempi ja luonnos muistutti jäljempänä (luku 3.1.2) esiteltävistä esikuvista ENCJ:n raporttia, jossa niin ikään on tarkasteltu hyvän tuomarin ominaisuuksia.<sup>15</sup> Vuonna 2010 laadittu luonnos periaatteista toimitettiin Tuomariliitolle ja Korkeimpien oikeuksien tuomareiden yhdistys ry:lle arvioitavaksi 23.12.2010, jolloin periaatteiden laatimisesta esitettiin yhdistyksille myös taustoittava muistio. Muistiossa arvioitiin valmistelun jatkamista ja esitettiin kolme vaihtoehtoa, joista perusteellisin malli lopulta tuli valituksi. Nopein vaihtoehto olisi ollut periaatteiden hyväksyminen Tuomariliiton vuosikokouksessa toukokuussa 2011, mutta tällöin laajamittainen periaatteiden keskusteluttaminen tuomioistuimissa ei olisi ollut mahdollista. Työryhmä piti muistiossaan tärkeänä, että periaatteista käydään laajaa keskustelua, koska se mahdollistaa tuomarikunnan sitoutumisen periaatteisiin.<sup>16</sup>

Olenainen vaihe periaatteiden valmistelutyössä oli sidosryhmien ja lainkäytön osallisten kuuleminen tammikuun lopulla 2011. Kuulemistilaisuuteen oli kutsuttu edustajia Asianajajaliitosta, Eduskunnan oikeusasiamiehen kansliasta, oikeustieteellisistä tiedekunnista, filosofisesta tiedekunnasta, Lakimiesliitosta, Oikeuskanslerinvirastosta, oikeusministeriöstä, Oikeuspoliittisesta tutkimuslaitoksesta, oikeustoimittajista ja Valtakunnansyyttäjän-

<sup>14</sup> Työryhmää täydennettiin työn viimeistelyvaiheessa Tuomariliiton päätöksestä kahdella jäsenellä, jotka olivat oikeussihteerinä Kaarlo Hakamies ja käräjätuomari Pekka Louhelainen.

<sup>15</sup> Luonnos periaatteista 2010.

<sup>16</sup> Muistio tuomarietiikasta 2010.

virastosta.<sup>17</sup> Kaikki kutsutut tahot eivät lähettäneet edustajiaan tilaisuuteen, mutta eri tuomarijärjestöistä paikalle saapui verraten runsas osanotto ja periaatteista käytiin monipuolista keskustelua. Lisäksi yhden oikeustieteellisen tiedekunnan edustaja toimitti kommentteja periaateluonnoksesta sähköpostitse myös muiden tilaisuuden osallistujien luettavaksi. Käydyssä keskustelussa lainkäytön osallisia edustaneet suhtautuivat kannustavasti hankkeeseen ja pitivät luonnosta hyvänä perustana työlle, mutta suosittelivat periaateluettelon kiteyttämistä ja jäntevöittämistä. Oikeustieteellisen tiedekunnan edustaja piti hyve-eettistä näkökulmaa mielenkiintoisella tavalla klassiseen filosofiaan kytkeytyvänä.

Kuulemistilaisuuden osanottajat pitivät luonnoksessa esitettyä rajoitetta tuomarin keskusteluun osallistumisesta liian kategorisena ja suosittivat ennemminkin sen reunaehtojen tarkastelua. Osallistujat pitivät ongelmallisena sitä, että tuomarin osallistumista yhteiskunnalliseen keskusteluun voimaperäisesti rajoitetaan, koska se estää tuomaria käyttämästä sananvautta ja saattaa ehkäistä yhteiskunnallisesti merkityksellistä toimintaa. Lisäksi tuotiin esille, että tuomareiden julkinen esiintyminen on Suomessa ollut perinteisesti vähäistä.<sup>18</sup> Tämä pohdinta johtui siitä, että luonnoksessa oli todettu seuraavaa.

”Tuomari ei osallistu julkiseen tai tieteelliseen keskusteluun, jota käydään hänen virassaan käsittelemistään asioista. Tuomarin tärkein puheenvuoro asiasta ilmenee tuomioistuimen antaman ratkaisun perusteluista.”

Työryhmä laati keväällä 2011 toisen luonnoksensa periaatteista, joka toimitettiin Tuomariliiton jäsenyhdistyksille. Luonnos eroaa esitystavaltaan ja rakenteeltaan olennaisesti ensimmäisestä versiosta, sillä periaatteet ryhmiteltiin neljään otsikoituun osioon, jotka ovat riippumattomuus ja puolueettomuus, avoimuus, oikeamielisyys ja ammattitaito. Tällaisena ryhmittely säilyi vahvistettuihin periaatteisiin, joskin sisällöllisiä muutoksia tehtiin vielä runsaasti. Lisäksi työryhmä esitti maaliskuussa 2011 pitämässään kokouksessa jatkokäsittelyä niin, että periaatteet vahvistetaan Tuomariliiton vuosikokouksessa toukokuussa 2012 ja julkistetaan tuomaripäivillä lokakuussa 2012.<sup>19</sup> Myös tältä osin työryhmän esitys aikanaan toteutui.

Periaatteita käsiteltiin seuraavan kerran laajemmalla kokoonpanolla Tuomariliiton vuosikokouksessa 2011 Hämeenlinnassa. Koolle olleet tuomarit osallistuivat keskusteluun aktiivisesti ja erityisen vilkasta ajatustenvaihtoa käytiin lakisidonnaisuudesta. Osallistujille jaetussa periaateluonnoksessa asia oli muotoiltu seuraavasti.

<sup>17</sup> Muistio tuomarietiikasta 2010.

<sup>18</sup> Kuulemistilaisuus 2011.

<sup>19</sup> Pöytäkirja 2.3.2011.

”Tuomari on sitoutunut oikeusvaltioperiaatteeseen. Tämä edellyttää, ettei tuomari ylitä laillisuuden tai harkintavaltansa rajoja. Tuomari saa luopua lakisidonnaisuudesta vain, jos demokratia tai ihmis- ja perusoikeudet olisivat muuten ilmeisessä vaarassa.”

Tuomarikunnassa pidettiin ongelmallisena sitä, että periaateluonnoksessa tuomarille tarjottiin mahdollisuus sivuuttaa virkatoimissaan lainsäädäntö, vaikka tämä mahdollisuus luonnoksessa liittyi yhteiskuntajärjestystä uhkaavaan kriisitilanteeseen. Tähän kysymykseen palataan jäljempänä luvussa 4.1, joten tässä vaiheessa riittää toteamus, että vuosikokouksessa käyty keskustelu yhdessä toisen kuulemisen tuottaman palautteen kanssa johti sittemmin siihen, että kyseistä kohtaa periaatteissa muutettiin varsin olennaisesti.<sup>20</sup>

Syksyllä 2011 työryhmän ryhtyessä viimeisen luonnoksen hiomiseen kokoonpanoa vahvistettiin erityisesti siitä syystä, että käräjätuomareiden yhdistys oli esittänyt painokasta kritiikkiä periaateluunnoksesta. Tässä vaiheessa periaatteisiin ei enää tehty radikaaleja sisältöön kohdistuneita muutoksia, vaan pyrittiin vain hiomaan esitystapaa ja sanamuotoja. Viimeistelty luonnos lähetettiin kuulemiskierrokselle loppuvuodesta 2011, jolloin kuuleminen toteutettiin kirjallisesti. Kuuleminen kohdistettiin kaikkiin tuomioistuimiin sekä lainkäytön osallisiin. Kuuleminen tuotti etenkin tuomioistuimista runsasta palautetta, joka koottiin palauteyhteenvedoksi, ja näiden pohjalta laadittiin lopullinen Tuomariliiton vuosikokoukselle 2012 tehty esitys. Työryhmä kävi systemaattisesti läpi saadun palautteen ja arvioi, minkälaisiin tarkistuksiin se antoi aihetta. Työryhmä toimitti palautteen antaneille tahoille korjatun versionsa, jossa se myös perusteli, miksi joiltakin osin ei ollut tehty esitettyjä korjauksia.<sup>21</sup>

Tässä yhteydessä palautetta ei ole aiheellista käydä laajemmin läpi, vaan sitä on esitelty jäljempänä asiayhteyksissään samoin kuin työryhmän näemyksiä siitä, miksi joihinkin esitettyihin korjauksiin ei ryhdytty. Työryhmä luovutti esityksensä Tuomariliitolle, joka vuosikokouksessaan toukokuussa 2012 Lappeenrannassa hyväksyi esityksen. Vastaavasti myös Korkeimpien oikeuksien tuomarien yhdistys ry hyväksyi periaatteet vuosikokouksessaan. Varsinainen periaatteiden julkistaminen tapahtui Tuomaripäivillä Helsingissä lokakuussa 2012, jonne saatiin jaettaviksi Tuomariliiton oikeusministeriön taloudellisen tuen varassa painattamat Tuomarin eettiset periaatteet.<sup>22</sup>

<sup>20</sup> ”Tuomari sitoutuu oikeusvaltioperiaatteeseen sekä ihmis- ja perusoikeuksien kunnioittamiseen. Tuomari ei ylitä laillisuuden tai harkintavaltansa rajoja.”

<sup>21</sup> Ks. työryhmän vastaus 2012.

<sup>22</sup> Tuomarin eettisten periaatteiden julkaiseminen on noteerattu myös Euroopan neuvoston korruption vastaisen toimielimen (*Greco*) Suomea koskeneessa raportissa 27.3.2013 (ks. *Greco* 2013, s. 31). *Greco* on jatkotoimenpiteinä suosittanut, että tuomarin eettiset periaatteet toimitetaan myös tuomioistuimien maallikko- ja asiantuntijajäsenten käyttöön



Painetussa vihkosessa periaatteet on käännetty myös ruotsiksi, englanniksi ja ranskaksi.<sup>23</sup>

## 2 ETIIKKA JA AMMATTIEETTISET PERIAATTEET

### 2.1 Lyhyesti etiikasta

Etiikka on tutkimusala, joka tutkii moraalialia ja siihen liittyviä kysymyksiä, kuten eettisen toiminnan periaatteita, oikeaa ja väärää, hyvää elämää sekä arvojen ja eettisten väittämien luonnetta.<sup>24</sup> Etiikan tehtäväkenttää voidaan määritellä myös kuvaamalla kysymyksiä, joihin etiikka hakee vastauksia. Etiikka pyrkii vastaamaan esimerkiksi siihen, mitä yksilön pitäisi tehdä tehdäkseen oikein. Vaihtelee ko moraali eli eettisesti oikea toimintamalli ajasta ja paikasta riippuen? Mistä moraalin velvoittavuus johtuu? Mikä on moraalin alkuperä? Mikä on moraaliarvostuksen objekti? Moraalilla tarkoitetaan tässä yhteydessä eron tekemistä hyvän ja pahan välillä. Moraali on siis etiikan tutkimuskohde, mutta ei ainut sellainen.<sup>25</sup>

Filosofian tieteenalaan kuuluvan etiikan keskeiset osa-alueet ovat eettisten käsitteiden ja moraalisen kielen luonnetta ja perustaa tutkiva *metaetiikka*, eettisiä normeja määrittävä *normatiivinen etiikka* sekä erilaisten eettisten arvojen soveltamista koskeva *soveltava etiikka*.<sup>26</sup> Tässä yhteydessä ei ole syytä perehtyä tarkemmin metaetiikan kysymyksenasetteluihin, sillä ammattieettisten periaatteiden kannalta olennaisempaa on hahmottaa periaatteita, joilla eettisiä normeja tulee arvioida. Normatiivisen etiikan alaan kuuluvien jaotteluiden selvittäminen on perusteltua, sillä ne auttavat hahmottamaan, minkälaisilla eri perusteilla eettisiin kysymyksiin on mahdollista hakea vastauksia.

Normatiivinen etiikka pyrkii vastaamaan kysymykseen siitä, mikä on hyvää ja millä perusteella. Tämänkaltainen kysymys on askarruttanut ajattelijoita jo Aristoteleesta ja Platonista alkaen, ja eräs normatiivisen etiikan teorioista eli hyve-etiikka on saanut alkunsa Aristoteleen kehittelemänä. Hyve-etiikassa huomio ei ole niinkään henkilön yksittäisissä teoissa vaan

---

sekä huolehditaan siitä, että eettiset periaatteet otetaan osaksi tuomareiden koulutusta ja pyritään muutenkin varmistamaan niiden toteutuminen lainkäytössä.

<sup>23</sup> Vihkosen ulkoosan suunnittelusta ja taittamisesta on huolehtinut graafinen suunnittelija Jussi Kaakinen.

<sup>24</sup> Airaksinen 1993, s. 9–16; Rentto 1999, s. 481 ja <http://fi.wikipedia.org/wiki/Etiikka>, 21.12.2012.

<sup>25</sup> Harva 1958, s. 20–23.

<sup>26</sup> <http://fi.wikipedia.org/wiki/Etiikka>, 21.12.2012.

henkilön hyvinä pidettävissä luonteenpiirteissä ja niiden tietoisessa kehittämisessä. Aristoteles pyrkii teoksessaan *Nikomakhoksen etiikka* erittelemään hyviä ominaisuuksia ja luonteenpiirteitä sekä pitää keskeisenä kokemukseen perustuvaa hyveiden kehittämistä. Aristoteleella hyve on usein tietynlaisen ”kultaisen keskitien” noudattamista, jolloin yksilön ominaisuuksien tulee olla tasapainossa.<sup>27</sup> Aristoteles esittää myös mielenkiintoisen ajatuksen siitä, että tietty hyvä teko ei ole sitä aina ja kaikissa tilanteissa, vaan teon hyvyys tulee arvioitavaksi lopputuloksen mukaan. Aristoteleen etiikkaa voidaan siten luonnehtia teleologiseksi.

Myös toinen klassinen filosofi, Platon, kuuluu hyve-etiikan edustajiin, vaikka Platonin filosofia poikkeaa perusteiltaan olennaisesti Aristoteleesta. Platonin eettisiin näkemyksiin liittyy käsitys siitä, että väärän toiminnan taustalla on tietämättömyys siitä, mikä on oikein ja hyvää. Tietoisuus hyvästä estää siten väärät teot eli olennaista on pyrkimys kehittää hyveeseen liittyvää tietoisuutta.<sup>28</sup> Yhteistä Aristoteleelle ja Platonille on se, että heidän eettisten käsitystensä kulmakivi on yksilön hyveen kehittäminen, jolloin hän tulee kykeneväksi toimimaan eettisesti oikealla tavalla. Mitään ulkopuolista mittapuuta yksilön hyveiden määrittelylle ei aseteta.

Toisessa normatiivisen etiikan lajissa eli velvollisuusetiikassa huomio kiinnitetään yksilön hyvien ominaisuuksien sijasta siihen, minkälaisien yleisluontoisten normilauseiden perusteella tekojen hyvyyttä arvioidaan. Velvollisuusetiikka rakentuu ajatukselle siitä, että oikeasta ja väärästä on olemassa jokin ajasta ja paikasta riippumaton ydinsisältö, joka on jokaisen yksilön pääteltävissä. Velvollisuusetiikan kehittäjänä tunnetaan Immanuel Kant, jonka mukaan on olemassa yksilöistä riippumaton moraalilaki eli kategorinen imperatiivi, joka on hyvän toiminnan perusta. Kant katsoi, että ainoastaan tuon moraalilain mukainen tietoinen teko on hyvä. Kantin mukaan jokainen yksilö on tietoinen a priori kyseisestä moraalilaista ja kykenee sen sisällön selvittämään.<sup>29</sup> Kant on formuloinut kategoriseksi imperatiiviksi seuraavanlaisen normilauseen: ”Toimi aina siten, että toimintatavastasi voitaisiin tehdä yleinen moraalilaki.” Voidaan havaita, että Kantin muotoiluun verrattava yleinen moraalilain määritelmä sisältyy Matteuksen evankeliumiin: ”Kaikki, minkä tahdotte ihmisten tekevän teille, tehkää te heille” (Mat. 7:12).

Edellä olevia Kantin ja Matteuksen evankeliumin normilauseita verrattaessa voidaan havaita, että niissä pyritään muotoilemaan ajasta ja paikasta

<sup>27</sup> Aristoteles [1981], s. 48–60. Aristoteles tiivistää ajatteluaan mm. seuraavasti: ”Hyve on siis ylipäänsä eräänlainen keskiväli, sillä kaikki hyveen mukainen tähtää keskiväliin.” ”On siis kolmenlaisia käyttäytymistapoja. Kaksi on huonoa, nimittäin liiallisuuksiin menevät ja puutteelliset, ja yksi on hyve ja se edustaa keskiväliä.”

<sup>28</sup> Pietarinen 2001, s. 51–57.

<sup>29</sup> Harva 1958, s. 55–57 ja Airaksinen 1993, s. 166–177.

riippumaton yleinen moraalinen mittapuu, jonka mukaan yksilön tekoja on arvostettava. Vaikka muotoilut eroavat sisällöltään, osoittaa tämä yhtäläisyys sitä, että molemmissa kysymys on velvollisuusetiikasta. Yksilön tekojen mittapuu on jokin annettu ajasta ja paikasta riippumaton määritelmä, jonka perusteella yksilön toiminnan hyvyttä arvioidaan. Velvollisuusetiikan kirjo laajenee siten Kantin ja kristinuskon edustamasta uudempiin kehitelmiin, joista voidaan mainita libertaristinen etiikka. Libertaristisen etiikan esille nostaminen tässä yhteydessä on aiheellista siksi, että se eräin tavoin pohjautuu modernille taloustieteelliselle käsitykselle ja ideaalille mahdollisimman laajasta yksilönvapaudesta.<sup>30</sup> Velvollisuusetiikan osalta voidaan todeta vielä se, että myös kansainväliset ihmisoikeussopimukset ilmentävät vastaavin tavoin ajatusta universaalista ja kaikkia yksilöitä velvoittavasta normistosta, joka kuvaa annettuja ja kaikkien noudatettavaksi tarkoitettuja oikeudellisia periaatteita.

Kolmantena etiikan oppisuuntana on utilitaristinen etiikka, jossa yksilön ominaisuuksien tai ajasta ja paikasta riippumattoman moraalilain sijasta kiinnitetään huomio yksilön tekojen hyödyllisyyteen. Utilitarismissa keskeistä on, tuottaako teko hyötyä. Hyöty puolestaan on oppisuunnan piirissä määritelty vaihtelevin tavoin. Hyöty on perinteisesti nähty esimerkiksi nautintona, eli yksilön teko on hyvä, jos se lisää yksilön omaa nautintoa. Altruistisessa mallissa hyötynä pidetään toisen yksilön nautinnon lisäämistä.<sup>31</sup> Utilitarismissa kiinnostavaa on se, että mitään yksittäistä tekoa ei voida sinällään arvioida hyvän tai pahan asteikolla, vaan olennaista on teon tuottama hyöty.

Utilitarismissa jossakin määrin harhaanjohtava ja oppisuuntaa mahdollisesti tarpeettomasti leimaava yksityiskohta on yksilön henkilökohtaisen nautinnon lisäämisen asettaminen hyvän mittapuuksi. Länsimaisen kristillisperusteisen arvokäsityksen näkökulmasta itsekkään hedonismin asettaminen ylimmäksi hyvän määritelmäksi vaikuttaa hämmäntävältä, joskaan ajatus sinällään ei ole nykytodellisuudesta pääteltäville arvokäsityksille vieras. Utilitarismia ei kuitenkaan tarvitse pitää ainoastaan hedonismin varaan rakentuvana eettisenä oppisuuntana, sillä esimerkiksi utilitarismin tätä puolta kriittisesti arvioinut G. E. Moore on osoittanut heikkouksia utilitarismin pyrkimyksessä asettaa nautinto moraalinen mittapuuksi. Moore on erotellut hyvän välineenä ja hyvän päämääränä itsessään. Mooren mukaan oikea teko on sellainen, joka tuottaa kokonaisuudelle mahdollisimman paljon

<sup>30</sup> Nozick 1974, s. 4–12 ja Rentto 1999, s. 495. Libertaristisen etiikan näkökulmasta yksilön vapaus on hyvän ainut mittapuu ja siihen puuttuminen voi olla oikeutettua vain silloin, jos vapauden käyttäminen johtaisi toisen henkilön vapauteen puuttumiseen. Esimerkiksi Nozick ei perustele juuri lainkaan sitä, miksi yksilönvapaus on kaiken perustana oleva luovuttamaton arvo, vaan hahmottelee sitä, minkälainen yhteiskunta toteuttaa yksilönvapautta mahdollisimman suuressa määrin.

<sup>31</sup> Harva 1958, s. 42–43 ja Airaksinen 1993, s. 136–146.

hyvää. Mikä on hyvää, on puolestaan tiedon asia, joka on pääteltävissä arvoista. Mooren ja eräiden muiden saman oppisuunnan edustajien edustama ns. arvoetiikka lähenee sikäli velvollisuusetiikkaa, että moraaliala ei tarkastella yksilön näkökulmasta vaan hyvän mittapuuna pidetään yksilön ulkopuolisia tekijöitä. Arvoetiikassa yleinen moraalilaki on korvattu yksilön pääteltävissä olevilla arvonäkökohdilla.<sup>32</sup> Tämä on ymmärrettävissä niin, että arvot eivät koostu yksittäisestä moraalilaista, vaan ne ovat argumentteja valittaessa vaihtoehtoa, joka mahdollistaa mahdollisimman suuren kokonaishyödyn toteutumisen.

## 2.2 Etiikan oppisuunnat ja tuomarin etiikka

Edellä on lyhyesti esitelty vuosisatojen aikana kehiteltyjä oppisuuntia, joilla on pyritty ratkaisemaan kysymystä siitä, millä perustein tietty teko tai valinta on osoitettavissa hyväksi. Kaikki oppisuunnat ja niiden piirissä syntyneet ratkaisuyritykset sisältävät heikkoja kohtia sikäli, että ne eivät tarjoa tyhjentävää vastausta moraalisen arvioimisen ongelmaan. Hyve-etiikkaa voidaan perustellusti arvostella siitä käytännön näkökulmasta, että ajatus yksilön pyrkimyksestä kehittää hyveitään perustuu oletukselle yksilön hyvään suuntautuneesta tavoitteesta. Arkielämä kuitenkin osoittaa, että ihmiset toimivat monin eri tavoin eikä oletukselle universaalista yksilöiden pyrkimyksestä hyveiden kehittämiseen ole katetta. Kysymys hyvistä ominaisuuksista on niin ikään arvostuksenvarainen asia, joka vaihtelee yksilökohtaisesti, eikä ole kovin helppoa osoittaa tiettyjä yleisesti hyvinä pidettyjä ominaisuuksia, ei edes tietyn rajatun joukon, kuten vaikkapa ammattikunnan edustajien, keskuudessa.

Velvollisuusetiikka ja arvoetiikka puolestaan edellyttävät yksilöiden ulkopuolista, ajasta ja paikasta riippumatonta moraalilakia tai mahdollisuutta päätellä ulkopuolelta ”hyvän” arvioimisen perusteet. Arvorelativismina tunnettu käsitys kuitenkin torjuu tällaisen ulkopuolisen ja yksilöistä riippumattoman järjestelmän olemassaolon ja pitää hyvää aikaan ja paikkaan sidottuna ilmiönä.<sup>33</sup> Äärimmillen vietyinä arvorelativismi tarkoittaa sitä, että 1930-luvulta alkaneet juutalaisvainot Saksassa eivät olleet moraalisesti paha teko, koska yhteisössä vallinneiden moraalikäsitysten mukaan juutalaisten vainoaminen ei ollut väärin vaan sille oli esitettävissä kyseisen yhteisön oikeutettuna pitämät perustelut.

<sup>32</sup> Harva 1958, s. 95–108 ja Airaksinen 1993, s. 28–35.

<sup>33</sup> Arvorelativismi tarkoittaa sitä, että arvoja pidetään subjektiivisena asiana eikä yhden arvokäsityksiä voida millään mittapuulla arvioida toista paremmiksi. Ks. Aarnio 2006, s. 214–216, jossa arvorelativismia on arvioitu oikeudellisen ratkaisutoiminnan näkökulmasta. Ks. arvorelativismista myös Niiniluoto 2003, s. 253–258.

Utilitarismissa puolestaan heikkoutena on, että yksilön, yhteisön tai toisen yksilön (altruismi) hyödyn määrittäminen on arvostuksenvarainen asia, kuten hyve-etiikan perustana olevien yksilön hyveiden. Pitkälle vietyinä utilitarismissa on omiaan ehkäisemään yhteisöllisen elämänmuodon, jos hyvän ainut mittapuu on yksilön oman nautinnon maksimoiminen. Jokainen voi helposti kuvitella yhteiskunnan, jossa tämänkaltainen normi on moraalin mittatikkuna. Jokaisen yksilön nautinnon maksimoiminen tarkoittaisi käytännössä erityisen vaikeita rajanvetoja siitä, mihin saakka kullekin voidaan sallia ”hyvän” tavoittelu ilman, että se vaarantaa muiden yksilöiden oikeutta vastaavaan. Eikö esimerkiksi enemmän omaisuutta omistavan velvoittaminen luopumaan osittain omastaan merkitse sitä, että hänen hyvänsä kajotaan, vaikka sen perusteena olisi köyhemmän hyvän lisääminen?

Ammattietiikan kannalta kysymys moraalin mittapuusta ei ole ylipääsemätön ongelma, sillä ammattieettisillä periaatteilla pyritään tarkastelemaan hyvän ja pahan erottelua tietyssä suljetussa systeemissä, kuten vaikkapa lainkäyttötoiminnassa, jossa arvioiminen voi perustua systeemille ulkopuolelta asetettuun tavoitteeseen. Otettaessa esimerkiksi vaikkapa tuomari voidaan ajatella, että yhteiskunta on asettanut tuomarin ratkaisemaan yksilöiden tai yksilön ja julkisen vallan välisiä ristiriitoja, jolloin hyvän tuomarin toiminnan tulee olla sellaista, että se mahdollisimman suurella määrin edesauttaa tämän tavoitteen toteutumista. Voidaan havaita, että moraalille on näin asetettu jonkinlainen yleispätevä mittapuu, olkoonkin, että se sisältää arvostuksenvaraisia tekijöitä alettaessa pohtia tarkemmin, mitkä toimintatavat kuuluvat välttämättöminä lainkäytön tavoitteen toteuttamiseen.

Mitä sitten on ammattietiikka? Oikeastaan edellä moraalin perustan arvostuksenvaraisuudesta lausuttu perustelee tarpeen ammattietiikalle. Ammattietiikalla tarkoitetaan sovellettua etiikkaa, joka käsittelee ammattillisten tekojen eettisyyttä.<sup>34</sup> Ammattietiikan hahmottaminen tietyn ammattikunnan sisäisesti ja julkilausutuina kannanotoin on omiaan luomaan arvostuksenvaraiselle asialle merkityssisältöä, josta ammattikunnan jäsenet ja ulkopuoliset voivat päätellä, minkälaisia arvoja ammattikunta katsoo tarpeelliseksi noudattaa. Ammattietiikan periaatteet on aiheellista lausua julki, koska yleisluontoinen vaatimus hyvästä ammattitoiminnasta vaatii tuekseen konkreettisempia määrittelyitä, jotta se olisi sisäistettävissä ja ymmärrettävissä.<sup>35</sup> Myös mahdollisuus sitoutua ammatin edustajana tiettyihin hyvän toiminnan perusedellytyksiin edellyttää julkilausuttuja ammatillisia arvoja.<sup>36</sup>

<sup>34</sup> Pursiainen 2001, s. 32–43, Airaksinen 1992, s. 19 ja <http://fi.wikipedia.org/wiki/Ammattietiikka>, 21.12.2012.

<sup>35</sup> Aarnio 2010, s. 542.

<sup>36</sup> Pursiainen 2001, s. 38.

Ammattietiikka julkilausuttuine arvoineen heijastelee tietyllä tavalla velvollisuusetiikan mukaista käsitystä etiikasta. Yksilön ulkopuolinen toimija, useimmiten ammattikunta kollektiivina, on esittänyt jonkinlaisen yhteisen näkemyksen niistä perusteista, joilla hyvää ammattitoimintaa voidaan arvioida. Vertaamalla ammattikunnan edustajan toimia näihin periaatteisiin ulkopuolinen arvioija kykenee päätelemään, täyttääkö toiminta hyvän ammattitoiminnan tunnusmerkit. Vaikka tällainen vertaaminen rinnastuu oikeudelliseen ratkaisutoimintaan, lain noudattamisen jälkikäteeseen kontrolloimiseen, ammattieettisten periaatteiden ydinajatus ei ole tuottaa normistoa hyvän ammattitoiminnan arvioimiseen. Pikemminkin ammattieettisten ohjeiden tarkoitus on kuvata tavoitteita, joihin hyvässä ammattitoiminnassa pyritään.

Tuomarin eettisissä periaatteissa on kysymys suuntaviivojen antamisesta matkalle kohti hyvää ammatillista toimintaa, eikä tarkoitus ole antaa yksityiskohtaisia toimintaohjeita ammatissa vastaantuleviin kiperiin tilanteisiin. Tällä tavoin ajateltuna ammattietiikkaan kuuluvat periaatelauseumat voidaan nähdä myös hyve-etiikan näkökulmasta luonnehdintoina siitä, minkälaisia määreitä hyvään ammatin edustajaan voidaan liittää.<sup>37</sup> Ammattieettiset periaatteet liittyvät myös utilitaristisen etiikan lähtökohtiin sikäli, että periaatteissa voidaan asettaa tavoiteloja, joihin pääsemiselle ei ole edellytetty ennalta määriteltyä keinoa. Tuomarin eettisistä periaatteista voidaan ottaa tästä esimerkiksi kohdassa 12 edellytetty työkyvyn ylläpitämisestä huolehtiminen. Millä tavalla tämä tapahtuu, jää eettisissä periaatteissa avoimeksi. Tuomarin tulee siis pyrkiä ylläpitämään työkykyään itse valitsemillaan keinoilla, jolloin keinojen ”hyvyyttä” voidaan arvioida ainoastaan sitä kautta, onko tavoite eli työkyvyn säilyminen saavutettu.

Tuomarin eettiset periaatteet sisältävät johdanto-osassa kannanoton siitä, miten niitä laadittaessa on ymmärretty ammattieettisten periaatteiden merkitys:

”Tuomarin eettiset periaatteet ovat tuomarille tärkeä itsearviointin väline. Eettisten periaatteiden tarkoituksena ei ole kuvata hyvältä tuomarilta vaa-dittavia ominaisuuksia, vaan eettisesti oikeaa toimintaa, johon tuomarin tulee työssään pyrkiä. Periaatteet ovat luonteeltaan eettisiä tavoitteita, jotka toimivat apuvälineinä eettisesti perusteltujen valintojen tekemiseen. Periaatteet eivät kuvaa eettiselle toiminnalle asetettavia vähimmäisvaatimuksia, vaan tavoitetasoa, johon lainkäyttötoiminnassa tulee pyrkiä.”

Edellä siteeratusta eettisten periaatteiden kohdasta ilmenee, että periaatteita laadittaessa on haluttu rajata hyve-etiikkaan liittyvää hyvän tuomarin

<sup>37</sup> Ks. Airaksinen 1992, s. 46.

ominaisuuksien tarkastelu periaatteiden ulkopuolelle. Sen sijaan maininnat itsearvioinnin välineestä ja pyrkimisen kohteeksi asetetusta tavoitetasosta viittaavat siihen, että periaatteilla on velvollisuusetiikkaa ja utilitarismia sivuaavia ulottuvuuksia. Vaikka hyveiden määrittelyyn ei ole tietoisesti haluttu lähteä, on vaikea kuvitella, etteikö julkilausutuilla eettisillä periaatteilla olisi merkitystä myös hyvän tuomarin määrittelemisessä. Hyvien ominaisuuksien korostaminen on kuitenkin omiaan hämärtämään sitä lähtökohtaa, että eettisesti korkeatasoiseen ammattitoimintaan on kaikkien mahdollista pyrkiä.

### 3 TUOMARIN EETTISET PERIAATTEET AMMATTIETIIKAN KENTÄSSÄ

#### 3.1 Kansainväliset suositukset periaatteiden mallina

##### 3.1.1 *Bangalore Principles of Judges*

Kansainvälisellä tasolla tuomarin eettisiä periaatteita on käsitelty YK:n korruption vastaisen työn puitteissa käynnistetyssä työryhmässä, johon on kuulunut jäsenenä päällikkötuomareita eri maista. Pontimena työryhmän työskentelylle oli tarve lisätä luottamusta tuomioistuimien riippumattomuuteen ja oikeusjärjestykseen yleisesti. Työryhmä laati tuomarin eettisistä periaatteista asiakirjan *The Bangalore Principles of Judicial Conduct* vuonna 2002, jossa on ilmaistu tuomarin eettisten periaatteiden standardit. Asiakirjassa eettiset periaatteet on jaoteltu keskeisiin arvoihin, joita ovat riippumattomuus, puolueettomuus, koskemattomuus, asiallisuus, tasapuolisuus sekä ammattitaito ja tunnollisuus.<sup>38</sup>

Verrattaessa Suomessa vahvistettuja tuomarin eettisiä periaatteita *Bangalore Principles of Judicial Conduct 2002* -asiakirjaan voidaan todeta, että asiakirjoilla on huomattavaa yhtäläisyyttä paitsi arvojen jaottelun mutta myös niiden tarkemman muotoilun osalta. Silti asiakirjoissa on myös merkittäviä eroja, ja hieman yllättäen Bangaloren periaatteet ovat joiltakin osin yksityiskohtaisempia. Bangaloren periaatteet esimerkiksi ottavat huomioon tuomarin viran tuoman maineen käyttämisen taloudellisen hyödyn tavoittelemiseen sekä kieltävät lahjuksen vastaanottamisen.<sup>39</sup> Lisäksi voidaan

<sup>38</sup> *Independence, impartiality, integrity, propriety, equality and competence & diligence.*

<sup>39</sup> ”A judge shall not use or lend the prestige of the judicial office to advance the private interests of the judge, a member of the judge’s family or of anyone else, nor shall a judge convey or permit others to convey the impression that anyone is in a special position improperly to influence the judge in the performance of judicial duties.” Kohta 4.9

”A judge and members of the judge’s family, shall neither ask for, nor accept, any gift,

mainita Bangaloren periaatteiden huomiota herättävän yksityiskohtainen erittely siitä, minkälaisia sivutoimia tuomari voi harjoittaa (kohta 4.11).

Arvioitaessa syitä edellä mainituille eroavaisuuksille voidaan varovaisena päätelmänä todeta, että Suomessa virkatuomarit ovat yhteiskunnallisesti verraten näkymätön ammattiryhmä, joilla ei ole ollut pyrkimystä julkisuuteen eikä tuomarin viralla välttämättä ole vastaavaa statusta luovaa arvoa kuin maissa, joissa tuomioistuimilla on yhteiskunnallisesti näkyvämpi rooli. Suomalaisissa tuomarin eettisissä periaatteissa kohdissa 3 ja 5 esitetään näkökohtia sille, missä määrin ja mitkä reunaehdot huomioon ottaen tuomari voi osallistua yhteiskunnallisesti ja käyttää sanan- ja yhdistymisvapauttaan.

Lahjonnan osalta eettiset periaatteet eivät nimenomaisesti mainitse taloudellisten etujen vastaanottamista, mutta kohdassa 4 tuomarilta edellytetään, että tuomarin toiminta ja käyttäytyminen vahvistavat luottamusta hänen ammattitoimintansa perustumisesta lakiin ja oikeudenmukaisuuteen. On vaikea kuvitella lahjusten ottamista vakavampaa loukkausta näitä periaatteita kohtaan, vaikka tätä ei ole *expressis verbis* otettukaan periaatteisiin. Myös rikoslain lahjusrikoskriminalisoinnit ja toimiva rikosoikeudellinen järjestelmä estävät lahjuksiin liittyviltä väärinkäytöksiltä. Suomessa virkatuomareihin kohdistuvat lahjusjutut ovat äärimmäisen harvinaisia<sup>40</sup>, mutta kokemus on toisaalta osoittanut, että puhdas menneisyys ei ole tae siitä, etteikö ongelmia voisi tulla ilmi tulevaisuudessa. Voidaan myös arvioida, että väestöpohjaltaan pienen maan kohdalla suoranaiset rahalliset vastikkeet eivät ole välttämättä ainut tai keskeisin korruption ilmenemismuoto, vaan korruptio voi näyttäytyä erilaisten tuttavuusverkostojen ja vastavuoroisten palvelusten muodossa, joiden tunnistaminen on rahallista lahjontaa vaikeampaa.

### 3.1.2 Eurooppalaiset suositukset

Euroopan tasolla tuomarin eettisiä periaatteita on käsitelty Euroopan neuvostossa sekä Euroopan unionin puitteissa toimivassa kansallisten tuomioistuinvirastojen verkostossa (ENCJ). Jälkimmäinen on perustettu vuonna 2002 Euroopan maiden riippumattomien oikeuslaitosten muodostamaksi yhteistyöelimeksi, jonka tarkoituksena on lisätä keskinäistä vuorovaikutusta, tiedonvaihtoa ja yhteistyötä. ENCJ on statukseltaan kansainvälinen järjestö, joka saa rahoitusta Euroopan komissiolta ja jonka pysyvä toimisto on sijoitettuna Brysseliin.<sup>41</sup> Suomi on verkostossa mukana

---

bequest, loan or favour in relation to anything done or to be done or omitted to be done by the judge in connection with the performance of judicial duties.” Kohta 4.14

<sup>40</sup> Tässä yhteydessä on syytä mainita Pohjois-Suomen vesioikeuden lupa-asiassa hakijana olleelta yhtiöltä saatu kestitys, jota oikeusasiamies on tarkastellut ratkaisussaan EOA 1390/4/96.

<sup>41</sup> [Http://www.enj.eu/](http://www.enj.eu/), 27.12.2012.



tarkkailijana, koska Suomessa oikeuslaitosta edustaa toimeenpanovaltaa käyttävä oikeusministeriö eikä riippumaton tuomioistuinvirasto. ENCJ on julkaissut tuomarin etiikkaa koskevan raporttinsa 2010, jossa se on ottanut kantaa tuomarin tehtävissä edellytettäviin eettisiin periaatteisiin. Raportin johdannossa ENCJ on esittänyt syitä siihen, miksi eettisten periaatteiden arvioiminen on erityisen ajankohtaista.

”Nevertheless, in our European societies, the judge’s role has evolved: it is no longer confined to being ’the mouthpiece of the law’; the judge is also, to a certain extent, a creator of law, which requires responsibilities and ethical rules consistent with this evolution.”<sup>42</sup>

Verrattaessa edellä lainattua ENCJ:n raportin kohtaa tuomarin eettisten periaatteiden johdantoon voidaan havaita, että molemmissa on tehty samansuuntainen havainto keskeisestä oikeusjärjestyksestä johtuvasta muutoksesta tuomarin toimintaympäristössä. Tuomarin eettisten periaatteiden johdannossa on nimittäin todettu seuraavasti.

”Tuomari ei pelkästään sovelle lakia yksittäistapauksessa, vaan lainkäytössä myös luodaan oikeutta.”

Verrattaessa tuomarin eettisiä periaatteita ENCJ:n raporttiin voidaan jo lähtökohdissa osoittaa ilmeistä yhtäläisyyttä, mikä selittyy luontevimmin sillä, että kansainväliset esikuvat ovat olleet mallina ja pontimena suomalaisille tuomarin eettisille periaatteille. ENCJ:n raportin pääsisältö on kannanotto varsinaisten eettisten periaatteiden sisällöstä, joka eroaa varsin kiinnostavalla tavalla *Bangalore Principles of Judicial Conduct* -asiakirjasta. ENCJ nimittäin määrittelee tuomarin tehtävissä edellytettäviä arvoja edellä mainittujen Bangaloren periaatteiden tavoin, mutta lisäksi luonnehtii tuomarilta edellytettäviä ominaisuuksia, joita ovat viisaus, lojaliteetti, humanisuus, rohkeus, harkintakyky, työkyky ja kuuntelemisen taito.<sup>43</sup> ENCJ on perustellut tuomarin ominaisuuksia koskevaa kannanottoa sillä, että tuomarin tehtävän vaativuus edellyttää tekijältään määrättyjen ominaisuuksien yhdistelmää oikeudenhoidon mahdollistamiseksi.

Tuomarilta edellytettävät ominaisuudet on sinällään suljettu tuomarin eettisten periaatteiden tarkastelun ulkopuolelle. Asiakirjan johdannossa on todettu, että ”eettisten periaatteiden tarkoituksena ei ole kuvata hyvältä tuomarilta vaadittavia ominaisuuksia, vaan eettisesti oikeaa toimintaa, johon tuomarin tulee työssään pyrkiä”. Perehtyminen eettisten periaatteiden

<sup>42</sup> Judicial Ethics Report 2009–2010 s. 2.

<sup>43</sup> *Wisdom, loyalty, humanity, courage, seriousness & prudence, work and listening & communication*. Ks. Judicial Ethics Report 2009–2010, s. 11–14.

valmisteluaineistoon osoittaa tästä julkilausutusta tarkoituksesta huolimatta, että valmistelussa on tunnettu ENCJ:n määrittelyt hyvän tuomarin ominaisuuksista ja jopa luonnosteltu tuomarin eettisiä periaatteita niiden avulla. Syksyllä 2010 laadittu luonnos, joka sittemmin esiteltiin tammikuussa 2011 lainkäytön osallisille ja tuomarijärjestöjen edustajille pidetyssä keskustelutilaisuudessa,<sup>44</sup> sisältää nimittäin myös tuomarin ominaisuuksien luonnehdintoja. Luonnoksessa on jaoteltu eettiset periaatteet arvoihin ja ammattihyveisiin, jolloin viimeksi mainittujen ryhmittely vastaa ENCJ:n raporttia.<sup>45</sup> Luonnoksessa on muun muassa viisaudesta ja rohkeudesta todettu seuraavaa:

”Tuomarin viisaus ilmenee hänen suhteellisuuden tajussaan, oikeutta koskevilla tiedoissaan ja ymmärryksessään sekä hänen järkevässä, reilussa ja harkitsevaisessa käytöksessään ja päätöksenteossa.”

”Tuomarin tulee suorittaa virkatehtävänsä vailla pelkoa ulkopuolisista reaktioista ja säilyttäen riippumattomuutensa ulkopuolisiin tahoihin ja vaikuttamiseen.”

Vaikka tuomarin eettisten periaatteiden lopullisessa muodossa ammattihyveet on jätetty kokonaisuudessaan pois eikä niitä näy otsikoinnin tasolla, voidaan periaateasiakirjasta jäljittää kohtia, joissa ENCJ:n määrittämät ammattihyveet ovat vaikuttaneet periaatteiden lopulliseen sanamuotoon. Eettisten periaatteiden esittäminen ammattihyveinä ilmentää kiinnostavalla tavalla edellä luvussa 2.1 tarkasteltua hyve-etiikkaa, jossa keskeistä on hyvien ominaisuuksien määrittely ja pyrkimys toteuttaa niitä mahdollisimman suuressa määrin. Esimerkkeinä ammattihyveiden määrittelyn vaikutuksesta tuomarin eettisiin periaatteisiin voidaan mainita kohdat 3 ja 10, joiden mukaan

”Tuomari suorittaa virkatehtävänsä pelkäämättä muiden reaktioita, ilman ennakoasenteita ja säilyttäen puolueettomuutensa.”

”Tuomarin ammattitaito ilmenee hänen oikeutta koskevilla tiedoissaan ja ymmärryksessään.”

ENCJ:n raportin ohella myös Euroopan neuvoston neuvoa-antavan tuomarikomitean laatimat eettiset suositukset ovat vaikuttaneet merkittävin tavoin suomalaisten periaatteiden sisältöön. Tuomarikomitean virallinen nimi on *Consultative Council of European Judges* (CCJE) ja se toimii

<sup>44</sup> Ks. tuomarin eettisten periaatteiden valmistelusta luvussa 1.3 esitettyä.

<sup>45</sup> Ks. 23.12.2010 päivätty luonnos tuomarin eettisiksi periaatteiksi.

Euroopan neuvoston yhteydessä. Vuonna 2000 perustetun komitean jäseninä toimivat jäsenvaltioiden ylimpien tuomioistuimien jäsenet.<sup>46</sup> Komitea toimii Euroopan neuvoston neuvoa-antavana elimenä ja sen tehtävä on jossakin määrin rinnasteinen edellä esitellylle ENCJ:lle, joka tosin eroaa CCJE:stä siinä olennaisessa suhteessa, että CCJE edustaa tuomarikuntaa eikä jäsenvaltioiden tuomioistuinvirastoja. CCJE on laatinut tuomarin ja syyttäjän asemasta useita merkittäviä asiakirjoja, joista voidaan mainita muun ohella *Opinion* nro 12 vuodelta 2010, jossa on arvioitu tuomarin ja syyttäjän asemaa demokraattisessa yhteiskunnassa. Tuomarin eettisiin periaatteisiin CCJE on ottanut kantaa vuonna 2003 (*Opinion* 3, artikla 50), jolloin se on suositellut Euroopan neuvoston jäsenvaltioille tiettyjen tuomaria koskevien periaatteiden omaksumista.<sup>47</sup> Tässä yhteydessä CCJE on painottanut kahden näkökohdan huomioon ottamista eettisten periaatteiden laadinnassa.

Ensinnäkin eettisten periaatteiden tulee olla yleisluontoisia tuomarin toimintaa koskevia määrittelyjä, joita ei tule sekoittaa kurinpidollisten seuraamusten asettamisessa käytettäviin normeihin. Toisin sanoen periaatteen noudattamatta jättämisen ei itsessään pidä johtaa kurinpidollisen seuraamuksen asettamiseen. Toiseksi tuomarin eettiset periaatteet tulee laatia tuomarikunnan itsensä toimesta, joskin asianmukaista kuulemismenettelyä noudattaen.<sup>48</sup> Suomalaiset tuomarin eettiset periaatteet on ainakin siinä suhteessa laadittu CCJE:n suosittamalla tavalla, että ne on valmisteltu ja vahvistettu tuomareiden ammatillisessa yhdistyksessä. Lisäksi kaikille tuomioistuimille ja niissä toimiville yksittäisille tuomareille on annettu tilaisuus ottaa kantaa ehdotukseen eettisistä periaatteista ennen niiden vahvistamista. Periaatteiden johdanto-osassa on todettu, että ne on tarkoitettu tuomarin itsearviointin välineeksi. Tuomarin eettisiä periaatteita valmisteltaessa on käyty keskustelua myös siitä, voidaanko niitä soveltaa arvioitaessa tuomarin toimintaa kurinpidollisesta näkökulmasta.<sup>49</sup> Lopullisesta asiakirjasta tätä koskevat maininnat on kuitenkin jätetty pois, mutta käyttö kurinpitoon liittyvänä normikokoelmana sulkeutuu pois jo sikäli, että periaatteet eivät ole muotoiluiltaan normeiksi luonnehdittavia eikä niistä päättänyt Tuomariliitto ole asettanut niiden noudattamiselle sanktio- eikä valvontamekanismia.

<sup>46</sup> [Http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/ccje/presentation/ccje\\_en.asp](http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/ccje/presentation/ccje_en.asp), 27.12.2012.

<sup>47</sup> CCJE *Opinion* 3, 50 artikla sisältää lisäksi listauksen tuomarin eettisissä periaatteissa huomioon otettavista aihealueista, jotka pääosin noudattelevat Bangaloren periaatteiden jaottelua.

<sup>48</sup> CCJE *Opinion* 3, art. 49.

<sup>49</sup> Ks. 23.12.2010 päivätty luonnos tuomarin eettisistä periaatteista, jonka johdannossa on seuraava kannanotto: ”Kirjattuja periaatteita ei pidä käyttää tuomarinimitysten harkinnassa eikä tuomareiden toiminnan lainmukaisuuden arvioinnissa. Näitä koskevissa menettelyissä on sovellettava, mitä niistä on erikseen säädetty tai annettu ohjeena.”

Vuonna 2010 CCJE julkaisi tuomarin eettisiin periaatteisiin liittyvän asiakirjan *Magna Charta of Judges*, jossa CCJE esitti yhteenvedonmaisesti luettelon toimenpiteistä, joihin Euroopan neuvoston jäsenvaltioiden tulee ryhtyä tuomarin asemaan ja tehtäviin liittyen. Asiakirja sisältää 23 kohdan luettelon, jossa muun muassa otetaan kantaa tuomarin riippumattomuutta, tuomioistuinten hallinnollista itsenäisyyttä, oikeuden saatavuutta, avoimuutta sekä ammatillista etiikkaa koskeviin kysymyksiin. Viimeksi mainitun osalta huomionarvoinen on kohta 18, jonka mukaan ammattieettisten periaatteiden (*deontological principles*) tulee ohjata tuomareiden ammattitoimintaa. Ammattieettiset periaatteet tulee erottaa normatiivisista ja ne pitää tuomarikunnan itsensä laatia. Ammattieettisiin periaatteisiin perehdyttäminen on sisällytettävä tuomareiden kouluttamiseen.<sup>50</sup>

## 3.2 Eettiset periaatteet vertailevasta näkökulmasta

### 3.2.1 Eettisten periaatteiden esiinmarssi

Tuomarin eettisiä periaatteita on ryhdytty laajemmassa mitassa laatimaan vasta 2000-luvulla. CCJE:n lausunnossa vuodelta 2002 on listattu maat, joissa siihen mennessä on vahvistettu tuomareille eettiset periaatteet. Tuossa vaiheessa Tšekin tasavallassa, Virossa, Italiassa, Liettuassa, Maltalla, Moldovassa, Sloveniassa ja Ukrainassa oli vahvistettu eettiset periaatteet niin, että tuomarikunta on ollut työssä keskeisessä roolissa. Valtaosassa näistäkin maista eettiset periaatteet on laadittu vasta 2000-luvulla ja tässä suhteessa edelläkävijöiden asemassa ovat Italia ja Viro, joissa eettiset periaatteet on vahvistettu jo vuonna 1994.<sup>51</sup> Nyttemmin tuomarin eettiset ohjeet on laadittu valtaosassa Euroopan maista.

Mielenkiintoinen, joskin vaikeasti vastattavissa oleva kysymys on, mistä syystä eettisten periaatteiden laatimiseen on ryhdytty vasta 2000-luvulla. Kuten edellä on tullut todetuksi, tuomarin ammatillista toimintaa on pyritty kuvaamaan jo historian alkuhämärissä. Pohjoismaissa 1540-luvulla kirjoitetut Olaus Petrin tuomariohjeet ovat olleet aktiivisessa käytössä vielä 1900-luvullakin ja niihin on oikeuskirjallisuudessa viitattu useasti.<sup>52</sup> Eettisten periaatteiden esiinmarssin syitä voidaan hahmotella ainakin kolmesta eri näkökulmasta. Ensinnäkin periaatteiden laatimisen tarve voi pohjautua toimintaympäristön muutokseen, jolloin tuomarin tehtäväkenttä ja yhteiskunnallinen rooli on muuttunut tavalla, joka edellyttää tarkempaa

<sup>50</sup> Ks. CCJE 2010/3.

<sup>51</sup> CCJE Opinion 3 (2002).

<sup>52</sup> Ks. esimerkiksi Brusiin 1938, s. 101–102 ja Aarnio 2006 s. 332.

ammattietiikan erittelyä. Toiseksi tuomariin kohdistuvat oikeusyhteisön odotukset ovat saattaneet muuttua sillä tavoin, että tuomarilta odotetaan aikaisempaa korkeatasoisempaa ammatillista osaamista ja halutaan luoda tietty julkilausuttu mittapuu näille odotuksille. Kolmanneksi voidaan ajatella kulttuurin muuttuneen sellaiseksi, että ammatillista toimintaa pyritään kuvaamaan kollektiivisesti vahvistetuilla eettisillä ohjeilla eikä eettisiä kysymyksiä jätetä yksinomaan ammatinharjoittajan itsensä pohdittaviksi.

Vastaus eettisten periaatteiden tarpeelle saattaa löytyä kaikkien edellä kuvattujen kolmen taustatekijän yhteisvaikutuksesta. Euroopan integraatiokehitys sekä EN:n että EU:n puitteissa on painottanut tuomioistuinlaitoksen yhteiskunnallista valtaa suhteessa lainsäädäntövaltaan. Aikaisemmin kansallisella lainsäädännöllä ratkaistuja yhteiskunnallisia kysymyksiä saatetaan nykyisin ratkoa EIT:n oikeuskäytännössä tai EU:n lainsäädännöllä, jota jäsenvaltioiden odotetaan noudattavan ja jonka noudattamista viime kädessä valvotaan kansallisten tuomioistuimien ratkaisuiden perusteella. Myös yleisön suhtautuminen tuomioistuinlaitokseen on muuttunut ja odotukset oikeuden toteutumisesta ovat lisääntyneet.<sup>53</sup> Poliittisen järjestelmän aiemmin käsittelemät asiakokonaisuudet ovat siirtyneet tuomioistuimen ratkaistaviksi, jos lainsäädäntöprosessi ei ole kyennyt ratkaisuja tuottamaan.

Yhteiskunnallisilla instituutioilla ei ole enää asemaan perustuvaa auktoriteettia vaan yleisön luottamus ansaitaan vain tekojen ja toimijoiden ylläpitämän korkean moraalisen tason avulla. Yhä laajentunut ja lisääntynyt tiedonvälitys sekä vaikutus kansalaismielipiteen muodostumiseen on johtanut myös siihen, että julkilausutuille arvoille ja periaatteille on tilausta eräänlaisena moraalin peitetarinana. Tärkeintä voi olla toiminnan näyttäminen eettisesti korkeatasoiselta, vaikka todellisuus olisikin jotakin aivan muuta. Vaikka tuomarin eettisiä periaatteita ei nähtäisi näin raadollisessa valossa, ne noudattavat sikäli yhteiskunnallista trendiä, että myös moni muu ammattikunta on vahvistanut omia eettisiä periaatteitaan, kuten jäljempänä voidaan lakimieskunnan osalta havaita.<sup>54</sup>

### 3.2.2 Eettiset periaatteet Pohjoismaissa

Pohjoismaissa tuomarin ammattieettisiä periaatteita on laadittu Norjassa, Ruotsissa ja Suomessa. Tanskassa ammattieettisten periaatteiden valmistelu aloitettiin jo 1994, jolloin lakimiehiä ja ekonomeja edustava ammattijärjestö laati mietinnön rikosasioiden käsittelyyn liittyvistä eettisistä ongelmis-

<sup>53</sup> Ks. Ollila 2002, s. 136–146.

<sup>54</sup> Muiden ammattiryhmien eettisistä periaatteista voidaan esittää esimerkkeinä Valtakunnan terveydenhuollon eettisen neuvottelukunnan julkaisemat periaatteet vuodelta 2001 sekä Journalistin ohjeet, jotka on viimeksi päivitetty vuonna 2011.

ta.<sup>55</sup> Varsinaisten ammattieettisten periaatteiden valmistelu Tanskassa on kesken.<sup>56</sup> Islannissa puolestaan tuomareille ei ole laadittu ammattieettistä ohjeistusta.<sup>57</sup>

Pohjoismaissa edelläkävijänä on toiminut Ruotsi, jossa myös pohjoismainen ammattieettisten periaatteiden klassikko Olaus Petrin tuomarinohjeet on saanut alkunsa. Ruotsin tuomariliitossa (*Sveriges Domareförbund*) on valmisteltu ammattieettisiä periaatteita jo vuonna 1995 lähettämällä tuomarikunnalle ja muille kuultaville tahoille tiedustelu tietyistä rajatuista ammattietiikkaan liittyvistä teemoista. Kuulemisen tuloksista ei kuitenkaan tehty kokoavia päätelmiä eikä tulosten pohjalta valmisteltu ammattieettisiä periaatteita koskevaa asiakirjaa.<sup>58</sup> Uudelleen ammattieettisten periaatteiden valmistelu aloitettiin vuonna 2009, jolloin *Domareförbund* kokosi työryhmän emeritus hovioikeuden presidentti Johan Hirschfeldtin luotsaamana laatimaan ammattieettisiä periaatteita.<sup>59</sup> Ruotsissa työryhmä on päätenyt yleisesti käytetystä menetelmästä sillä tavoin poikkeukselliseen ratkaisuun, että se on järjestämiensä seminaarien ja kuulemistilaisuuksien pohjalta valmistellut asiakirjan, joka on lähetetty tuomareille jatkokeskustelua varten. Lisäksi on laadittu mittava mietintö tuomarin etiikan kysymyksistä keskustelun pohjaksi.<sup>60</sup>

Ruotsissa tuomarin ammattieettisten periaatteiden valmistelussa keskeisellä sijalla on ollut tuomarikunnan laajapohjainen keskusteluttaminen valmiiksi laadittujen, kysymysten esittämiseen perustuvien muistioiden avulla. Taustana työlle on käytetty kansainvälisiä suosituksia ja erityisesti Bangaloren periaatteita (ks. luku 3.1.1). Sitä vastoin menetelmä periaatteiden muotoutumisesta keskustelemalla on saatu toisaalta, nimittäin saksalaisesta *Schleswig-Holsteinin* osavaltiosta. Kyseisessä osavaltiossa on vuonna 2007 tehty lyhyt kysymyslista tuomarin etiikkaan liittyvistä käytännöllisistä ja periaatteellisista ongelmista. Perusteluna tämänkaltaiselle kysymysten käyttämiselle on esitetty, että siten herätetään tuomarikunnassa keskustelua sekä itsetutkistelun että kollegiaalisen pohdinnan muodossa. Ruotsin periaatetyössä on päätelty, että valmiiksi laaditut julistuksenomaiset periaatteet jäävät helposti hyllyntäytteeksi, kun taas tuomarikunnan aktivoiminen eettisiin pohdintoihin kantaa pidemmälle.<sup>61</sup>

<sup>55</sup> Etiske regler for dommere 2007, s. 11.

<sup>56</sup> Sandgren 2009, s. 755.

<sup>57</sup> Einarsdottir 2011, s. 59.

<sup>58</sup> Etiske regler for dommere 2007, s. 11.

<sup>59</sup> Työryhmään kuului eri tuomioistuimien tuomareiden ohella kaksi yliopistojäsenä edustavaa jäsentä (ks. Hirschfeldt 2011, s. 517).

<sup>60</sup> Hirschfeldt 2011, s. 517–518.

<sup>61</sup> Hirschfeldt 2011, s. 521.

Norjassakaan tuomarin eettisten periaatteiden valmistelu ei ole sujunut ilman takaiskuja. Aloite eettisten periaatteiden laatimisesta tuli alun perin tuomareiden kurinpitoasioita käsittelevän *Utvalgin* taholta johtuen kurinpi-toasioiden käsittelyssä havaituista tarpeista. Vuonna 2004 tuomioistuinvi-rasto (*Domstoladministrasjonen*) nimitti työryhmän hovioikeudentuomari Gunnar Aaslandin johdolla valmistelemaan eettisiä periaatteita. Työryhmään kuului myös muita kuin tuomaritaustaisia jäseniä, kuten valtionsyyttäjä (*statsadvokat*) ja asianajaja. Työryhmä antoi sittemmin kesäkuussa 2007 mietintönsä (*Etiske regler for dommere*), joka on painettu ja julkaistu myös internetissä.

Mietinnössä otettiin tuomarin etiikkaa sivuaviin kysymyksiin yksityis-kohtaisia, jopa lain normeihin rinnastettavia kannanottoja.<sup>62</sup> Esimerkkinä tästä voidaan esittää mietinnön 21 §:n yksityiskohtainen määräys siitä, millä tavoin tuomarin tulee menetellä edistäessään riita-asian sovinnollista ratkaisua asianosaisten välillä. Tässä tarkoituksessa on kiellettyä muun muassa käydä neuvotteluja sovinnosta ilman molempien asianosaisten läsnäoloa.<sup>63</sup> Toisena esimerkkinä voidaan todeta 15 §, jossa tuomarin edellytetään perustavan ratkaisunsa asiallisille näkökohdille jakaessaan toimitusmiehen tehtävämääräyksiä. Kyseisessä kohdassa on siten otettu suoranaisesti kantaa tuomarin tehtävässä sovellettavan lainsäädännön tulkintaan. Mietinnön muotoiluista prosessilainsäädäntöön kohdistuvine viittauksineen muodostuu vahvasti sellainen vaikutelma, että tarkoituksena on ollut laatia lainsäädäntöä täydentävä tuomarin menettelytapoja sääntelevä normisto eikä yleisluontoista periaatekokoelmaa. Mietintö sisältää pykälän muotoon laadittujen säännösten lisäksi laajan kommentaarin, ja koko asiakirjan laajuus on peräti 122 sivua.

Aaslandin työryhmän mietintö kohtasi voimakasta vastustusta kuule-miskierroksella, jolla lähestymistapaa kritisoitiin muun muassa siitä, että valittu lähestymistapa oli normatiivinen ja tarpeettoman yksityiskohtainen, eikä kysymys ollut tuomarikunnan laatimasta eettisestä ohjeistuksesta. Aaslandin työryhmän mietintöä ei koskaan hyväksytty, ja työ aloitettiin uudelleen tarkoituksena laatia nimenomaan ammattieettiset periaatteet.<sup>64</sup> Uuden valmistelun pohjalta laadittiin yleisluontoiset periaatteet, jotka hyväksyttiin lokakuussa 2010 Norjan tuomariyhdistyksen (*Den Norske Dommerforening*) kokouksessa. Periaatteet koostuvat 15 kohdan luettelosta, joissa on otettu kantaa muun muassa tuomarin lakisidonnaisuuteen, riip-pumattomuuteen ja puolueettomuuteen, integriteettiin, tasavertaisuuteen, korrektiin käytökseen, oikeudellisten päätösten muotoiluun, harkintavallan

<sup>62</sup> Utgård 2010, s. 2–3.

<sup>63</sup> Ks. *Etiske regler for dommere* 2007, s. 71.

<sup>64</sup> Ks. Utgård 2010, s. 3–4.

käyttöön, kyvykkyyteen, tehokkuuteen, mediasuhteisiin sekä toimintaan viran ulkopuolella.<sup>65</sup> Voidaan havaita, että Norjan eettiset periaatteet vastaavat varsin pitkälle kansainvälisiä esikuvia (*Bangalore Principles*) sekä Suomessa laadittuja periaatteita.

### 3.2.3 Eettiset periaatteet eräissä Euroopan maissa ja muualla

Mielenkiintoinen vertailukohta Pohjoismaiselle lähestymistavalle tarjoutuu hieman yllättävästi Itävallasta, jossa tuomariyhdistys käynnisti vuonna 2003 eettisen julistuksen valmistelun. Keskustelun pohjalta hyväksyttiin periaatejulistus marraskuussa 2007, joka on ristitty sen kaupungin (*Wels*) mukaan, jossa valmistelutyö aikanaan aloitettiin. Itävallan periaatteet koostuvat 10 kohdan luettelosta, jossa tuomarikunta on julistautunut noudattamaan tiettyjä periaatteita. Tässä suhteessa ne ovat lähtökohdiltaan verraten samankaltaiset verrattuna Norjaan ja Suomeen. Sen sijaan tietty julistuksenomaisuus ja kannanottojen painotukset erottavat ne pohjoismaisista vertailukohteistaan.

Itävallan eettisten periaatteiden alussa todetaan, että tuomarit noudattavat työssään asiakirjassa kuvattuja eettisiä periaatteita ja yksittäisissä kohdissa käytetään toistuvasti me-muotoa. Sekä Norjan että Suomen periaatteissa käytetään yksittäisen tuomarin näkökulmaa. Molemmille lähestymistavoille voidaan esittää perusteluita, mutta yksittäisen tuomarin näkökulma on omiaan korostamaan periaatteiden luonnetta tuomarin toiminnan ohjenuorana ja itsearviointin työkaluna. Itävallassa lähestymistapa on myös muutoin yleisempi ja tietyllä tapaa ylevämpi. Itävallassa on esimerkiksi lakisidonnaisuuden korostamisen sijasta painotettu periaatteiden 1. kohdassa sitoutumista ihmis- ja perusoikeuksiin. Tuomarit jopa ilmaisevat sitoutuvansa vastustamaan yrityksiä kyseenalaistaa valtion demokraattista perustuslaillista järjestelmää. Norjassa ja Suomessa sen sijaan painotetaan tuomarin toiminnan lakisidonnaisuutta, joskin näissä maissa muotoilut eroavat olennaisesti toisistaan, sillä Norjassa ei ole mainittu ihmis- ja perusoikeuksien kunnioittamisesta mitään.<sup>66</sup>

Manner-Euroopan ulkopuolelta voidaan ottaa esimerkkinä Skotlannin eettiset periaatteet tuomareille, jotka on julkistettu vuonna 2010. Skotlannin periaateasiakirja rakentuu Bangaloren periaatteiden jaottelulle, joskin kuutta

<sup>65</sup> Etiske prinsipper for dommeratferd 2010.

<sup>66</sup> Etiske prinsipper for dommeratferd 2010, kohta 1; ”En dommer skal opptre i samsvar med loven, rettsordene og god dommerskikk, og slik at han eller hun gjennom sin atferd fremmer den alminnelige tillit til domstolene.” Vrt. Suomessa kohta 1: ”Tuomari on uskollinen antamalleen tuomarinvalalle tai -vakuutukselle. Tuomari sitoutuu oikeusvaltioperiaatteeseen sekä ihmis- ja perusoikeuksien kunnioittamiseen. Tuomari ei ylitä laillisuuden tai harkintavaltansa rajoja.”



periaatetta on avattu laajemman selitysosan avulla.<sup>67</sup> Periaatteet eroavat tietyin osin varsin merkittävästi suomalaisista, mistä voidaan esimerkkinä esittää muun muassa suhtautuminen tuomarin poliittiseen osallistumiseen. Suomalaisissa periaatteissa ei lausuta mitään kategorista poliittisesta osallistumisesta, vaan todetaan tuomarilla olevan lähtökohtaisesti sama yhdistymis- ja kokoontumisvapaus kuin muilla yhteiskunnan jäsenillä (kohta 5). Näiden vapauksien käyttämisessä tuomarin tulee kuitenkin ottaa huomioon virkansa vastuullisuus, riippumattomuus ja puolueettomuus sekä tasapuolisuus. Periaate ei siis estä osallistumasta poliittiseen yhdistystoimintaan, mutta sellaisesta ei saa olla haitallisia vaikutuksia tuomarin tehtävien hoitamiseksi. Sen sijaan Skotlannissa poliittisesta osallistumisesta on lausuttu seuraavasti:

”It is a cardinal feature of judicial independence that a judge should have no party political involvement of any kind, other than the exercise of his or her right to vote. If, at the time of appointment, a judge is a member of any political party or organisation, such a tie should then be severed. An appearance of continuing ties, such as might arise from attendance at political gatherings, political fundraising events, or the making of a pecuniary contribution to a political party, should be avoided. Furthermore, a judge should do nothing which could give rise to any suggestion of political partisanship, such as involvement in party political controversy.”<sup>68</sup>

Euroopan maissa vallitsevien käsitysten eroavaisuus tulee osaltaan esiin esimerkiksi siinä, että Suomessa ei ole takavuosina nähty minkäänlaista eettistä tai oikeudellista ongelmaa tuomarin virassa olevan henkilön asettumisessa ehdokkaaksi eduskuntavaaleissa. Sen sijaan Skotlannissa pidetään tuomioistuimen riippumattomuuden kannalta perusedellytyksenä, että tuomari ei osallistu politiikkaan muutoin kuin käyttämällä äänioikeuttaan. Tuomarin pitää virkaan nimitettäessä luopua puolueen jäsenyydestä, mikäli hänellä sellainen on. Vertailun vuoksi voidaan todeta, että Suomessa tuomarin ei edellytetä virkaan nimitettäessä luopuvan mistään yksittäisestä sidonnaisuudesta. Sidonnaisuudet vain tulee ilmoittaa oikeusministeriön rekisteriin, eikä tätäkään systemaattisesti kontrolloida.<sup>69</sup>

<sup>67</sup> Ks. *Statements of Principles of Judicial Ethics for the Scottish Judiciary 2010*, s. 5 ja 12.

<sup>68</sup> *Ibid.* s. 16–17.

<sup>69</sup> Ks. rekisteristä lähemmin Tapanila 2007, s. 372–376. Rekisteritiedot kuitenkin osoittavat, että suomalaisilla tuomareilla on etenkin kunnallisia luottamustehtäviä, joihin valinta tapahtuu poliittisin perustein. Tällä tavoin poliittisesti aktiivisten tuomareiden määrä ei ole kuitenkaan prosentuaalisesti erityisen korkea eikä eronne olennaisesti väestöstä keskimäärin. Ks. Tapanila 2007, s. 377–379.

Englantia ja Walesia koskevat ammattieettiset periaatteet on vahvistettu jo vuonna 2004, joskin periaatteita on täydennetty sittemmin kahteen otteeseen. Periaatteet on laadittu tuomarineuvostossa (*Judge's Council*), jonka puheenjohtajana toimii *Lord Chief Justice* ja jäsenenä korkeimman oikeuden jäsenet eli neuvosto edustaa riippumatonta tuomarikuntaa. Englannissa ja Walesissa on nimitetty pysyvä tuomarikomitea seuraamaan ja tarvittaessa päivittämään eettisiä periaatteita, ja pysyvälle tuomarikomitealle voi tehdä aloitteita tuomaria koskevien eettisten kysymysten käsittelemiseksi.<sup>70</sup>

Englannin ja Walesin periaatteet ovat rakenteeltaan ja esitystavaltaan samankaltaiset kuin Skotlannissa. Periaatteiden jaottelu vastaa *Bangalore Principles of Judges* -asiakirjaa, joskin Englannin ja Walesin periaatteet sisältävät laajahkon selitysosan Skotlannin periaatteiden tapaan. Englannissa ja Walesissa selitysosaan on otettu mukaan myös yksityiskohtaisempaa ja luonteeltaan normatiivisempaa aineistoa, josta voidaan esittää esimerkkinä esteellisyysperusteet.<sup>71</sup> Suomessa ne on säännelty laissa (oikeudenkäymiskaari 13 luku) jo vuodesta 1734, mikä on kirjoitettuun lainsäädäntöön perustuvalla oikeusjärjestykselle luonteenomainen ratkaisu.

Englannissa ja Walesissa kirjoitetulla lainsäädännöllä ei ole vastaavaa asemaa, jolloin puolueettomuuteen liittyvien esteellisyysperusteiden kirjaaminen tuomarikunnan sisäiseen eettiseen periaateasiakirjaan on ymmärrettävä ratkaisu. Esimerkkeinä yksityiskohtiin menevistä pohdinnoista voidaan todeta vielä käyntikortteja, palkkiota ja toimintaa sosiaalisessa mediassa koskevat kohdat. Periaatteissa on suhtauduttu kielteisesti tuomarin viran julkituomiseen käyntikorteissa tai vastaavissa asiakirjoissa sekä rajoitetaan päätoimisten tuomareiden tulojen hankkimista muutoin kuin tekijän- tai toimittajanpalkkioiden muodossa.<sup>72</sup> Sosiaaliseen mediaan liittyvät näkökohdat sen sijaan osoittavat, että Englannissa ja Walesissa on otettu huomioon myös vaatimuksia, joita nykyajan ilmiöistä aiheutuu tuomarille.

Edustavan esimerkin Euroopan ulkopuolella vahvistetuista tuomarin eettisistä periaatteista tarjoaa Kanada, jossa on julkaistu laaja 60-sivuinen asiakirja *Ethical Principles for Judges* jo vuonna 1998. Asiakirja on laadittu vuonna 1994 asetetussa tuomareista koostuneessa työryhmässä, joka on valmistelun aikana kuullut eri asiantuntijoita. Kanadan periaatteissa on huomionarvoista asiakirjan rakenne, sillä periaatteet esitellään jäseneltynä siten, että tietyn iskevään muotoon kiteytetyn kannanoton jälkeen esitetään

<sup>70</sup> Guide of Judicial Conduct 2011, s. 2–4.

<sup>71</sup> Ibid. 19–20.

<sup>72</sup> Ibid s. 24: ”In addition to a judicial salary, a full-time judge should not receive any remuneration except for fees and royalties earned as an author or editor. A judge may of course receive money from investments or property.”

periaatepohdintaa sekä vielä laajempi kommentaari. Lyhyeen muotoon kietytettyjen määritelmien jälkeen samaa aihepiiriä on tarkasteltu laajemmin kommentaariosassa, joka sisältää pohdintaa kyseisestä periaatteesta sekä jopa kirjallisuusviittauksia.

Kanadan periaateasiakirja eroaa siten jo lähtökohdaltaan Suomessa, Norjassa ja Itävallassa laadituista eettisistä periaatteista, joissa on pitäydytty lyhyeen muotoon laadituissa julkilausumissa ja jätetty niiden kommentoiminen sekä jatkokehittäely tulevan oikeuskirjallisuuden varaan. Suomessa valinta oli tietoinen, sillä periaatteita valmistellut työryhmä esitti jo varhaisessa vaiheessa Tuomariliitolle, että periaatteet julkaistaisiin ilman laajaa tausta-asiakirjaa. Erityisenä perusteluna tälle esitettiin Norjassa saadut huonot kokemukset laajan ja yksityiskohtaisen asiakirjan laatimisesta, joka saattoi osaltaan vaikuttaa ensimmäisen hankkeen kariutumiseen.<sup>73</sup> Tausta-asiakirjan laatiminen julkaisukelpoiseksi olisi myös edellyttänyt toisenlaista henkilöpanosta, sillä Suomessa eettiset periaatteet valmisteltiin sivutoimisesti palkatta ja ilman mainittavaa taloudellista tukea julkaisijataholta tai muualtakaan.

### 3.3 *Lakimiesammattien eettisiä periaatteita*

Lakimieskunnasta pitkäikäisimmät eettisiin periaatteisiin rinnastuvat tapaohjeet on asianajajilla, jotka on Suomessa laadittu jo vuonna 1972. Asianajajien tapaohjeet nojautuvat kansainvälisiin suosituksiin, jotka tosin ovat huomattavasti vanhempaa perua kuin tuomaria koskevat eettiset suositukset. Kansainvälinen asianajajajärjestö *International Bar Association* hyväksyi hyvää asianajotapaa koskevat ohjeet jo vuonna 1956 ja sittemmin niitä on päivitetty useita kertoja.<sup>74</sup> Nykyiset asianajajien tapaohjeet Suomessa on vahvistettu vuonna 2009. Ne sisältävät verraten yksityiskohtaisia asianajotoimintaa koskevia määräyksiä, joten niiden fokuksena ei ole yksinomaan ammattieettisten periaatteiden muotoileminen vaan myös asianajotoiminnan normiluontoinen sääntely. Norminluontoisuus ilmenee muun ohella siitä, että tapaohjeiden kohdassa 1.1 on määrittely siitä, mistä lähteistä hyvää asianajotapaa koskevat säännöt on selvitettävissä, ja tässä yhteydessä tapaohjeet on mainittu yhtenä lähteenä muiden ollessa muun muassa valvonta-asioissa annetut ratkaisut, laki ja Asianajajaliiton säännöt.

Esimerkkinä yleisemmän tason eettisestä periaatteesta voidaan esittää tapaohjeiden kohta 2.2, jossa edellytetään asianajajilta riippumattomuutta julkisesta vallasta (vrt. tuomaria koskevien periaatteiden 2. kohta). Ta-

<sup>73</sup> 23.12.2010 päivätty muistio tuomarietiikasta Tuomariliiton ja Korkeimpien oikeuksien tuomarien yhdistys ry:n hallituksille.

<sup>74</sup> Laitinen – Launis 1996, s. 60–61.

paohjeissa on myös määritelty asianajajan arvoja, joita ovat lojaalisuus, riippumattomuus, esteettömyys, luottamuksellisuus ja kunniallisuus. Tältä osin tapaohjeet rinnastuvat mielenkiintoisella tavalla ENCJ:n raporttiin sekä tuomarin eettisten periaatteiden ensimmäiseen luonnokseen, joka sisälsi vastaavia hyve-eettisiä tuomarin ominaisuuksien määrittelyjä. Esimerkiksi kunniallisuuden osalta asianajajalta edellytetään, että tämän on täytettävä tehtävänsä rehellisesti ja esiinnyttävä asiallisesti ja moitteettomasti.

Tapaohjeissa on paitsi määritelty hyvän asianajajan ominaisuuksia myös määrätty asianajajan velvollisuuksista. Esimerkiksi kohdassa 4.2 on määrätty, että asianajaja on velvollinen ylläpitämään ja kehittämään ammattitaitoaan sekä osallistumaan säännöllisesti täydennyskoulutukseen. Verrattaessa tätä tuomaria koskevien eettisten periaatteiden kohtaan 10, jossa todetaan, että tuomari pitää yllä ja täydentää ammattitietojaan ja -taitojaan jatkuvasti, voidaan todeta, että asianajajien tapaohjeet ovat yksityiskohtaisemmat ja sävyltään velvoittavat. Asianajajien tulee osallistua täydennyskoulutukseen säännöllisesti, kun taas tuomareiden pitää täydentää ammattitietoja ja -taitoja jatkuvasti. Kysymys on pääpiirteissään samasta asiasta, vaikka onkin huomattava, että täydennyskoulutusta on mahdollista hankkia myös omatoimisesti osallistumatta järjestettyyn koulutukseen. Tuomareiden kohdalla määrittely on yleisempi ja ilmaisee tavoitetason, mutta asianajajilla tapaohjeet sisältävät velvoituksen siitä, millä tavoin kouluttautumistavoitteeseen tulee pyrkiä. Juuri tämä näkökulma on ominainen normille, sillä periaatekannanotto jättää usein avoimeksi, millä keinoin tiettyyn tavoitteeseen pitää pyrkiä.

Tapaohjeiden ja tuomarin eettisten periaatteiden keskeinen ero on siinä, että tapaohjeiden noudattamista valvoo Asianajajaliiton kurinpitolautakunta ja tapaohjeet toimivat siten kurinpidon mittatikkuna.<sup>75</sup> Tuomareilla valvonta tapahtuu eettisistä periaatteista erillään laillisuusvalvontaviranomaisten tai ylempien tuomioistuimien taholla taikka rikosvastuun osalta rikosoikeudellisessa menettelyssä. Yleisesti ottaen tätä eroavuutta voidaan perustella sillä, että tuomari on virkavastuussa toimistaan ja tuomarin kurinpito toteutuu tarvittaessa rikosoikeudellisessa järjestyksessä. Tuomarin asemaa ja tehtäviä säännellään kattavasti myös prosessilainsäädännössä, toisin kuin asianajajan, sillä asianajajia koskevaa lainsäädäntöä on niukemmin. Lisäksi asianajajien julkisesta vallasta riippumaton asema edellyttää käytännössä, että kurinpitojärjestelmä toteutetaan ammattikunnan sisäisesti. Asianajajien tapaohjeilla on siten tuomareiden eettisistä periaatteista ratkaisevasti eroava funktio, eikä niiden yksinomainen tarkoitus ole olla eettisesti korkeatasoisen asianajotoiminnan luonnehdinta.

<sup>75</sup> Laki asianajajista 5 §.

Rikosoikeudenkäynnin kolmas osapuoli eli virallinen syyttäjä on puolestaan sidottu syyttäjän arvoihin, jotka on koostettu Valtakunnansyyttäjänviraston johdolla 2000-luvun alkupuolella. Valtakunnansyyttäjä asetti vuonna 2004 työryhmän pohtimaan syyttäjälaitoksen arvoja ja käynnistämään arvoihin liittyvää prosessia. Työryhmässä olivat edustettuina kaikki syyttäjälaitoksen henkilöstöryhmät, ilmeisesti siis myös kansliahenkilökuntaan kuuluvat. Arvotyö käynnistettiin järjestämällä alueellisia keskustelutilaisuuksia, joiden jälkeen henkilöstöä pyydettiin ehdottamaan syyttäjälaitosta yhdistäviä arvoja. Julkilausutuiksi arvoiksi valittiin sittemmin henkilöstön eniten esille nostamat oikeudenmukaisuus, ammattitaito ja työhyvinvointi. Työryhmä jatkoi työtään vielä arvojen vahvistamisen jälkeenkin ja esitti muun muassa eettisen toimikunnan perustamista syyttäjälaitokseen.<sup>76</sup> Sittemmin tämä esitys lienee hautautunut, mutta syyttäjälaitoksen arvoja pyritään pitämään esillä koulutustoiminnassa, joka syyttäjälaitoksessa on erityisen aktiivista.

Verrattaessa syyttäjän arvojen laatimista ja lopputulosta tuomarin eettisiin periaatteisiin voidaan havaita, että syyttäjälaitos on omaksunut ammattietiikkaan hyvin institutionaalisen lähestymistavan. Kysymys on syyttäjälaitoksen edustamista arvoista, ei yksittäisen syyttäjän eettisesti merkityksellisistä valinnoista. Laitoskeskeistä lähestymistapaa kuvaa se, että arvojen laatimiseen ovat osallistuneet syyttäjien ohella muut henkilöstöryhmät, vaikka heidän roolinsa ja tehtävänkuvansa on erilainen syyttäjiin verrattuna. Arvojen laatiminen on tapahtunut syyttäjälaitoksen sisäisesti eikä arvojen valmisteluun näytä osallistuneen laajemmin ulkopuolisia tahoja tai sidosryhmiä.

Keskeisenä erona tuomareihin voidaan todeta vielä se, että arvoja ei ole laadittu syyttäjien ammattiyhdistyksen aloitteesta tai johdolla, vaan keskeinen toimija on ollut koko syyttäjälaitosta johtava keskusvirasto, jonka päällikkönä toimiva valtakunnansyyttäjä on lopulta vahvistanut arvot. Tätä ratkaisua voidaan toki perustella sillä, että syyttäjälaitos on valtakunnansyyttäjän johtama päällikkövirasto, kun taas tuomioistuimet ovat itsenäisiä ja riippumattomia toimijoita eikä edes yksittäisellä virastolla ole merkittävää ohjausvaltaa yksittäiseen tuomariin. Tuomarikunnan osalta ei ole edes ollut käytettävissä sellaista vaihtoehtoa, jossa jokin tuomarikunnan yläpuolella oleva taho olisi vahvistanut eettiset periaatteet, sillä tuomioistuimilla ei ole syyttäjälaitoksen tavoin keskushallintoa eikä tuomarikuntaa johda yksittäinen virkamies. Edellä lausutusta huolimatta syyttäjien sitoutuminen julkilausuttuihin arvoihin voi olla käytännössä korkealla tasolla, koska syyttäjälaitoksen henkilökunta on osallistunut julkilausuttujen arvojen työstämiseen ja arvoja pidetään esillä koulutus-

<sup>76</sup> Kuusimäki – Toivainen 2007, s. 9–14.

toiminnassa, jossa niiden konkretisoiminen on mahdollista käytännön työtehtävien kannalta mielekkäällä tavalla.<sup>77</sup>

Koko lakimieskuntaa edustava Suomen Lakimiesliitto ry on laatinut lakimiehen eettiset ohjeet jo vuonna 1995. Eettiset periaatteet valmisteltiin Lakimiesliiton yksityissektorin valiokunnan aloitteesta perustetussa työryhmässä, joka pyysi valmisteluvaiheessa luonnoksesta lausunnot Lakimiesliiton jäsenyhdistyksiltä. Eettiset ohjeet vahvistettiin Lakimiesliiton valtuuskunnassa 15.5.1995. Lakimiesliiton eettiset ohjeet sisältävät 12 kohtaa, joissa on ammattieettisille ohjeille tunnusomaisesti annettu yleisluontoisia määritelmiä hyvälle lakimiehen ammattitoiminnalle. Lakimiehen eettiset ohjeet on tarkoitettu koskemaan kaikkia oikeustieteellisistä tiedekunnista valmistuneita lakimiehiä, joten ohjeet tulevat sovellettaviksi varsin monenlaisten ammattien ja työtehtävien hoitamisessa. Lakimieskunnan jäsenenä myös tuomari kuuluu ohjeiden kohderyhmään, mutta ohjeita ei ole tuomarin eettisten periaatteiden tavoin laadittu nimenomaan tuomarin tehtäviä ajatellen. Lakimiehen eettisistä ohjeista löytyy kuitenkin tuomarin tehtävään soveltuvia kohtia, joista esimerkkinä esitetään seuraava (kohta 6):

”Lakimiehen on työssään käyttäydyttävä asiallisesti ja toimittava tasapuolisesti. Kollegiaalisuus ei saa vaikuttaa asiaan.”

Tuomarin eettisissä ohjeissa samaa asiaa on tarkasteltu kohdissa 3 ja 7, joissa todetaan seuraavasti.

”Tuomari ei suosi tai syrji ketään virkatehtäviään hoitaessaan.”

”Tuomari suhtautuu oikeudenkäytön osallisiin, oikeudenkäyntien yleisöön, ammattikollegoihin ja työyhteisön jäseniin arvostavasti ja kohteliaasti tavalla, joka ei vahingoita tuomioistuimen arvoa.”

Verrattaessa lakimiehen eettisiä ohjeita ja tuomarin eettisiä periaatteita kiinnittyy huomio siihen, että ohjeissa puututaan myös kollegiaalisuuteen eli ammattikollegojen suosimiseen, mitä tuomarin eettisissä periaatteissa ei erikseen mainita. Sinänsä myös tuomarin on tärkeää muistaa, että hänen on tehtävässään toimittava puolueettomasti ja tasapuolisesti asianosaisia avustavia lakimiehiä kohtaan eikä hän voi suosia tai syrjiä heitä. Eri asia

<sup>77</sup> Syyttäjän tehtävän eettisiä näkökohtia on pidetty esillä muutenkin, sillä esimerkiksi Pirkanmaan syyttäjänvirastossa on vahvistettu syyttäjille 10 käskyä, jotka ovat objektiivisuus, ennakoitavuus, kohtuullisuus, ihmisarvon kunnioitus, yhdenvertaisuus, oikeudenmukaisuus, totuus, uskaltaminen, joutuisuus ja yleinen elämänkokemus. Totuutta lukuun ottamatta äsken mainitut arvot vertautuvat tuomarin eettisiin periaatteisiin. Totuus syyttäjän arvona on sikäli paikallaan, että syyttäjän tehtävänä on tavoitella totuudenmukaisia ratkaisuja rikosasioissa. Tuomarin tehtävässä totuuden etsiminen ei ole vastaavalla tavalla ensisijaista, vaan tuomarin tulee keskittyä enemmän oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuudesta huolehtimiseen.

on, jos jonkun avustajan tai asiamiehen toiminta itsessään antaa aihetta puuttumiselle käytöksen, palkkiolaskutuksen tai muuhun vastaavaan syyn vuoksi. Puuttumisessa tulee kuitenkin soveltaa yhtäläisiä perusteita avustajan tai asiamiehen henkilöstä riippumatta.

Lakimiehen eettisten ohjeiden valmisteluprosessi eroaa olennaisesti tuomarin eettisten periaatteiden valmistelusta. Ohjeet on laadittu järjestötasolla, eikä niissä mainita sitä, että sidosryhmiä tai eri ammateissa työskenteleviä käytännön lakimiehiä olisi kuultu valmistelutyön yhteydessä. Lakimiesten yhdistyksiä kuulemalla valmistelutyöryhmä on saanut arvokasta tietoa eri ammattiryhmien kannalta eettisesti olennaisista kysymyksistä, mutta vuorovaikutus muun lakimieskunnan kanssa on jäänyt vähäisemmäksi. Tällä näkökohdalla on erityistä merkitystä arvioitaessa sitä, missä määrin eettiset ohjeet ovat tulleet tunnetuksi lakimieskunnassa ja miten lakimiehet niihin tukeutuvat työhönsä liittyvissä valintatilanteissa.

Verrattaessa tuomarin eettisiä periaatteita lakimieskunnan yhteisiin eettisiin ohjeisiin ja asianajajien tai syyttäjien julkilausuttuihin arvoihin tai tapaohjeisiin voidaan yhteenvetona todeta, että tuomareiden eettisten ohjeiden valmistelussa keskeisellä sijalla ovat olleet hanketta pitkäjänteisesti ja määrätietoisesti edistänyt tuomarikunnan edustajista koostunut työryhmä, laajamittaisesti toteutetut kuulemiset ja eettisten periaatteiden keskusteluttaminen ammattikunnan keskuudessa. Valmisteluprosessi antaa siten osaltaan edellytykset sille, että eettiset periaatteet ovat tulleet tuomarikunnassa tunnetuiksi. Pysyvän eettisten periaatteiden toteutumista, päivitystarpeita tai ammattikunnan käymää eettistä keskustelua ylläpitävän toimikunnan tai forumin puuttuminen sen sijaan voi pitkällä tähtäyksellä näivettää periaatteiden julkaisemisesta alkaneen kehityksen ja keskustelun eettisten periaatteiden ympärillä. Sama pulma tosin näyttää liittyvän asianajajia lukuun ottamatta myös muihin lakimieskunnan eettisiin ohjeisiin tai arvokeskusteluun.

## 4 RIIPPUMATTOMUUS JA PUOLUEETTOMUUS

Riippumattomuus ja puolueettomuus on mahdollisesti keskeisin tuomarille asetettava vaatimus, joka on säilyttänyt asemansa niin kauan kuin tuomitsemistoimintaa on harjoitettu. Jos ajatellaan tuomarin roolia yksityisten asianosaisten tai heidän ja yhteiskunnan välisiä oikeudellisia konflikteja ratkaisevana tahona, voidaan pitää jo tästä asetelmasta johtuvana perusedellytyksenä, että ratkaisun tekijä ei ole sidoksissa kumpaankaan oikeudenkäynnin osapuolista. Tuomareiden tosiasiallinen riippumattomuus ja

puolueettomuus on saattanut etenkin totalitaarisissa yhteiskuntajärjestelmissä olla laadultaan illusorista, mutta missään tuskin on periaatetasolla irtisanouduttu kyseisistä oikeudenhoidon ideaaleista, koska samalla koko tuomitsemistoiminnan mielekkyys olisi tullut kyseenalaistetuksi.

Riippumattomuutta ja puolueettomuutta voidaan tarkastella yhtenä yksittäisenä periaatteena tai sitten jaottelemalla se esimerkiksi siten, että riippumattomuudella tarkoitetaan tuomioistuimen ja yksittäisen tuomarin vapautta rakenteellisista sidoksista muihin yhteiskunnallisen vallan käyttäjiin tai toimijoihin, jotka vaikuttavat oikeudenhoitoon. Puolueettomuudella voidaan tarkoittaa vapautta sellaisista sidoksista ja ennakoasenteista, jotka voivat vaikuttaa haitallisesti yksittäisen oikeusjutun käsittelemisessä. Riippumattomuus liittyy tuomarin asemaan ja virkaan ilman kytköstä yksittäiseen oikeudenkäyntiin, kun taas puolueettomuus liittyy aina oikeudenkäyntiin ja sen asianosaisiin tai muihin osallisiin, kuten esimerkiksi todistajiin tai asiantuntijoihin, jotka esiintyvät oikeudenkäynnissä.<sup>78</sup>

Silmäys tuomarin eettisten periaatteiden kohtiin 1–5 osoittaa, että periaatteissa riippumattomuudella on tarkoitettu rakenteellisia tekijöitä ja tarkastelukulma on valtiosääntöoikeudellinen (kohta 2). Sen sijaan puolueettomuudella viitataan yksittäisen tuomarin virkatehtävien hoitamiseen (kohta 3). Riippumattomuutta ja puolueettomuutta käsittelevään viisikoh-taiseen osa-alueeseen on koottu tuomarille asetettavia edellytyksiä alkaen lakisidonnaisuudesta ja perus- sekä ihmisoikeuksien kunnioittamisesta aina tuomarin käyttäytymiseen sekä yhdistymis- ja kokoontumisvapauden käyttämiseen.

## **4.1 Lakisidonnaisuus**

”Tuomari on uskollinen antamalleen tuomarinvalalle tai -vakuutukselle. Tuomari sitoutuu oikeusvaltioperiaatteeseen sekä ihmis- ja perusoikeuksien kunnioittamiseen. Tuomari ei ylitä laillisuuden tai harkintavaltansa rajoja.”

Tuomarin eettiset periaatteet alkavat viittauksella pohjoismaiseen oikeusperinteeseen, sillä tuomarilta edellytetään uskollisuutta annetulle tuomarinvalalle tai -vakuutukselle, jotka ovat peräisin vuoden 1734 oikeudenkäymiskaaren 1 luvun 7 §:stä.<sup>79</sup> Tuomarinvala vannotaan ennen tuomioistuinharjoittelun aloittamista ja joka tapauksessa ennen kuin asianomainen henkilö ryhtyy hoitamaan tuomarin tehtäviä, mikäli hän ei ole suorittanut

<sup>78</sup> Ks. Tapanila 2007, s. 60–63 ja Virolainen 1995, s. 338–339.

<sup>79</sup> Tuomarin vakuutus on myöhempää perua ja pohjautuu sanamuodoltaan tuomarin valaan ilman uskonnollisia viittauksia.



tuomioistuinharjoittelua. Uskollisuus valaa kohtaan on siten perusteltu lähtökohta tuomarin eettisille periaatteille Suomessa, jossa tuomarinvala on osa oikeudellista perintöämme Ruotsin vallan ajalta. Vala sinänsä ottaa kantaa olennaisiin kysymyksiin kehottaen tuomariksi ryhtyvää tuomitsemaan Jumalan ja Ruotsin lain ja laillisten sääntöjen mukaan. Moniarvoisessa yhteiskunnassa viittaus Jumalaan voidaan ymmärtää yleisemmäksi kehotukseksi noudattaa länsimaisen yhteiskunnan arvopohjaa ja eettisiä käsityksiä. Sen sijaan viittaus lakiin ja laillisiin sääntöihin on edelleen syytä ymmärtää kirjaimellisemmin. Tuomarin tehtävässä ei nimittäin voi soveltaa omia henkilökohtaisia käsityksiään oikeudesta, vaan tuomari on sidottu lainsäädäntöön.

Suomalainen oikeuskäsitys on ollut pitkään oikeuspositivistinen sillä tavoin, että tuomarin sidonnaisuutta kirjoitettuun lakiin on korostettu ja siitä irrottautumiseen on suhtauduttu torjuvasti, koska joustavan ja tilanneherkän lainsoveltamisen on arvioitu johtavan mielivaltaan.<sup>80</sup> Suomalainen perinne on ollut legalistinen, mutta luvussa 1.2.2 kuvatut muutokset tuomarin normatiivisessa toimintaympäristössä ovat vaikuttaneet viime vuosikymmeninä voimakkaasti suuntaan, jossa tiukka sitoutuminen lakiin voi johtaa tuomarin umpikujaan hänen hakiessaan ratkaisua oikeusjuttuunsa. Pyrkinessään ”lainmukaiseen” ratkaisuun tuomari joutuu entistä useammin ratkomaan normien hierarkiaan ja ristiriitaisuuksiin oikeusperiaatteiden tasolla liittyviä pulmia, joihin kirjoitettu lainsäädäntö ei anna suoria vastauksia. Formaalisen oikeuden tilalle tai ainakin rinnalle on tullut vaatimus oikeuden sisällön kohtuullisuudesta, joka saattaa aiheuttaa ongelmia oikeusvarmuuden kannalta, kun selvää ratkaisulinjaa ei enää ole, ja oikeutta luodaan yksittäistapauksittain tiettyjen periaatteellisten näkökohtien perusteella.<sup>81</sup>

Tuomarin eettisten periaatteiden valmistelun yhteydessä lakisidonnaisuus nousi esille tavalla, joka on ymmärrettävä suomalaista legalistista taustaa vasten. Periaatteiden toisesta luonnoksesta Tuomariliiton vuosikokouksessa toukokuussa 2011 käydyssä keskustelussa vastustettiin sitä, että tuomari voisi tietyissä poikkeustilanteissa luopua tehtävässään lakisidonnaisuudesta. Kuulemismenettelyssä vuonna 2012 joidenkin tuomioistuinten lausunnoissa kiinnitettiin huomiota johdannon mainintaan siitä, että lainkäytössä myös luodaan oikeutta.<sup>82</sup> Tuossa vaiheessa periaatteiden 1. kohdan maininta oli jo muutettu sellaiseen muotoon, jossa vahvistetaan tuomarin olevan tehtävässään sidottu lakiin. Kuuleminen ei siten selvittänyt tuomarikunnan käsityksiä siitä, voiko tuomari jossakin

<sup>80</sup> Ks. Aarnio 2006, s. 107 ss.

<sup>81</sup> Aarnio 2006, s. 113–117.

<sup>82</sup> Ks. työryhmän vastaus 2012.

tilanteessa poiketa lakisidonnaisuudesta. Tuomarikunnan kannanotot joka tapauksessa viittaavat siihen suuntaan, että tuomarikunnassa pidetään kiinni tuomioistuimen valtiosääntöisestä tehtävästä, joka liittyy ennen muuta lain soveltamiseen yksittäisiin oikeusjuttuihin ja joka edellyttää lakisidonnaisuutta tuomarin tehtävässä.

Kansainvälisiin malleihin sekä eräiden maiden kuten Itävallan (ks. luku 3.2.3) eettisiin periaatteisiin on kirjattu mahdollisuus luopua lakisidonnaisuudesta, mikäli ihmis- ja perusoikeudet olisivat muutoin vaarassa.<sup>83</sup> Tällainen poikkeamismahdollisuus on ymmärrettävä Euroopan historiaa tarkastelemalla. Poikkeusolosuhteilla voidaan tarkoittaa esimerkiksi kehitystä 1930-luvun Saksassa, jossa kansallissosialistinen puolue keskitti vallan itselleen demokraattista ulkoisesti muistuttavassa menettelyssä ja tämän jälkeen asetti kansalaisia etnisen alkuperän perusteella syrjivän lainsäädännön, joka lopulta johti toisen maailmansodan aikana juutalaisten joukkomurhaan. Tämänkaltainen asetelma aiheuttaa tuomarinviran kannalta kysymyksen siitä, toimiiko tuomari eettisesti väärin soveltaessaan toimivaltaisen lainsäätäjän laatimia lakeja, jotka kuitenkin ovat ilmeisessä ristiriidassa länsimaissa tuhansia vuosia voimassa olleisiin ihmiselämää kunnioittaviin peruseriaatteisiin.<sup>84</sup>

Tiukka sitoutuminen vallaanjoon periaatteeseen, jonka mukaan tuomarin tulee vain ja ainoastaan soveltaa lainsäätäjän asettamia normeja yksittäistapaukseen, ei tarjoa vastausta edellä esitettyyn kysymykseen.<sup>85</sup> Nykyisellään tämänkaltaista moraaliarvojen ja lainsäädännön konfliktitilannetta ei ole odotettavissa, sillä Suomen kansainväliset sopimussidonnaisuudet ovat kytkeneet Suomen osaksi kansainvälistä arvoyhteisöä, jonka arvot ovat julkilausuttuina muun muassa Euroopan ihmisoikeussopimuksessa. Poikkeustilanteissa nekään eivät kuitenkaan välttämättä riitä estämään yhteiskuntamoraalin perikatoa, jolloin jää viime kädessä tuomarin itsensä arvioitavaksi, voiko hän toimia virassaan siitäkin huolimatta, että ei kykene henkilökohtaisesti omista arvoistaan lähtien allekirjoittamaan lainsäädännön vaatimuksia.

<sup>83</sup> Mielenkiintoista sinänsä, Norjan eettisissä periaatteissa ei ole mainittu perus- ja ihmis-oikeuksia tai muutakaan valtiojärjestykseen vaikuttavaa periaatetta erikseen toisin kuin Suomessa.

<sup>84</sup> Työryhmä on vastauksessaan periaatteiden kohdan 1 osalta viitannut historialliseen taustaan: ”Kansainvälisessä keskustelussa on edellytetty kohdassa esitettyjä asioita. Tämä on johtunut muun muassa siitä, että monissa maissa on historian vuoksi nähty aiheelliseksi arvioida tuomarin tehtävää myös muutoin kuin lakisidonnaisuuden kautta. Kohta on pyritty muotoilemaan suomalaisen perinteeseen sopivaksi ja tästä johtuu mm. oikeusvaltioperiaatteen käyttäminen.”

<sup>85</sup> Vrt. Aarnio 2006, s. 38–39, jossa Aarnio kritisoi oikeuspositivismiin kohdistunutta arvostelua siitä, että se olisi edesauttanut 1930-luvun Saksassa rotulainsäädännön läpilyöntiä myös tuomarikunnassa.

Tuomarin eettiset periaatteet edustavat lakisidonnaisuutta sovitetuna suomalaisen oikeusperinteeseen. Periaatteiden 1. kohdassa on ennen lakisidonnaisuutta mainittu sitoutuminen ihmis- ja perusoikeuksien kunnioittamiseen. Periaatteiden muotoilu antaa ymmärtää, että tuomarin tulee päätellä ihmisarvoa ja oikeudenmukaisuutta koskevat perustavimmat arvonsa ihmis- ja perusoikeuksien pohjalta, vaikka sovellettava lainsäädäntö muuttuisi joltakin osin sen kanssa ristiriitaiseksi. Sinänsä Suomessakin olisi perusteetonta väittää, etteikö historiasta ole osoitettavissa sellaisia aikoja, jolloin tuomari on joutunut tämänkaltaisten valintatilanteiden eteen. Vuoden 1918 oikeudelliset jälkiselvittelyt ja 1920–30-lukujen poliittiset oikeudenkäynnit vasemmistoa edustaneita henkilöitä vastaan osoittavat, että myös Suomessa oikeuslaitos on syrjinyt kansalaisia poliittisen vaumuksen perusteella.<sup>86</sup> Tuomarikunnan sitoutuminen tiettyjen arvojen kunnioittamiseen ei ole siten Suomenkaan historian valossa mitenkään vähäpätöinen tai puhtaan teoreettinen kysymys.

Ihmis- ja perusoikeuksien ohella tuomari on periaatteiden 1. kohdan mukaan sitoutunut *oikeusvaltioperiaatteeseen*. Tämä herättää herkästi kysymään, mitä oikeusvaltioperiaatteella viime kädessä tarkoitetaan. Oikeusvaltiolla viitataan usein sellaisiin yhteiskuntajärjestelmän peruspilareihin, joiden perusteella yhteiskuntaa voidaan pitää oikeusvaltiona. Oikeusvaltiossa yhteiskunnallisen vallan käyttäminen on määritelty lailla ja lainsäädäntö-, tuomio- sekä toimeenpanovaltaa käyttävät erilliset ja toisistaan riippumattomat valtiuelimet. Oikeusvaltio voidaan tunnistaa toimivasta oikeusjärjestyksestä, jossa jokaisella sitä tahtovalla on mahdollisuus saada oikeussuojaa viime kädessä tuomioistuimessa. Oikeusjärjestyksen tulee koostua ennalta määritellyistä oikeusnormeista, joita sovelletaan yhtäläisin perustein kaikkiin kansalaisiin.<sup>87</sup> Tuomarin sitoutuminen oikeusvaltioperiaatteeseen merkitsee tuomarikunnan antamaa taetta sille,

<sup>86</sup> Lars Björne on väitöskirjassaan ”... syihin ja lakiin eikä mielivaltaan...” – Tutkimus Turun hovioikeuden poliittisista oikeudenkäynneistä vuosina 1918–1939” vuodelta 1977 tarkastellut poliittisia oikeudenkäyntejä. Valtiopetosjuttuja käsitellyt hovioikeus on suhtautunut oikeistotaustaisiin ns. Mäntsälän kapinasta syytettyihin sekä lukuisiin kommunistipuolueen toimintaan osallistumisesta syytettyihin varsin eri tavoin, ja oikeudenkäynneissä on nähtävissä selkeä eroavaisuus niin menettelyssä kuin langetettujen rangaistusten ankaruudessa (mts. 143–162). Jukka Kekkonen on kirjassaan ”Laillisuuden haaksirikko” vuodelta 1991 selvittänyt vuoden 1918 sisällissodan voittaneen valkoisen puolen oikeudellisia rankaisutoimia sodan hävinneen punaisen osapuolen edustajia vastaan. Kekkonen tutkimus osoittaa, että kyseiseen tarkoitukseen perustettujen valtiorikosoikeuksien toiminta ei täyttänyt tuolloin voimassa olleita lainmukaisen menettelyn tunnusmerkkejä. Menneisyyden tapahtumiin tulee toki suhtautua ymmärtäen kyseisen ajan poliittiset ja olosuhteista johtuvat realiteetit, mutta edellä lyhyesti todetut esimerkit kertovat ainakin siitä, että oikeuslaitoskaan ei ole immuuni ympäröivän yhteiskunnan virtauksille.

<sup>87</sup> Ks. Aarnio 2006, s. 111–112. Oikeusvaltioon voidaan katsoa sisältyvän myös perustuslaki siinä ilmaistuine perusoikeuksineen, ks. Jyränki 2003, s. 249–250.

että tuomari on lojaali sellaiselle yhteiskuntajärjestykselle, jossa edellä luonnehditut edellytykset toteutuvat. Lojaalisuutta ei voida sen sijaan edellyttää sellaisessa tilanteessa, jossa yhteiskunta luopuu ylläpitämästä oikeusvaltion tunnusmerkkejä.

## 4.2 Riippumattomuus

”Tuomari on lainkäyttötehtävässään riippumaton lakiasäätävästä ja toimeenpanevesta valtiovallasta. Tuomarin riippumattomuus edellyttää lisäksi vapautta sidoksista muihin yhteiskunnallisiin vallankäyttäjiin, kuten politiikan, talouselämän ja tiedotusvälineiden edustajiin. Tuomarin riippumattomuus on tarkoitettu oikeudenkäynnin asianosaisten turvaksi ja suojaamaan kansalaisia epäasianmukaiselta vallankäytöltä. Riippumattomuutta ei ole tarkoitettu suojaamaan tuomarin omia etuja.”

Oikeuslaitoksen riippumattomuus on tärkeimpiä sille yleisesti asetettuja edellytyksiä, joiden tarkoituksena on turvata kansalaisten yhdenvertainen kohtelu lain edessä. Riippumattomuus liittyy tuomioistuimen organisaatioon ja asemaan yhteiskunnassa ja edellyttää sitä, että tuomioistuin ei ole sidoksissa lainsäätäjään, toimeenpanovaltaan tai muihin yhteiskunnallisen vallan käyttäjiin.<sup>88</sup> Tuomioistuin on lisäksi riippumaton suhteessa ylempiin tuomioistuihin, joilla ei ole yksittäisiä oikeudenkäyntejä koskevaa määräysvaltaa alempiin tuomioistuihin. Samoin on laita yksittäisen tuomarin suhteessa tuomioistuimeen, sillä päällikkötuomarilla tai tuomarikollegiolla ei ole yksittäistä oikeudenkäyntiä koskevaa määräysvaltaa tuomioistuimen jäseneen.

Tuomarin eettiset periaatteet määrittelevät riippumattomuuden perinteisellä tavalla, sillä periaatteiden kohdassa 2 viitataan tuomarin suhteeseen muihin yhteiskunnallisiin vallankäyttäjiin. Valtiovaltaa edustavien tahojen eli lainsäätäjän ja toimeenpanovaltaa edustavan valtionhallinnon ohella periaatteissa mainitaan erikseen vielä politiikan, talouselämän ja tiedotusvälineiden edustajat. Tämä lisäys laajentaa piiriä, jonka vaikutuksista tuomarin tulee olla vapaa. Esimerkkeinä riippumattomuuden kannalta merkityksellisistä tilanteista voidaan ottaa esille vaikkapa tuomarin poliittinen toiminta tai sellaiset sivutoimet, joissa tuomari hoitaa talouselämää edustavien tahojen toimeksiantoja (ks. luku 4.3).

Tuomarin poliittiseen aktiivisuuteen suhtaudutaan joissakin Euroopan maissa huomattavan pidättyvästi, kuten voidaan havaita muun muassa Skotlannin ja Englannin eettisistä periaatteista (ks. luku 3.2.3). Molemmissa

<sup>88</sup> Virolainen 1995, s. 339 ja Hirschfeldt 2011, s. 522. Ks. myös Statement of Principles of Judicial Ethics for the Scottish Judiciary 2010, s. 14.

on varsin kategorisesti katsottu, että tuomarin tulee virkaan nimittämisen yhteydessä luopua poliittisesta toiminnasta.<sup>89</sup> Skotlannin eettisissä periaatteissa on jopa lausuttu, että tuomarin poliittisen osallistumisen tulee rajoittua äänioikeuden käyttämiseen. Suomessa sen sijaan poliittiseen toimintaan on suhtauduttu sallivammin. Tuomareita on toiminut poliittisissa luottamustehtävissä, kuten kunnanvaltuustoissa tai muissa kunnallisissa luottamuselimissä sekä valtakunnan tasolla. Tuomareita on valittu takavuosina myös kansanedustajiksi. Poliittisen toiminnan kategorinen kieltäminen voi tuntua tarpeettomalta sikäli, että merkittävimmät poliittiset luottamustehtävät ainakin valtakunnan tasolla edellyttävät käytännössä sitä, että tuomari ei hoida samanaikaisesti tuomarinvirkaansa.<sup>90</sup>

Sen sijaan sivutoimiset poliittiset luottamustehtävät saattavat aiheuttaa esteellisyyteen liittyviä ongelmia yksittäisissä oikeudenkäynneissä, mikäli niihin liittyy poliittisia intressejä. On myös mahdollista, että kunnanvaltuutettuna toimiva tuomari joutuu väistymään oikeudenkäynnistä, jossa kyseinen kunta on asianosaisena. Poliittisesti värityneet oikeudenkäynnit ovat Suomessa harvinaisia, mutta sellaisestakin voidaan esittää esimerkki.<sup>91</sup>

Vuonna 2008 käsiteltiin Helsingin käräjäoikeudessa silloisen pääministeri Matti Vanhasen rikosasiaa, jossa kysymys oli yksityiselämää loukkaavan tiedon levittämisestä hänen entisen naisystävänsä kirjoitettua kirjan ”Pääministerin morsian”. Käräjäoikeudessa syytteet äänestyksen jälkeen hylättiin kahden lautamiehen ollessa enemmistössä ja puheenjohtajana toimineen käräjätuomarin jäätyä kolmannen lautamiehen kanssa vähemmistöön. Sittemmin kirjan kirjoittaja ja kustantaja tuomittiin hovioikeudessa ja korkeimmassa oikeudessa yksityiselämää loukkaavan tiedon levittämisestä. Käräjäoikeuden ratkaisu kirvoitti keskustelua lautamiesten puoluejäsenyyden merkityksestä.

Lautamiesten kohdalla puoluejäsenyys merkitsee sikäli ongelmallista sidosta, että heidän valintatapansa kytkeytyy kunnallisiin poliittisiin voimasuhteisiin eikä lautamieheksi käytännössä pääse ilman jonkin puolueen jäsenyyttä.<sup>92</sup> Kysymys lautamiesten valintatavasta jää artikkelin teeman ulkopuolelle, mutta lautamiesten poliittisista kytköksistä johtuvat ongelmat käyvät esimerkistä, minkälaisia ongelmia tuomarin puolueettomuudelle

<sup>89</sup> Statement of Principles of Judicial Ethics for the Scottish Judiciary 2010, s. 16–17 ja Guide to Judicial Conduct 2011, s. 10.

<sup>90</sup> EIT:n ratkaisussa *Pabla Ky vs. Suomi* (22.6.2004) on tarkasteltu tuomarin puolueettomuutta kansanedustajana toimineen tuomarin ollessa asunto-oikeuden jäsenenä. EIT ei katsonut tuomioistuimen puolueettomuuden vaarantuneen, koska käsitellyllä jutulla tai sen asianosaisilla ei ollut liityntää tuomarin puoluetustaansa eikä hän ollut kansanedustajana osallistunut kyseistä alaa koskevan lainsäädännön laatimiseen.

<sup>91</sup> Ks. tapauksesta lähemmin KKO 2010:39.

<sup>92</sup> Virolainen 1995, s. 414–415.

ja riippumattomuudelle voi aiheutua poliittisesta aktiivisuudesta. Vaikka Suomessa ei ole nähty aiheelliseksi kategorisesti kieltää poliittista osallistumista, ei poliittisten luottamustehtävien laajamittaista hoitamista voida pitää suositeltavana myöskään virkatuomarin kohdalla. Mitä vaikutusvaltaisemmasta poliittisesta luottamustehtävästä on kysymys, sitä herkemmin herää aiheellinen kysymys siitä, missä määrin tuomari on tehtävään päästäkseen tai siinä menestyksellisesti toimiakseen sitoutunut edustamansa poliittisen puolueen etuun niin, että sitoutumisella on vaikutus myös tuomarin viran hoitamiseen.

Eettisissä periaatteissa on tarkasteltu riippumattomuutta yksinomaan suhteessa tuomioistuimen ulkopuolisiin, yhteiskunnallista valtaa käyttäviin tahoihin. Riippumattomuudesta voi olla kysymys myös arvioitaessa tuomarin suhdetta tuomioistuinta johtavaan päällikkötuomariin. Riippumattomuuden vaikutus viraston johtamiseen on sikäli ajankohtainen teema, että tuomioistuimissa on viime vuosina pyritty lisäämään päällikkötuomarin valtaa ja vastuuta toiminnan tuloksellisuudesta.<sup>93</sup> Päällikkötuomareiden asemaa on muutettu muun muassa lisäämällä nimitysvaltaa, sillä korkeimpia oikeuksia lukuun ottamatta määräaikaisen tuomarin nimittää enintään vuoden ajaksi tuomioistuimen päällikkötuomari. Vastaavasti hovi- ja hallinto-oikeuksien esittelijät nimittää kyseisen tuomioistuimen päällikkötuomari.

Koska tuomioistuimen päällikkötuomarilla ei ole suoranaista määräysvaltaa yksittäiseen tuomariin tämän hoitamassa oikeudenkäynnissä, merkitsee nimitysvallan käyttäminen kenties olennaisinta vaikutusmahdollisuutta tuomioistuimen toiminnan tuloksellisuuteen. Tuomioistuimien yhteiskunnallisen merkityksen kasvaessa on perusteltua pyrkiä varmistamaan tuomioistuimien lainkäyttötoiminnan asianmukaisuus ja tehokkuus, jolla viitataan tässä yhteydessä erityisesti asioiden käsittelyn joutuisuuteen. Päällikkötuomarin suora direktio-oikeus alaisinaan oleviin tuomareihin on poissuljettu vaihtoehto tuomarin riippumattomuuden kannalta.<sup>94</sup> Sen sijaan nimitysvaltaa käyttämällä päällikkötuomari pystyy välillisesti ohjaamaan tuomioistuimen toimintaa. Nimittämällä määräaikaiset tuomarit ja ylioikeuksissa esittelijät päällikkötuomari vaikuttaa suuresti siihen, minkälaisia lakimiehiä tuomarinuralle valikoituu. On myös huomattava, että päällikkötuomari käyttää vastaavanlaista nimitysvaltaa määrätessään tuomareita toimimaan määräajan ylemmän palkkaluokan tuomarin tehtävissä. Tämänkaltaisen vallankäyttö edellyttää korostunutta vastuullisuutta, jotta nimittämisessä ei ryhdytä suosimaan tai syrjimään viranhakijoita epäasiallisilla perusteilla.

<sup>93</sup> Ks. tuomioistuimien johtamiseen liittyvistä näkökohdista laajemmin KM 2003:3, s. 422–426.

<sup>94</sup> Ks. KM 2003:3, s. 427–428.

Päällikkötuomarin muodolliseen valtaan kuuluu myös määrätä tuomioistuimen juttujen jakoperusteista, jolloin päällikkötuomari voi poikkeuksellisesti siirtää asian tietyn tuomarin käsiteltäväksi.<sup>95</sup> Vastaavasti ylioikeuksissa päällikkötuomari voi määrätä asian käsiteltäväksi vahvennetussa kokoonpanossa tai täysistunnossa. Nimitysvallan ja juttujen jakamiseen liittyvän muodollisen vallan ohella päällikkötuomarilla on käytettävissään erilaisia epämuodollisia keinoja tuomioistuimen lainkäyttötoiminnan ohjaamiseksi yleisellä tasolla. Päällikkötuomarin tulee seurata aktiivisesti tuomioistuimen toimintaa ja puuttua tarvittaessa henkilökunnan esimiehen roolissa esimerkiksi silloin, jos tuomari ei kykene hoitamaan virkatehtäviään. Viime kädessä päällikkötuomarin käytettävissä oleva puuttumiskeino on juttujen siirtäminen toisen tuomarin käsiteltäväksi ja äärimmäisessä tilanteessa erilaiset työkyvyn selvittämiseen liittyvät virkamiesoikeudelliset toimet.

Vaikka tuomari on riippumaton myös suhteessa päällikkötuomariin, voidaan edellä esitetyn perusteella todeta, että päällikkötuomarilla on varsin laajalti myös muodolliseen valtaan perustuvia mahdollisuuksia puuttua tuomioistuimen lainkäyttötoimintaan. Etenkään määräaikaisina tuomareina toimivia ei sen vuoksi voida pitää täysimääräisesti riippumattomina suhteessa päällikkötuomariin, vaikka tällä ei olekaan oikeutta puuttua heidän työnsä sisältöön. Asema nimitysvallan käyttäjänä kuitenkin takaa sen, että päällikkötuomarilla on mahdollisuus vaikuttaa määräaikaisen tuomarin uralla etenemiseen. Tämänkaltaisista syistä tulisi käytännössä pyrkiä siihen, että tuomarin tehtäviä ei hoidettaisi määräaikaisesti vaan virassa, jolloin tuomari myös tosiasiallisesti toimii lain edellyttämällä tavoin riippumattomassa asemassa.

Tuomari on riippumaton myös saman tuomioistuimen muista jäsenistä. Riippumattomuus suhteessa tuomarikollegoihin on merkittävä näkökohta etenkin niissä muutoksenhakutuomioistuimissa, joissa ratkaisukokoonpanoihin kuuluu säännönmukaisesti useampia jäseniä. Käräjäoikeuksissa tuomarit useimmiten käsittelevät jutut yhden tuomarin tai lautamieskokoonpanossa, jolloin kollegoilla ei ole suoraa vaikutusta työtehtävien hoitamiseen. Toki käräjäoikeudessaakin tuomarit voivat pyytää kollegoiltaan neuvoja juttujen hoitamisessa, mutta vastuu käsittelyn asianmukaisuudesta säilyy silti juttua käsittelevällä tuomarilla.<sup>96</sup>

<sup>95</sup> Yleisesti ottaen tuomioistuimen juttujen jaon tulisi tapahtua sattumanvaraisesti eikä niin, että juttujen jaossa harkitaan juttukohtaisesti, kenelle tuomarille juttu tulisi jakaa (ks. Virolainen – Pölonen 2004, s. 469). Päällikkötuomari voi kuitenkin tästä näkökohdasta huolimatta puuttua jo jaettujen juttujen käsittelemiseen, mikäli muutoin on vaarana, että juttujen käsittely viivästyy tuntuvasti tuomarista johtuvista syistä.

<sup>96</sup> Ks. myös Statements of Principles of Judicial Ethics for the Scottish Judiciary 2010, s. 15.

Ylemmissä tuomioistuimissa lainkäyttöasiat ratkaistaan kollegiossa, jossa jokainen tuomioistuimen jäsen kuitenkin toimii itsenäisesti. Tuomarin tulee kollegion jäsenenä ymmärtää, että hänen edellytetään muodostavan kantansa käsiteltävään asiaan riippumattomana oikeuden jäsenenä eikä hän saa olla muiden kokoonpanon jäsenten ohjailtavissa. Tuomarin tulee päätösneuvotteluissa kuunnella kokoonpanon muiden jäsenten perustellut näkemykset ja punnita esitetyt argumentit, mutta hänen ei pidä omaksua niitä kyseenalaistamatta eikä myötäillä muita oikeuden jäseniä mahdollisten henkilösuhteisiin liittyvien haitallisten seurausten pelossa. Tuomarin tulee myös suhtautua kunnioittavasti kollegaansa, joka hoitaa tehtävänsä vastuullisesti ja on tarvittaessa asiaratkaisusta eri mieltä. Tuomarilla pitää olla tosiasiallinen mahdollisuus hoitaa tehtävänsä riippumattomana oikeuden jäsenenä myös suhteessa kollegoihin ilman pelkoa siitä, että hän joutuu kannanottojensa vuoksi kohdeksi epäasiallisesti.

Eettisten periaatteiden kohdan 2 viimeinen virke sisältää tärkeän rajauksen siitä, mikä on riippumattomuuden funktio. Tämänkaltainen rajaus on yleisesti käytössä myös muiden maiden eettisissä periaatteissa samoin kuin kansainvälisissä malleissa.<sup>97</sup> Tuomarin riippumattomuutta voi olla houkutus käyttää verukkeena sille, että tuomarin menettelytapoihin ei puututa ulkopuolelta millään tavoin, olivat menettelytavat sitten laadultaan minkälaisia hyvänsä. Tuomarin riippumattomuus ei kuitenkaan oikeuta pidättäytymään tuomarin oman ammatillisen toiminnan kehittämistä tai yhteisesti sovittujen menettelytapojen noudattamisesta.

Riippumattomuutta voidaan myös käyttää argumenttina puolustettaessa tuomioistuinlaitoksen resursseja erilaisilta säästöpaineilta tai uudistuksilta, jotka vaikuttavat työmäärää lisäävästi. Tuomioistuin resursseihin puuttuminen voi toki merkitä riskiä siitä, että tuomioistuin ei enää kykene hoitamaan sille uskottuja tehtäviä eli antamaan oikeudenmukaisia ratkaisuja kohtuullisessa ajassa. Tästä huolimatta riippumattomuuden intressanteja ovat oikeudenkäyntien asianosaiset ja yhteiskunta laajemmin eivätkä tuomarin tehtäviä hoitavat henkilöt. Tämä lähtökohta on syytä pitää mielessä tarkasteltaessa tilanteita, joissa tuomarin riippumattomuus tosiasiallisesti on huomioon otettavana intressinä.<sup>98</sup>

<sup>97</sup> Statement of Principles of Judicial Ethics for the Scottish Judiciary 2010, s. 14, WELS Declaration of Ethics 2007, kohta II ja Guide to Judicial Conduct 2011, s. 9. Samoin ENCJ 2010 (12), kohta 11.

<sup>98</sup> Myös Olaus Petrin tuomarinohjeissa on korostettu tuomarinviran funktiota: ”Tuomarin on myös muistettava, että tuomarin virka on asetettu yleiseksi hyödyksi eikä häntä varten. Niinpä virkaa on hoidettava yleiseksi hyödyksi eikä omaksi eduksi, joskin se on hänen omakin etunsa, että virka oikein hoidetaan. Kumminkin hänen on pyrittävä edistämään yleistä hyötyä, eikä omaansa, sillä tuomari on yleisön palvelija, eikä yleisö tuomarin.”



### 4.3 Puolueettomuus

”Tuomari on puolueeton. Tuomari suorittaa virkatehtävänsä pelkäämättä muiden reaktioita, ilman ennakoasenteita ja säilyttäen puolueettomuutensa. Yksittäisessä oikeudenkäynnissä tuomari ei ole julkisen keskustelun tai painostusryhmien ohjailtavissa. Tuomari ei suosi tai syrji ketään virkatehtäviään hoitaessaan. Tuomarin tai hänen lähipiirinsä henkilökohtainen etu tai vahinko ei saa vaikuttaa hänen työhönsä.”

Puolueettomuudella ymmärretään tuomarin vapautta sellaisista sidonnaisuuksista tai ennakoasenteista, joilla voisi olla haitallinen vaikutus yksittäisen oikeudenkäynnin hoitamisessa. Puolueettomuus on varsin kattavan normatiivisen sääntelyn kohteena, sillä oikeudenkäymiskaassa on ollut säännökset tuomarin esteellisyydestä jo vuodesta 1734 ja asiasta on runsaasti niin kotimaista kuin kansainvälistä oikeuskäytäntöä.<sup>99</sup> Perinteisesti puolueettomuuden on ajateltu vaarantuvan silloin, jos tuomarilla tai hänen läheisellään on intressi käsiteltävään asiaan. Olaus Petrin tuomarinohjeiden kohdassa 16 on todettu perusajatus, jolle puolueettomuus kaikkine ilmentymineen rakentuu: ”Kukaan ei voi toimia tuomarina omassa asiassaan.”<sup>100</sup>

Tässä yhteydessä ei ole tarpeen eritellä laajemmin niitä tilanteita, joissa tuomarin puolueettomuus voi vaarantua ja tuomari joutuu harkitsemaan vetäytymistä asian käsittelemisestä esteellisyyden perusteella. Tätä koskevat lainsäädännökset ovat kattavat ja yksityiskohtaiset ja tuomarilla on virkavelvollisuus harkita oma-aloitteisesti mahdollinen esteellisyytensä. Sen sijaan eettisten periaatteiden kannalta hedelmällinen pohdinnan aihe on, missä määrin tuomarin tulee ottaa toiminnassaan etukäteisesti huomioon puolueettomuuden ylläpitäminen. Voidaanko puolueettomuuden katsoa rajoittavan tuomarin viranhoidon ulkopuolista toimintaa jollakin tavoin, jotta tuomari ei tule omilla valinnoillaan aiheuttaneeksi viran hoitamisen kannalta ongelmallisia esteellisyytilanteita tai toimii tavalla, joka aiheuttaa yksittäistä oikeudenkäyntiä laajemman ristiriidan vaatimukselle puolueettomuudesta.

<sup>99</sup> Ks. lähemmin Tapanila 2007, s. 86–92 ja Pellonpää ym. 2012, s. 490–511 ja 555–565.

<sup>100</sup> Kielto toimia tuomarina omassa asiassaan liittyy myös uskonpuhdistaja Martti Lutherin ajatteluun (ks. Rentto 2012, s. 680–688, jossa on tarkasteltu lähemmin Lutherin oikeusajattelua). Luther liittyy myös pohjoismaisten tuomarinohjeiden laatijaan Olaus Petriin sikäli, että Olaus Petri opiskeli Wittenbergissä, jossa Luther samaan aikaan vaikutti (Blomstedt 2001, s. 9). Olaus Petri oli ajan tavan mukaisesti kirkonmies, jolla kuitenkin oli tehtäviä oikeuslaitoksen palveluksessa. Olaus Petrin tuomarinohjeissa voidaan nähdä heijastumia Lutherin ajatuksista valtiollisen ja kirkollisen vallan erillisyydestä, joskin tuomarinohjeet ankuroituvat vahvasti antiikin ajattelijoiden esityksiin (Blomstedt 2001, s. 17–19).

Tuomarin kohdalla sivutoimien hoitamista on rajoitettu lainsäädännöllä, joka edellyttää sivutoimiluvan hakemista tuomioistuimelta. Sivutoimi ei saa aiheuttaa tuomarille esteellisyyttä eikä se saa vaarantaa luottamusta tasapuolisuuteen viran hoidossa tai muutenkaan haitata viran asianmu-kaista hoitamista taikka kilpailevana toimintana ilmeisesti vahingoittaa työnantajaa. Käytännössä tuomioistuimet ovat myöntäneet sivutoimilupa, vaikka se aiheuttaisi esteellisyyden yksittäisessä oikeudenkäynnissä. Näin on asianlaita esimerkiksi välimiestehtävien hoitamisessa, johon on myönnetty sivutoimilupia eri tuomioistuimissa.<sup>101</sup> Välimiehen tehtävän hoitaminen nimittäin aiheuttaa esteellisyyden ainakin silloin, jos tuomari joutuu virassaan käsittelemään samaa asiaa.<sup>102</sup>

Tuomareiden hoitamien sivutoimien kirjo on laaja ja käsittää erilaisia luottamustehtäviä, toimeksiantoja sekä asiantuntija- ja koulutustehtäviä. Tuomarin viranhoidon kannalta olennaiset sivutoimet liittyvät useimmiten ammattiin, joskin myös ammattiin liittymätön merkittävä luottamustehtävä voi johtaa tuomarinviran kannalta merkityksellisen sidonnaisuuden synty-miseen. Tuomarin yhteiskunnalliseen aktiivisuuteen ei ole syytä suhtautua torjuvasti ainakaan sellaisissa yhteyksissä, joissa tuomarin toiminta on yleishyödyllistä ja yhteiskuntaa pyyteettömästi hyödyttävää. Tuomarin teh-tävän hoitamisen kannalta on monesti eduksi, jos tuomari on ympäröivästä maailmasta kiinnostunut ja siihen osallistuva eikä pyri eristäytymään. Tätä näkökohtaa voidaan kuitenkin käyttää myös puolustettaessa sivutoimia, joiden tarkoituksena on pääasiassa tai yksinomaan edistää tuomarin omia sosiaalisia tai taloudellisia intressejä.

Yhteiskunnalliselta kannalta tuomarin osallistuminen tieteelliseen tai yleiseen yhteiskunnalliseen keskusteluun vaikkapa tutkijan roolissa voidaan nähdä yleisesti ottaen hyödyllisenä toimintana. Tuomari saattaa toimia do-senttina yliopistolla, osallistua aktiivisesti koulutustehtävien hoitamiseen tai julkaista oikeustieteellistä kirjallisuutta. Tällaiseen osallistumiseen

<sup>101</sup> Tässä yhteydessä on syytä todeta, että korkein oikeus on täysistunnossa 20.12.2012 vahvistanut ohjeet välimiestehtäviä koskeville sivutoimiluvulle. Korkein oikeus on ohjeilla rajoittanut sivutoimiluvan myöntämistä muun muassa niin, että sivutoimilupa on haettava ennakkoon ja korkeimman oikeuden presidentille on ilmoitettava välimiesmenettelyn asianosaisten ja heidän asiamiestensä nimet. Sivutoimilupa voidaan myöntää pelkästään ainoana välimiehenä tai välimiesoikeuden puheenjohtajana toimimiseen eikä sivutoimilupaa myönnetä, jos hakijan hoidettavana oleva välimiesmenettely ei ole päättynyt. Tämänkal-tainen tuomioistuimen sisäinen hallinnollinen ohjeistus on sinänsä perusteltu, koska siten voidaan etukäteen ohjata sivutoimilupien myöntämiskäytäntöä ja vähentää sivutoimista aiheutuvia ongelmia. Tällöin sivutoimien hoitamisen asianmukaisuuden arvioiminen ei myöskään jää yksinomaan tuomioistuimen jäsenten oman harkinnan varaan.

<sup>102</sup> Tapanila 2007, s. 170–173, jossa esteellisyyden kannalta merkityksellisenä tilanteena pidetään myös sitä, että tuomari hoitaa oikeudenkäynnin aikana sellaista välimiehen tehtävää, jossa oikeudenkäynnin asianosainen on osapuolena. Esteellisyys voi tulla harkittavaksi myös silloin, jos tuomari on toiminut aikaisemmin välimiesoikeudenkäynneissä useasti saman asianosaisen nimeämänä välimiehenä ja kyseinen asianosainen on osallisena tuomarin virassaan käsittelemässä asiassa.

tuomarin tehtävä antaa hyvät edellytykset, ja on myös oikeuspoliittisesti arvokasta, että tuomari pyrkii jakamaan ammattitietojaan ja -taitojaan muiden hyödynnettäväksi. Tämänkaltaisista tehtävistä aiheutuu harvemmin olennaisia taloudellisia tai henkisiä sidoksia, sillä saadut taloudelliset korvaukset jäävät vaatimattomiksi eikä tuomari tule sitoutuneeksi merkittävässä määrin tietyn intressitahon etuihin.

Toisessa ääripäässä voidaan nähdä sivutoimet, jotka liittyvät yksittäisen yhteiskunnan toimijan, liike-elämän tahon tai yksityisen henkilön etuihin. Tuomari saattaa sivutoimenaan hoitaa asianajotoimintaa, jota on kuitenkin rajoitettu sillä tavoin, että tuomari ei voi hoitaa oikeudenkäyntiavustajan tai -asiamiehen tehtäviä.<sup>103</sup> Sen sijaan lainsäädännöstä johtuvaa estettä ei ole sille, että tuomari tarjoaa oikeudellista konsultaatiota muissa kuin oikeudenkäynteihin liittyvissä asioissa. Pitkään jatkuneen keskustelun kohteena ovat olleet välimiehen tehtävät, joihin tuomioistuimet ovat myöntäneet jäsenilleen sivutoimilupia. Välimiestoimeksiantoja on viimeksi arvioitu oikeuskanslerin kanteluun antamassa ratkaisussa OKV 683/1/2012, jossa on referoitu ylimpien tuomioistuinten päällikkötuomareilta asiasta pyydettyjä lausuntoja. Merkille pantavaa lausunnoissa on, että välimiestehtäviä ei päällikkötuomareiden taholta pidetä ongelmallisina, vaan joissakin lausunnoissa on katsottu välimiestehtävät hyödyllisiksi tuomarin viranhoitoa ajatellen.

Välimiestehtävän vastaanottamista harkitsevan tuomarin tulee ottaa huomioon ainakin kolme näkökohtaa, jotka ovat olennaisia tuomarin puolueettomuuden kannalta. Ensinnäkin välimiehen tehtävässä toimitaan julkisuudelta piilossa sikäli, että välimiesmenettely ei ole julkista eikä tieto tuomarin hoitaman välimiestehtävän asianosaisista tule julkiseksi. Toiseksi välimiestehtävästä aiheutuu siitä maksettujen välimiehen palkkioiden muodossa taloudellinen sidonnaisuus. Kolmanneksi välimiestehtävien hoitamista voidaan tarkastella siitä näkökulmasta, onko niillä jokin tuomarin ammattitaidon ylläpitämistä ja kartuttamista palveleva merkitys. Välimiesmenettelystä voidaan yleisesti ottaen todeta, että se on lakisääteinen riidanratkaisumenettely, joka on suunnattu elinkeinoelämän riitaisuuksien ratkaisemiseksi asianosaisten sopimusvapauden puitteissa. Välimiesmenettely on vaihtoehtoinen riidanratkaisukeino valtiolliselle lainkäytölle, sillä välimiesmenettelyssä käsiteltyä asiaa ei voida ottaa tuomioistuimessa tutkittavaksi.<sup>104</sup>

<sup>103</sup> The Bangalore Principles of Judicial Conduct 2002 kieltää kategorisesti tuomarin sivutoimisen asianajotoiminnan (kohta 4.12): ”A judge shall not practice law whilst the holder of judicial office.” Kielto näyttää käsittävän oikeudenkäyntiavustajan ja -asiamiehen tehtävien lisäksi myös lainopillisen konsultoinnin, mikäli sitä harjoitetaan elinkeinotoimintana.

<sup>104</sup> Välitystuomio voidaan kumota kanneteitse (laki välimiesmenettelystä 41 §), mutta kumoamismahdollisuus on rajattu vain laissa erikseen säänneltyihin tilanteisiin, jotka liittyvät vakaviin puutteisiin välimiesoikeuden käsittelyssä.

Myöntäessään sivutoimiluvan välimiehen tehtäviin tuomioistuimet eivät ole edellyttäneet, että tuomari ilmoittaisi välimiesmenettelyn asianosaiset eikä tieto heistä siten ole julkinen.<sup>105</sup> Tuomioistuimesta on selvitettävissä ainoastaan se, että tietty tuomari on hoitanut sivutoimenaan välimiestehtäviä, mutta kyseisen välimiesmenettelyn asianosaisia ei ole ulkopuolisella mahdollisuutta selvittää. Näin ollen myöskään oikeudenkäynnin asianosaisena tuomioistuimessa esiintyvä ei voi mitenkään varmistua siitä, onko tuomari mahdollisesti hoitanut välimiehen tehtävää, jossa vastapuoli on ollut osallisena. On tietysti mahdollista katsoa, että tästä ei aiheudu vahinkoa tuomarin puolueettomuudelle, koska yksittäisen välimiestehtävän hoitamisesta ei sinällään aiheudu välttämättä esteellisyyttä edes sellaiseen oikeudenkäyntiin, jossa välimiesmenettelyn osapuoli on asianosaisena.

Välimiehen tehtävän hoitamisen johdosta tuomarille muodostuu taloudellinen sidos, sillä hän on oikeutettu tehtävästä palkkioon, jonka pääsääntöisesti suorittaa välimiesoikeudenkäynnin hävinnyt osapuoli. Taloudellinen korvaus on useimmiten huomattava ja säännönmukaisesti välimiesoikeudenkäyntejä hoitava tuomari saattaa saada sivutoimestaan tulot, jotka vastaavat virasta saatua palkkaa tai jopa ylittävät sen. Taloudellinen sidos ei muodostu suoraan tiettyyn välimiesoikeudenkäynnin asianosaistahoon, mutta toisaalta voidaan perustellusti ajatella, että virasta saadun palkan suuruinen sivutulo elinkeinoelämän riitaisuuksien ratkaisemisesta merkitsee erittäin olennaista taloudellista sidonnaisuutta kyseiseen sivutoimeen. Tuomari tulee helposti sitoutuneeksi siihen, että hän pyrkii toimimaan sekä virassaan että sen ulkopuolella niin, että hänen sivutoimesta saamansa tulot pysyvät ennallaan. Tällä pyrkimyksellä voidaan ajatella olevan vaikutusta siihen, millä tavoin tuomari virassaan suhtautuu niiden tahojen intresseihin, jotka välimiesoikeudenkäynneissä esiintyvät. Olennainen sidonnaisuus tuomarin virkaa ajatellen voi aiheutua myös suhteessa asianajajiin, jotka esiintyvät oikeudenkäyntiasiamiehinä välimiesoikeudenkäynneissä sekä tuomioistuimissa.

Tarkasteltavaksi jää vielä, onko tuomarin virassa tarvittavien tietojen ja taitojen kartuttamiseksi välttämätöntä tai korvaamatonta hoitaa välimiehen tehtäviä tuomarinviran ohella. Välimiehen tehtävä rinnastuu osaltaan tuomarin tehtävään, sillä myös välimieheltä edellytetään puolueettomuutta. Välimiesmenettelyssä ratkaistaan pääasiassa liike-elämän riitaisuuksia, joita harvoin tulee tuomioistuimen käsiteltäväksi. Välimiehen tehtävä voi sinällään lisätä tuomarin ammattitietoja jollakin siviilioikeuden erityisalalla, joskaan ei ole kovin tavanomaista, että tuomari joutuu virassaan käsittelemään vastaavanlaisia asioita. Tuomarit eivät missään tuomioistuimessa

<sup>105</sup> Mainittu korkeimman oikeuden ohje edellyttää ilmoitusta asianosaisista ainoastaan korkeimman oikeuden presidentille, mutta tietoja ei muuten rekisteröidä.

erikoistu tiettyjen asioiden hoitamiseen, jolloin on sattumanvaraista, saako tuomari hoidettavakseen samankaltaista asiaa virassaan. Välimiestehtävä ei myöskään voi korvata tuomarin ammatillista kouluttautumista tai osaamisen ylläpitämistä, sillä tuntuisi varsin ristiriitaiselta ajatella, että elinkeinoelämän tulisi huolehtia toimeksiantoja tarjoamalla valtiollisen tuomioistuimen jäsenten ammattitaidon ylläpitämisestä.

Välimiehen tehtävää voidaan yhteenvedonomaaisesti luonnehtia niin, että sen ensisijainen tarkoitus on tarjota vaihtoehto elinkeinoelämän riitaisuuksien ratkaisemiselle niin, että asia voidaan käsitellä salassa julkisuudelta sellaisten henkilöiden toimesta, joiden tehtävään valitsemiseen asianosaiset voivat vaikuttaa. Mikään painava yhteiskunnalliseen etuun liittyvä peruste ei edellytä sitä, että virkatuomarit osallistuisivat missään roolissa välimiesoikeudenkäyntien hoitamiseen. Niihin liittyvät salassapitotarpeet ovat perusteltavissa ainoastaan välimiesoikeudenkäynnin asianosaisten näkökulmasta eikä virkatuomarin kohdalla pääosin salassapidettävän sivutoimen hoitaminen ole ongelmatonta, vaikka suoranaista esteellisyyteen liittyvää ongelmaa ei olisikaan. Välimiestehtäviä hoitaessaan tuomari saattaa tulla hankkineeksi itselleen niin merkittävän taloudellisen sidoksen, että se aiheuttaa perustellun epäilyn siitä, kykeneekö hän hoitamaan virkaansa yleiseksi hyödyksi ja kohdellen tuomioistuimessa esiintyviä asianosaisia yhdenvertaisesti riippumatta heidän yhteiskunnallisesta asemastaan tai liiketaloudellisten etujensa painoarvosta.<sup>106</sup>

Pohdittaessa tuomarille sopivia sivutoimia yleisemmin voidaan asiaa hahmotella siltä kannalta, että mitä merkittävämmän taloudellisen edun hankkimisesta tuomarille itselleen on kysymys, sitä painavammin argumentein sivutoimeen pyrkivän tuomarin tulisi pystyä perustelemaan hyöty, joka tuomarille itselleen ammatillisesti, hänen edustamalleen tuomioistuimelle tai yhteiskunnalle yleisesti olisi sivutoimen harjoittamisesta. Mittava taloudellinen etu antaa perustellun aiheen miettiä sivutoimen yhteensovittavuutta tuomarinviran kanssa sekä tuomarin motiivia tehtävän hoitamiseen. Tuomarinvirkaan valitulta voidaan joka tapauksessa edellyttää sitä, että hänen pääasiallinen ammatillinen panoksensa kohdistuu

<sup>106</sup> Mainittakoon vielä, että Euroopan neuvoston korruption vastainen toimielin Greco on julkaisut 27.3.2013 raportin Suomea koskeneesta arvioinnista, joka on kohdistunut kansanedustajiin, tuomareihin ja syyttäjiin. Raportissa on otettu kantaa myös tuomareiden välimiestehtäviin ja todettu, että Suomessa tulisi kehittää edelleen sivutoimiin liittyvää sääntelyä läpinäkyvyyden ja sääntelyn yhdenmukaisuuden takaamiseksi. Lisäksi tulisi asettaa asianmukaiset kriteerit ja rajoitukset sallituille sivutoimille (ks. Greco 2013, s. 32). Arviossaan Greco kiinnitti huomiota siihen, että tuomioistuimien käytäntö sivutoimien myöntämisessä on epäyhtenäinen ja välimiestehtävistä saatavat tulot saattavat olla huomattavia. Grecon tarkastuksen jälkeen KKO on laatinut kirjallisen ohjeistuksen välimiestehtävien hoitamisesta (ks. av. 101), minkä myös Greco on noteerannut raportissaan.

viran hoitamiseen.<sup>107</sup> Tuomarin virka ei saa myöskään olla keino hankkia mittavia sivutuloja tehtävistä, jotka eivät ole yhteiskunnallisesti erityisen hyödyllisiä tai välttämättömiä.

#### **4.4 Tuomarin käyttäytyminen**

”Tuomarin toiminta ja käyttäytyminen vahvistaa luottamusta siihen, että hänen ammattitoimintansa perustuu lakiin ja oikeudenmukaisuuteen. Tuomari huolehtii siitä, että hänen käyttäytymisensä myöskään yksityiselämässä ei vaaranna hänen puolueettomuuttaan eikä luottamusta tuomarin viran hoitoon.”

Vaikka eettisissä periaateissa käyttäytymiseltä myös vapaa-ajalla edellytetään jonkinlaista tuomarinviran veloitteiden huomioon ottamista, voidaan perustellusti pitää olennaisesti tärkeämpänä sitä, millä tavoin tuomari käyttäytyy virkatehtäviä hoitaessaan. Käyttäytymisellä tässä yhteydessä tarkoitetaan tuomarin suhtautumista oikeudenkäynnin osallisiin ja lakimieskollegoihin yleisemmin, johon kuuluu niin sanallinen kuin sanatonkin viestintä, yleisesti noudatettuja kohteliaita käytöstapoja unohtamatta. Eriyisesti prosessinjohtoa koskevat periaatteiden kohdat 8 ja 9, joten kohta 4 liittyy enemmän käyttäytymiseen tiettyjen prosessinjohtoon liittyvien ratkaisujen ulkopuolella. Käyttäytyminen ja siihen kuuluva kanssaihmiisiin suhtautuminen on aihepiirinä laaja eikä sen yksityiskohtainen käsitteleminen tässä yhteydessä ole mahdollista. Muutama kokoava havainto esimerkkien pohjalta on kuitenkin aiheellista tehdä.

Tuomarin käyttäytymisen tarkasteleminen vie huomion herkästi siihen, käyttäytyykö tuomari työssään tai yksityiselämässä tietyllä tarkastelijan mielestä hyväksyttävällä tavalla. Tarkoitus ei kuitenkaan ole, että tuomarin tulisi käyttäytyä tietyn ennako-oletuksen mukaisesti tai että hänen yleisesti pitäisi olla elämäntavoiltaan jonkinlainen mallikansalainen. Moniarvoisessa yhteiskunnassa on muutoinkin vaikea määritellä sellaista ideaalia, joka vastaisi yhteiskunnan jäsenten tai edes enemmistön käsitystä hyvästä käyttäytymismallista. Sen määritteleminen ei ole tuomarin kohdalla tarpeen eikä tuomarilta voida edellyttää jonkin ulkoa annetun kaavan mukaista toimintaa. Tämä näkökohta ei luonnollisesti poissulje sitä, etteikö tuomarin tavalla suhtautua kanssaihmiisiinsä olisi olennaista merkitystä tuomarinviran hoitamista ajatellen.

Lähtökohdaksi voidaan ottaa, että hyvän tuomarin käyttäytymiseen ei voida antaa tyhjentävää mallia, mutta voidaan osoittaa joitakin suuntaviivoja niistä näkökohdista, joita tuomarin tulee ottaa huomioon. Ensinnäkin

<sup>107</sup> Ks. Statement of Principles of Judicial Ethics for the Scottish Judiciary 2010, s. 21.

asianosaiset muodostavat herkästi käsityksensä oikeuslaitoksen toiminnasta ja oikeuden toteutumisesta omassa asiassaan sen mukaan, millä tavoin heitä on kohdeltu oikeuslaitoksen edustajien taholta. Turhaan ei Olaus Petrin tuomarinohjeissa kehoteta kohtelemaan asianosaisia sävyisesti ja pidättymään suuttumasta näihin.<sup>108</sup> Kärshivällinen suhtautuminen asianosaisiin voi olla joskus vaativaa eikä tuomari voi toisaalta unohtaa myöskään sitä, että hänen tulee ylläpitää järjestystä istunnossa ja estää asiaan kuulumattomat ja muita asiaan osallisia halventavat esitykset. Tuomarin tulee joka tapauksessa tiedostaa, että käyttäytyminen istunnossa asianosaisten läsnäollessa ja julki lausutut kannanotot ovat erityisen olennaisia sen kannalta, miten hänen ammatillista toimintaansa asianosaisten taholta arvioidaan.

Tuomarin tehtävässä vaaditaan yhtäältä kärshivällisyyttä ja pitkämielisyyttä asianosaisten kuuntelemisessa, mutta toisaalta kykyä ojentaa asiaan osallisia silloin, kun siihen ilmenee perusteltu syy. Käyttäytymisen merkityksellisyys ja kommunikaation tärkeys korostuvat etenkin niiden tuomareiden kohdalla, jotka työssään usein hoitavat suullisia pääkäsittelyitä. Muutoksenhakutuomioistuimissa etenkin hallintotuomioistuimissa pääkäsittelyt ovat harvinaisempia ja ratkaisukokoonpanoon kuuluu useampia jäseniä, jolloin yksittäisen tuomarin käytös ei painotu vastaavin tavoin. Voidaan arvioida, että etenkin tuomarin tehtävän hoitaminen kärjäoikeudessa vaatii tuomarilta hyviä kommunikointitaitoja, joita on toki myös mahdollista kehittää.

Asianmukaista käyttäytymistä tuomarin tehtäviä hoidettaessa on verraten yksinkertaista kuvata, mutta viran asettamat vaatimukset yksityiselämälle ovat alue, jossa pitävien luonnehdintojen esittäminen on vaikeaa. Lähtökohdaksi voidaan todeta, että tuomarinvirka ei sinällään edellytä haltijaltaan tietynlaisia elämäntapoja tai henkilökohtaisia valintoja. Yksityiselämä voi vaikuttaa haitallisesti tuomarin viran hoitamiseen lähinnä silloin, jos tuomarin toimet antavat aiheen perustellusti kyseenalaistaa hänen kykynsä hoitaa rehellisyyttä ja oikeudentuntoa edellyttävää tehtäväänsä. Tämänkaltainen epäily syntyy ainakin siinä tapauksessa, että tuomari on syyllistynyt tahalliseen rikokseen. Mitä vakavamasta teosta on kysymys, sitä pidättyvämmiin tulee suhtautua ajatukseen, että tuomari on kykenevä teostaan huolimatta jatkamaan virassa.<sup>109</sup> Rikokseen syyll-

<sup>108</sup> Olaus Petrin tuomarinohjeet kohta 22: ”Tuomarin tulee kauniisti keskustella tuomioistuimissa asioivien kanssa, sillä muutoin epäillään, ettei hän tuomitse oikein. Sellainen epäily herää pahoin puhutellussa; sillä tuomioistuimeen ei tulla toruttavaksi tai pahoin puhuteltavaksi, vaan jotta saataisiin oikeusturvaa. Jos asianosaista on ojennettava, se on tehtävä vasta sitten kun asia on tutkittu ja tuomio julistettu, ei ennen sitä.”

<sup>109</sup> Ratkaisu KKO 2009:62 koski kärjäoikeuden virkarikossyytettä hänen tehtyään paikkaansa pitämättömiä merkintöjä kärjäoikeuden asianhallintajärjestelmään. Kärjäoikeuden tuomittiin tuottamuksellisesta virkavelvollisuuden rikkomisesta sakkorangaistukseen, mutta häntä ei määrätty viraltapantavaksi. Ratkaisu on kritiikille altis muun muassa siitä syystä, että syyksiluettu rikos oli tehty virkaa hoidettaessa.

listymisen merkittävyyttä voidaan hahmottaa sitä kautta, että rikosoikeus ilmentää yhteiskunnan moraalisia käsityksiä siitä, mitkä teot kuuluvat rangaistaviksi. Rikoksen tekemällä tuomari ilmentää haluttomuutta tai kyvyttömyyttä sopeutua näihin yhteiskunnan perimmäisiin moraalisiin-töihin eikä siten voi enää uskottavasti esiintyä yhteiskunnan asettamana sääntöjen noudattamisen vartijana.

Toisena yksityiselämään liittyvänä ongelmakehtana voidaan ottaa esille se, että tuomari käyttää virka-asemaansa jollakin tavoin epäasiallisesti vapaa-ajallaan.<sup>110</sup> Voidaan ajatella, että tuomari pyrkii hyötymään tuomarinviran tuomasta asiantuntemuksesta tai arvonannosta jollakin tavoin. Tältä kannalta arvioituna voidaan suhtautua torjuvasti siihen, mikäli vaikkapa poliittisesti aktiivinen tuomari käyttää tuomarin virkaansa näkyvänä mainosargumenttina itsestään tai tuomari hoitaa sivutoimista liiketoimintaa ja markkinoi sitä tuomarin asemallaan. Tuomarin virkaa ei ole tarkoitettu tuottamaan tuomarille itselleen aineetonta tai aineellista etua viranhoidon ulkopuolella ja siten tämänkaltaiseen virka-aseman hyödyntämiseen tulee suhtautua pidättyvästi. Tämä ei kuitenkaan estä tuomaria ilmoittamasta ammittiaan tavanomaisessa kanssakäymisessä tai vaikkapa kirjallisen julkaisunsa yhteydessä.<sup>111</sup>

Lopuksi on syytä todeta, että vaikka toiminta yksityiselämässä on vain poikkeuksellisesti merkityksellistä tuomarin viran kannalta, ei tuomari voi täysin sivuuttaa sitä näkökohtaa, että hänen toimillaan on välillistä merkitystä siihen, minkälainen käsitys oikeuslaitoksesta välittyy ulospäin. Tämän näkökohdan merkitystä ei tule liioitella, mutta tuomari ei voi täysin myöskään irrottautua ammatistaan, jossa hän toimii yhteiskunnallisesti merkittävässä tehtävässä. Tuomarin ei tarvitse olla moraaliselta kannalta yli-ihminen, mutta oikeuslaitoksen edustajana hänen on hyvä ottaa huomioon, että asiallinen suhtautuminen kanssaihmiisiin on omiaan lisäämään oikeuslaitoksen nauttimaa arvostusta ja siihen kohdistuvaa luottamusta.

---

<sup>110</sup> Statement of Principles of Judicial Ethics for the Scottish Judiciary 2010 s. 30; ”A judge should not use or lend the prestige of the judicial office which he or she holds to advance his or her own private interests, the interests of a member of the judge’s family, or anyone else.”

<sup>111</sup> Vertailun vuoksi voidaan todeta, että asianajotoiminnan markkinointi on sallittua tietyn rajoituksin (kohta 10.2), mikä on ymmärrettävä sitä taustaa vasten, että asianajotoiminta on pohjimmiltaan yksityistä liiketoimintaa. Tuomarin kohdalla ei ole kuitenkaan tästä johtuvaa syytä käyttää tuomarin asemaa hyväksi julkisesti silloin, jos julkisuuteen hakeutuminen perustuu virkaan kuulumattomien etujen tavoittelemiseen.



## 4.5 Yhdistymis- ja kokoontumisvapaus

”Tuomarilla on sama yhdistymis- ja kokoontumisvapaus kuten muillakin yhteiskunnan jäsenillä. Näitä vapauksia käyttäessään tuomari ottaa huomioon virkansa vastuullisuuden sekä tuomioistuimen riippumattomuuden, puolueettomuuden ja tasapuolisuuden.”

Eräistä muista Euroopan maista poiketen Suomessa on suhtauduttu verraten sallivasti siihen, että tuomari kuuluu jäsenenä erilaisiin yhdistyksiin tai hoitaa kolmannen sektorin tai liikeyritysten luottamustehtäviä.<sup>112</sup> Sinänsä yhdistystoimintaan voidaan lähtökohtaisesti suhtautua jossakin määrin sallivammin ainakin sikäli, että siinä harvemmin muodostuu olennaisia taloudellisia sidonnaisuuksia, toisin kuin sivutoimien kohdalla saattaa olla asianlaita. Virkaan nimittäminen ei myöskään saisi johtaa siihen, että tuomarille yhteiskunnan jäsenenä kuuluvaa perusoikeutta eli yhdistymis- ja kokoontumisvapautta rajoitettaisiin olennaisesti, ellei tälle rajoitukselle ole painavia tuomarin viran hoitamiseen liittyviä syitä. Tavanomaisten aatteellisten yhdistysten kohdalla viranhoitoon liittyvät syyt eivät yleisesti ottaen voine edellyttää pidättymistä niiden toimintaan osallistumisesta tai luottamustehtävien hoitamisesta.

Toisinaan pohdittu aihe on tuomarin kuuluminen järjestöön, joka jäsenten keskinäisen lojaliteetin vuoksi voi aiheuttaa ongelmia tuomarin viran edellyttämän puolueettomuuden ja tasapuolisuuden kannalta. Esimerkkinä tämänkaltaisesta sidoksesta voidaan esittää jäsenyys vapaamuurarijärjestössä. Vapaamuurarijäsenyys on eräissä Euroopan maissa nähty niin olennaisessa määrin ristiriitaisena tuomarin viran velvoitteille, että tuomareiden jäsenyys järjestössä on kielletty.<sup>113</sup> Tuomarin aseman kannalta vapaamuurarijäsenyydessä olennaista on ensinnäkin, että jäsenyyden selvittäminen ulkopuolisen taholta on vaikeaa, ellei mahdotonta.<sup>114</sup> Toiseksi vapaamuurari sitoutuu järjestöön liittyttyään toimimaan veljellisesti suhteessa toisiin vapaamuurareihin ja tukemaan näitä ahdingossa.<sup>115</sup>

Tuomarilta edellytetään vapautta sellaisista sidonnaisuuksista, jotka voivat vaarantaa tuomioistuimen riippumattomuuden, puolueettomuuden ja tasapuolisuuden. Jäsenyys vapaamuurarijärjestössä vaikuttaa ongelmalliselta tässä suhteessa etenkin siitä syystä, että jäsenyys ei ole julkista ja järjestön

<sup>112</sup> Vrt. Skotlanti, Englanti ja Wales; Statement of Principles of Judicial Ethics for the Scottish Judiciary 2010, s. 15–17 ja Guide to Judicial Conduct 2011 s. 10–12.

<sup>113</sup> Näin ainakin Italiassa (ks. ratkaisu *Maestri v. Italia* 2004).

<sup>114</sup> Ks. myös Eduskunnan oikeusasiamiehen kertomus vuodelta 1996, jossa on arvioitu vapaamuurarijäsenyyttä tuomarin tehtävien kannalta. Tuomarin esteellisyyden kannalta vapaamuurarijäsenyydestä ks. Tapanila 2007, s. 188–192.

<sup>115</sup> Näin vakuutusta on kuvattu järjestön omalla kotisivulla osoitteessa <http://www.vapaamuurari.fi>, 29.1.2013.

jäsenenä tuomari sitoutuu lojaliteettiin suhteessa toisiin vapaamuurareihin. Vaikka järjestöä sinällään pidettäisiin arvoiltaan ja tavoitteeltaan kuinka harmittomana hyvänsä, voidaan perustellusti pohtia, onko tuomarilta harkittua ja perusteltua osallistua järjestötoimintaan, jolla hän aiheuttaa herkästi epäilyjä siitä, että hänen jäsenveloitteensa ovat ristiriidassa virkavelvollisuuden kanssa yksittäisen asian käsittelyssä. Ongelman ytimeksi muodostuu se, että tuomarin sidoksesta ei välttämättä ole oikeudenkäynnin osallisilla tietoa eikä mahdollisuutta selvittää tätä sidosta. Tuomarin puolueettomuuden vaarantuminen on estettävissä sillä, että tuomari ei osallistu järjestöveljensä asian käsittelyyn. Tästä huolimatta voidaan arvioida, että yhdistymis- ja kokoontumisvapautta puoltavat argumentit näyttävät heikommilta verrattuna niihin puolueettomuudelle ja riippumattomuudelle aiheutuviin haittoihin, joita jäsenyys vapaamuurarijärjestössä voi aiheuttaa yksittäisissä oikeudenkäynneissä.

## 5 OIKEAMIELISYYS

### 5.1 Mitä oikeamielisyydellä tarkoitetaan?

”Tuomari toteuttaa oikeamielisyyttä päätöksenteossaan ja käytöksessään. Tuomari perustaa antamansa ratkaisut huolelliseen ja tasapuoliseen harkintaan.”

Oikeamielisyys on määre, joka tuomarille usein annetaan. Eettisten periaatteiden ohella tuomareiden nimittämisen yleisenä kelpoisuusvaatimuksena on oikeamielisyys.<sup>116</sup> Oikeamielisyuden edellyttäminen tuomarilta on sinällään ymmärrettävää, mutta johtaa siihen, että on ensin selvítettävä, mitä oikeamielisyys on. Oikeamielinen on henkilö, joka pyrkii toteuttamaan oikeudenmukaisuutta eli tavoittelemaan yleisen oikeuskäsityksen mukaisia ratkaisuja.<sup>117</sup> Oikeamielisyys näyttää siis palautuvan yleiseen oikeuskäsitykseen, joka ei ole kuitenkaan sama asia kuin yleiskielessä tarkoitettu ”kansan oikeustaju”.

Yleisellä oikeuskäsityksellä voidaan tarkoittaa oikeusjärjestystä kokonaisuudessaan eli niitä yhteiskunnan laillisessa menettelyssä asettamia normeja, joita tulee soveltaa kulloinkin käsiteltävänä olevaan asiaan. Oikeamielisyys vaatii tuomaria olemaan uskollinen oikeusjärjestykselle ja ratkaisemaan käsittelemänsä asiat soveltamalla voimassa olevaa oikeutta sitoutumalla

<sup>116</sup> Laki tuomareiden nimittämisestä 11 § 1 mom.

<sup>117</sup> [Http://fi.wikipedia.org/wiki/oikeudenmukaisuus](http://fi.wikipedia.org/wiki/oikeudenmukaisuus), 29.1.2013.

yleisesti hyväksytyihin oikeuslähteiden käyttöön ja tulkintaan liittyviin menettelytapoihin. Tuomari on virassaan toteuttamassa yhteiskunnan oikeutta eikä omaa sovellutustaan siitä.

Menemättä syvemmälle oikeamielisyyden määrittelyn nyansseihin voidaan kuitenkin tehdä joitakin yhteenvedonomaaisia päätelmiä siitä, millä tavoin tuomari kehittää oikeamielisyyttään. Eettisessä katsannossa oikeamielisyys ei ole sisäsyntyinen ominaisuus, vaan tietoisien harjaantumisen ja valmentautumisen tulosta. Tässä voidaan havaita yhtymäkohta Aristoteleen hyve-etiikkaan (luku 2.1). Tuomarin uskollisuutta oikeusjärjestykselle vahvistaa se, että tuomari on etevä laintuntija. Tuomarilla tulee olla laajat ja syvälliset tiedot oikeusjärjestyksen kokonaisuudesta, jotta hän kykenee hahmottamaan ratkaistavana olevan oikeudellisen ongelman ymmärtäen sen vaikutukset myös laajemmassa yhteiskunnallisessa kontekstissa. Oikeamielinen tuomari ymmärtää ratkaisun seuraukset ja ottaa ratkaisunsa seurannaisvaikutukset huomioon, vaikka ei pyrikään toteuttamaan tiettyä yhteiskunnallista agenda, kuten esimerkiksi edistämään elinkeinoelämän etuja.<sup>118</sup>

Tässä yhteydessä on myös huomattava, että tuomioiden yhteiskunnallisten vaikutusten huomioiminen ei ole sama asia kuin julkisen intressin edistäminen tuomarin virassa. Jälkimmäinen ei kuulu tuomarin rooliin, ellei siihen ole oikeusjärjestyksestä johtuvaa perustetta käsiteltävänä olevassa asiassa. Tämä näkökohta on huomioitu jo Olaus Petrin tuomarinohjeissa, joiden 19. kohdan mukaan ”laki on säädetty jotta oikeus toteutuisi, ei valtion rikastuttamiseksi”. Tuomarin eettisten periaatteiden lausuntokierroksella kiinnitettiin huomiota vastaavaan näkökohtaan, sillä yhdessä esitetyssä kommentissa esitettiin periaatteisiin kirjausta siitä, että tuomioistuinten tehtävä ei ole julkisen edun valvominen. Kommentissa tällaista kirjausta pidettiin tarpeellisena erityisesti hallintotuomioistuinta ajatellen, koska niissä yksityisen asianosaisten oikeus saada vaikkapa lainmukainen sosiaalietuus voidaan nähdä vastakkaisena julkisen tahon taloudelliselle intressille. Tämänkaltaisessa tilanteessa tuomarin tehtävänä ei ole ryhtyä huolehtimaan julkisen talouden tilasta, vaan harkita ratkaistavanaan olevaa kysymystä yksinomaan siltä kannalta, onko valittaja lain mukaan oikeutettu vaatimaansa etuuteen.

Tästä huolimatta tuomari voi joutua punnitsemaan julkista intressiä silloin, kun laki hänet siihen velvoittaa. Esimerkiksi arvioitaessa oikeusapulain nojalla kohtuullisten oikeudenkäyntikulujen määrää tuomari tosiasiansa joutuu tietynlaiseen valtion kirstunvartijan rooliin, koska hänen pitää harkita asianosaisten kohtuullisten oikeudenkäyntikulujen määrä.<sup>119</sup>

<sup>118</sup> Ks. myös Brusiin 1938, s. 109–111.

<sup>119</sup> Ks. Frände ym. 2012, s. 828.

Tuomarille tämänkaltainen valtion fiskaalisen intressin valvominen ei kovin luontevasti sovellu, mutta lain tällaista toimenpidettä edellyttäessä tuomari ei voi täysin sivuuttaa kyseistä näkökohtaa. Tuomarin puolueetonta asemaa ajatellen olisi huomattavasti perustellumpi ratkaisu, jos oikeudenkäynnissä julkista valtaa edustava syyttäjä tai hallintoviranomainen valvoisi oikeudenkäyntikulujen kohtuullisuutta julkisen edun kannalta.

Jotta tuomari kykenisi menestyksellisesti ratkaisemaan virassaan oikeudellisia ongelmia, tulee hänellä olla kykyä ja edellytykset harkita huolellisesti tekemiään ratkaisuja ennen niiden antamista. Jäljempänä arvioidaan lähemmin tuomarin työajan käyttöä ja vaatimusta joutuisasta käsittelystä, mutta jo tässä yhteydessä on huomattava, että huolellinen harkinta edellyttää paitsi tietynlaista kiireettömyyttä virkatehtävien hoitamisessa, myös ja ennen kaikkea sitä, että tuomari pystyy erottamaan olennaisen epäolennaisesta ja keskittymään harkintaa edellyttäviin kysymyksiin. Lainkäyttötehtävissä etenkin alemmissa tuomioistuimissa tuomarin työhön kuuluu runsaasti myös rutiininomaisten asioiden käsittelyä, jolloin tuomarin tulee suunnata työn painopiste niihin asioihin, jotka edellyttävät hänen työpanostaan. Toisaalta jo aitojen oikeudellisten ongelmien havaitseminen edellyttää valpasta mieltä ja sitä, että tuomari ei työkuormansa vuoksi ole menettänyt kykyään käyttää viran edellyttämää harkintakykyä.

## **5.2 Arvostava suhtautuminen**

”Tuomari kunnioittaa kaikkien inhimillistä arvokkuutta. Tuomari suhtautuu oikeudenkäytön osallisiin, oikeudenkäyntien yleisöön, ammattikollegoihin ja työyhteisön jäseniin arvostavasti ja kohteliaasti tavalla, joka ei vahingoita tuomioistuimen arvoa.”

Edellä oleva eettisten periaatteiden kohta 7 on jossakin määrin täydentävä kohdalle 4 (luku 4.4), jossa tarkastellaan tuomarin käyttäytymistä. Kohdassa 7 on määritelty kuitenkin käyttäytymistä huomattavasti yksityiskohtaisemmin virkatehtäviä hoidettaessa, kun käyttäytymisen kohteina ovat oikeudenkäyntien osalliset eli asianosaiset, yleisö ja ammattinsa puolesta oikeudenkäynneissä esiintyvät asianajajat ja syyttäjät. Vertailun vuoksi todettakoon, että asianajajien tapaohjeissa edellytetään asianajajan osoittavan tuomioistuimelle tuomiovallan käyttäjänä kuuluvaa arvonantoa (kohta 8.1). Voidaan ajatella, että tuomarin tulee vastaavin tavoin osoittaa käytöksellään arvostusta oikeudenkäynnin muita osallisia kohtaan, mukaan lukien myös asianajajat.

Käyttäytymistavasta vapaa-ajalla poiketen tuomarilta edellytetään nimellisesti arvostavaa ja kohteliasta käytöstä suhteessa oikeudenkäynnin

osallisiin. Kohteliaisuudella ei tässä yhteydessä tarkoiteta nöyrystyä tai perusteetonta myötäilemistä, vaan tavanomaisten kohteliain käytötapojen noudattamista. Tuomarin on syytä muistaa, että tuomioistuimen arvovalta ja luottamus oikeudenhoidon asianmukaisuuteen ei ole itsestäänselvyys, vaan ne ansaitaan toimimalla arvostuksen ja luottamuksen arvoisella tavalla. Jokainen voi kuvitella omalle kohdalleen ylimielisen ja töykeän tuomarin, jolle käsiteltävää asiaa tai siinä saavutettavaa oikeudenmukaista ratkaisua tärkeämpää vaikuttaa olevan asian saaminen pikaiseen päätökseen tai tuomarin oman intuition taikka mieltymyksen mukaisen ratkaisun saavuttaminen siitä riippumatta, mitä asianosaiset käsittelyssä esittävät. Vaikka käsittelyn lopputulemana olisi kuinka laajasti ja vakuuttavasti perusteltu ratkaisu, ei käytöksellä aiheutettua epäilyä oikeudenhoidon asianmukaisuudesta voida poistaa.

### 5.3 Prosessuaalinen tasavertaisuus

”Tuomari kohtelee kaikkia asianosaisia tasapuolisesti ja yhdenvertaisesti kuitenkin ottaen huomioon heidän erilaisuutensa. Tuomari ei suhtaudu kehenkään oikeutta hakevaan väheksyvästi tai ylimielisesti. Tuomari ottaa huomioon kaikkien asiaan osallisten sanottavan, mutta on velvollinen tarvittaessa rajoittamaan oikeudenkäyntiin osallistuvien esiintymistä.”

Eettisten periaatteiden kohdan 8 ilmentämä ajatus asianosaisten tasa-arvoisuudesta on keskeinen ja ihmis- ja perusoikeusajattelun sävyttämälle ajalle tyypillinen.<sup>120</sup> Perustuslain 6 §:ssä sama asia on ilmaistu vielä ytimekkäämmin: ”ihmiset ovat yhdenvertaisia lain edessä”. Tuomarinvalan kaavassa tuomari sitoutuu tekemään oikeutta niin köyhälle kuin rikkaalle. Yhdenvertaisuus on sinänsä asianmukainen lähtökohta oikeudelliselle ratkaisutoiminnalle, sillä se lisää koettua oikeudenmukaisuutta sekä ratkaisutoiminnan ennakoitavuutta ja oikeusvarmuutta. Kun samankaltaiset asiat ratkaistaan samanlaisin kriteerein, asianosaiset ja yhteiskunnan jäsenet voivat kohtuudella ennakoita, miten heidän asiansa tullaan ratkaisemaan.

Tasavertaisuus on selkeä kriteeri silloin, kun kysymys on tosiasiallisesti vertailukelpoisista asioista tai asianosaisista. Kahden törkeän rattijuopumustapauksen, joissa kuljettaja on ajanut ajoneuvoa yleisillä teillä 1,5 promillea alkoholia veressään, rinnastaminen toisiinsa ja samanlaisen rangaistusseuraamuksen määrääminen on yksinkertaista, koska aiheutetun abstraktin vaarantamisen asteessa ei ole olennaista eroa ja rangaistuskäytäntö on vakiintunutta. Huomattavasti hankalampiin tilanteisiin tasavertaisuuden näkökulmasta joudutaan arvioitaessa vaikkapa kahden eri jutun

<sup>120</sup> Ks. Hirschfeldt 2011, s. 522–523.

asianosaisten oikeutta tiettyyn sosiaalietuuteen heidän henkilökohtaisten olosuhteidensa erotessa huomattavasti toisistaan. Vastaavasti niin sanotun normaalirangaistusajattelun<sup>121</sup> ottaminen rangaistuksen mittaamisen perusteeksi arvioitaessa jotakin harvinaisempaa rikosta voi olla ongelmallista. Jos käsiteltävänä olevaan tekoon liittyy poikkeuksellisia teon moitittavuutta lisääviä tekijöitä, voidaan päätyä siihen, että rikosta ei arvioida itsenäisenä ilmiönä vaan normaalirangaistusta tullaan käyttäneeksi sellaisessa yhteydessä, jossa se ei johda rikoksen moitittavuuden edellyttämän rangaistuksen määräämiseen. Jälkimmäisessä tilanteessa tullaan helposti käyttäneeksi asteikkoa sellaiseen tekoon, jota ei asteikolta löydy.

Kuten edellä esitetystä voi päätellä, tuottaa tasavertaisuuden kaavamainen toteuttaminen epätasa-arvoa silloin, kun kysymyksessä eivät ole aidosti vertailukelpoiset asiat tai asianosaiset. Tuomarin eettisissä periaatteissa tämä näkökohta on otettu sikäli huomioon, että periaatteissa edellytetään tuomarin huomioivan myös asianosaisten erilaisuuden.<sup>122</sup> Tämä on tärkeä näkökohta, koska se velvoittaa yksipuolisen tasa-arvoisuuden valvomisen ohella tuomaria arvioimaan, milloin todella on kysymys vertailukelpoisista asioista tai asianosaisista. Oikeudenkäyntimenettelyä ajatellen erilaisuuden tunnustaminen auttaa tuomaria havaitsemaan, että oikeudenkäynnin osapuolet eivät ole keskenään vertailukelpoisia.

Oikeuden käymisen mahdollisuudet ovat täysin toiset esimerkiksi silloin, kun keskituloinen henkilö joutuu nostamaan kanteen omalla oikeudenkäyntikuluriskillään liike-elämän toimijaa vastaan, jolla taas on käytössään lähes rajattomat resurssit oikeudenkäyntiä varten. Vastaavia esimerkkejä voidaan esittää myös hallintotuomioistuimista, jossa vaikkapa pientä kuntaa vastassa voi julkista hankintaa koskevassa asiassa olla iso pörssiyhtiö. Hallinto-oikeudessa käsiteltävässä pakkohoitoa koskevassa asiassa puolestaan psyykkiseltä terveydentilaltaan heikkokuntoisen potilaan vastapuolena on häntä hoitava psykiatrinen sairaala. Vaikka tällä julkista etua valvovalla viranomaisella ei ole omaa intressiä asiaan, käyttää se oikeudenkäynnin ulkopuolella varsin kattavaa hoitamiseen perustuvaa määräysvaltaa potilaaseen.<sup>123</sup> Tuomioistuin voi omalla toiminnallaan

<sup>121</sup> Normaalirangaistuksella tarkoitetaan sitä, että rangaistuslajin valinta ja rangaistuksen mittaaminen perustetaan arviolle oikeudenkäynneissä keskimäärin vastaavasta teosta määrättyyn seuraamukseen (ks. Lappi-Seppälä 2000 s. 318).

<sup>122</sup> Ks. Ollila 2002, s. 169–171, jossa tarkastellaan tasa-arvon vaatimusta oikeutta yleisemmällä tasolla. Tasa-arvo voidaan nähdä yhteisöllisenä arvona, kun taas erilaisuuden huomioon ottaminen on askel yksilön ja yhteisön etujen yhteensovittamiseksi.

<sup>123</sup> Pakkohoitopäätösten käsittelemiseen liittyvistä prosessuaalisista näkökohdista voidaan esittää esimerkkinä Kuopion hallinto-oikeuden täysistuntonratkaisu 13/0017/7, joka on annettu 18.1.2013. Ratkaisussa on tarkasteltu varsin perusteellisesti Suomen oikeusjärjestyksen ja Euroopan ihmisoikeussopimuksen edellytyksiä menettelylle hallinto-oikeudessa sen käsitellessä pakkohoitopäätöksestä tehtyä valitusta.

vaikkapa aktiivisen prosessinjohton keinoin merkittävästi tasapainottaa epätasapainoista asetelmaa, joka voi aiheutua oikeudenkäynnille siitä, että osapuolten edellytykset oikeudenkäynnin asianmukaiseen hoitamiseen ovat olennaisesti erilaiset.

Tuomarin prosessinjohtoon liittyy erityisesti eettisten periaatteiden 8. kohdan viimeinen virke, jossa tuomaria yhtäältä kehoitetaan kuulemaan asiaan osallisia, mutta toisaalta todetaan, että tuomarin tulee tarvittaessa myös rajoittaa oikeudenkäynnissä esiintymistä. Asianosaisten kuuleminen ennen ratkaisun tekemistä on keskeinen oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin osatekijä. Kuulemisen tarkoituksena on aikaansaada mahdollisimman aito keskustelutilanne yhtäältä asianosaisten ja toisaalta asianosaisten ja tuomioistuimen välille. Kuuleminen luo edellytykset asian monipuoliseen ja perusteelliseen selvittämiseen.<sup>124</sup> Kuulluksi tuleminen myös lisää asianosaisten kokemusta siitä, että hänet on tuomioistuimessa otettu vakavasti ja hänelle on tarjottu asianmukainen tilaisuus asiansa ajamiseen. Kuulemisperiaatteen asianmukainen toteuttaminen ei kuitenkaan tarkoita sitä, että tuomarin tulisi seurata oikeudenkäyntiä passiivisena antaen asianosaisten käydä tarpeelliseksi katsomaansa keskustelua tuomioistuimen siihen mitenkään puuttumatta.

Viime kädessä tuomioistuimen ja puheenjohtajana toimivan tuomarin vastuulla on, että asianosaiset pysyvät käsiteltävänä olevassa asiassa ja asia saadaan käsiteltyä sille varatussa kohtuullisessa ajassa. Mahdollisuus rajoituksettomaan esiintymiseen voi johtaa siihen, että oikeudenkäynti rönssyilee niin laajaksi ja vaikeaselkoiseksi, että ratkaisun tekeminen esitetyn aineiston perusteella käy mahdottomaksi. Asianosaiset voivat myös omalla esiintymisellään estää tai rajoittaa vastapuolella olevien asianosaisten vastaavaa oikeutta. Tässä yhteydessä ei sovi unohtaa myöskään tuomioistuimelle kuuluvan kurinpitovallan käyttöä, mikäli asian käsittelyyn osallinen käyttäytyy sopimattomasti. Lainsäädäntö antaa tuomioistuimelle kurinpitomahdollisuuksia, joita tuomarin tulee käyttää unohtamatta kuitenkaan asemaansa puolueettomana ratkaisuntekijänä silloinkaan, kun joutuu puuttumaan asianosaisten toimiin.

Tuomarin aktiivinen prosessinjohto on pääpiirteissään myönteinen asia. Koska tuomari joutuu jutun viime kädessä ratkaisemaan, olisi nurinkurista ajatella, että tuomarilla ei ole oikeutta asian selvittämiseen puolueettomuuden siitä vaarantumatta. Niin pitkälle tässä selvittämistehtävässään tuomari ei kuitenkaan saa mennä, että hän korvaisi toimillaan asianosaisten avustajan. Riita-asiassa selväpiirteisenä rajana tuomarin toimille on ainakin se, että hänen täytyy pysyä oikeudenkäynnissä esitetystä aineistosta ja asianosaisten vaatimuksissa sekä väitteissä. Tuomari voi prosessinjohtotoimin selvittää

<sup>124</sup> Frände ym. 2012, s. 127.

vaatimuksia ja väitteitä, mutta hän ei niitä voi esittää eikä myöskään hankkia omasta aloitteestaan todisteita muuta kuin asianosaisten suostumuksella.<sup>125</sup>

Rikosasiassa tuomarin tulee välttää sellaisen vaikutelman syntymistä, että hän suosisi prosessinjohdossa syyttäjää, jonka yksinomaisena tehtävänä on rikosvastuun toteuttaminen.<sup>126</sup> Prosessinjohdossa voidaan selvittää epäselvyyksiä ja tuomari voi osallistua aktiivisesti todistajien kuulustelemiseen, mutta prosessinjohdon tulee olla luonteeltaan täydentävää ja epäselvyyksiä poistavaa ja todistajien kuulusteluun osallistuessaan tuomarin tulee huolehtia siitä, että todistajat nimenneille asianosaisille tarjoutuu ensin tilaisuus kuulustella todistajat tarkoituksenmukaiseksi katsomallaan tavalla. Hallintotuomioistuimissa tuomarin rooli eroaa yleisistä tuomioistuimista jo sikälikin, että hallintotuomioistuimissa noudatettava virallisperiaate mahdollistaa tuomioistuimen oma-aloitteisen selvityksen hankkimisen ja muutoinkin tuomioistuimen toimivalta asian selvittämiseksi on lainsäädännössä asetettu laajemmaksi.<sup>127</sup>

Tuomarin prosessinjohdossa oman erityistilanteensa muodostaa sovinnon edistäminen riita-asian valmistelussa. Tuomarille on prosessilainsäädännössä asetettu velvollisuus sovinnon mahdollisuuksien kartoittamiseen, sillä oikeudenkäymiskaaren 5 luvun 26 §:n mukaan tuomioistuimen on pyrittävä saamaan asianosaiset sopimaan asian.<sup>128</sup> Sovinnon edistämiseksi on nähtävissä oikeuspoliittisia perusteluita, sillä sovinto voi olla varteenotettava vaihtoehto riita-asiassa annettavalle tuomiolle ainakin silloin, jos riidan taloudellinen intressi on pieni, asianosaisten välillä ei ole olennaista eroa oikeudenkäymiseen liittyvissä resurssissa ja valmiuksissa eikä kysymys ole vaikeasta oikeudellisesta ongelmatilanteesta vaan pikemminkin siitä, että asianosaisten välinen taloudellinen intressi on sovittavissa ilman

<sup>125</sup> Ks. lähemmin Frände 2012, s. 206.

<sup>126</sup> Olaus Petrin tuomarinohjeiden kohdassa 40 on todettu seuraavaa: ”Jollei asiasta saada selvyyttä, pitää olla taipuvaisempi auttamaan syytettyä kuin sitä joka syyttää.”

<sup>127</sup> Ks. Mäenpää 2005, s. 85–87.

<sup>128</sup> Lainkohta on tullut voimaan riita-asian oikeudenkäyntimenettelyn kokonaisuudistuksen yhteydessä vuonna 1993. Sittemmin on sovittelumenettelystä annettu oma lakinsa (394/2011). Sovittelussa riita-asiaa, jossa sovinto on sallittua, käsitellään tuomioistuimessa, mutta menettelyssä, jonka yksinomaisena tarkoituksena on saada asianosaiset sopimaan asia parhaaksi katsomallaan tavalla. Voidaan sanoa, että sovittelumenettely on osittain päällekkäinen riita-asian valmistelussa tapahtuvan sovinnon edistämisen kanssa, sillä sovittelun epäonnistuttua asia on mahdollista saattaa tuomioistuimeen kanteella. Koska sovittelu on menettelynä tarkoitettu nimenomaisesti sovinnon aikaansaamiseksi ja sovitteluun oletettavasti valikoituvat jutut, joissa sovinto on todennäköinen lopputulema asianosaisten väliselle riitaisuudelle, voidaan perustellusti kysyä, onko oikeudenkäymiskaaren 5 luvun 26 §:n ilmentämä sovinnon edistäminen riita-asian oikeudenkäynnissä enää tarpeellinen lain säännös. Vertailun vuoksi voidaan lisäksi todeta, että sovittelijana toiminut tuomari tulee suoraan lain nojalla esteelliseksi hoitamaan samaa riitaisuutta kanneasiana, mutta sovintoa aktiivisesti valmistelussa edistäneen tuomarin esteellisyys on harkinnanvaraista.



merkittävää oikeudenmenetystä kummallakaan puolella.<sup>129</sup>

Sovinnon edistämisen varjopuolena on kuitenkin se, että sovinnon edistämisen tavat on jätetty lainsäädännössä avoimiksi, ja asiaa käsittelevä tuomari viime kädessä ratkaisee, kuinka ponnekkaasti hän ryhtyy sovintoa edistämään ja minkälaiset menettelyt hän tässä tarkoituksessa omaksuu. Pelkkä sovinnon mahdollisuuden keskusteltavaksi ottaminen on tässä suhteessa verraten ongelmaton. Sen sijaan tuomarin ryhtyessä voimaperäisesti sovintoa ajamaan ja käyttäessä tässä tarkoituksessa asianosaisten välisiä erillisneuvotteluita<sup>130</sup> sekä esittämällä yksityiskohtaisen sovintoehdotuksen tuomari voi tulla omaksuneeksi lähestymistavan, joka aiheuttaa perusteltuja epäilyjä hänen puolueettomuudestaan sekä motiiveistaan. Näin tapahtuu ainakin silloin, jos tuomarin toiminnasta jää vaikutelma, että innokkuus sovinnon aikaansaamiseen ei kumpua käsiteltävästä asiasta vaan halusta vaikuttaa omaan työmäärään sitä keventävästi. Sovinnon vahvistaminen pääkäsitteilyä toimittamatta nimittäin merkitsee huomattavasti helpompaa ratkaisua tuomarin työmäärän kannalta verrattuna siihen, että asiassa toimitetaan täysimittainen pääkäsitteily, jonka jälkeen tuomari joutuu vielä laatimaan asiasta tuomion.

Tuomarin puolueettomuuden ja asianosaisten yhdenvertaisen kohtelun näkökulmasta tuomarin sovintoon tähtäävä toiminta muuttuu ongelmalliseksi ainakin silloin, jos tuomari pyrkii kannanotoillaan muuttamaan asianosaisten oikeudellisen tilannearvion asiasta. Sovinnon aikaansaamisessa käytetyt menettelytavat tulee sopia etukäteen asianosaisten kanssa. Mikäli sovintoa ei tuomarin pyrkimyksistä huolimatta saada aikaiseksi, tuomarin on huolellisesti harkittava, kykeneekö hän jatkamaan asiassa sovinnon kariutumisen huolimatta. Tässä harkinnassa tuomarin on otettava huomioon, että asianosaiset saattavat pelätä suoranaisen esteellisyysväitteen tekemistä. Siten he saattavat sovinnon edistämisen tapoihin suostuessaan ottaa huomioon sen mahdollisuuden, että sama tuomari jatkaa asian käsitteilyä tuomion antamiseen saakka, jolloin asianosaisten osoittamalla vastahakoisuudella voidaan pelätä olevan asian ratkaisuun vaikuttavia seurauksia. Yhteenvedonomaaisesti voidaan todeta, että tuomioistuinsovitte-  
telun käyttöönoton jälkeen riita-asian oikeudenkäyntiin liittyvään sovinnon edistämiseen tulee suhtautua aikaisempaa varauksellisemmin, koska sovinnon

<sup>129</sup> Frände ym. 2012, s. 998, jossa perustellusti todetaan siviiliprosessilla olevan muitakin tavoitteita kuin asianosaisten oikeusriidan ratkaiseminen. Riitaprosessin käyttäytymistä ohjaava funktio jää ainakin tavoittamatta, mikäli valtaosa tuomioistuimien riita-asioista päättyy sovintoon.

<sup>130</sup> Erillisneuvotteluilla tarkoitetaan sitä, että tuomari keskustelee kunkin asianosaisten kanssa sovinnon mahdollisuudesta ilman toisen osapuolen läsnäoloa. Ks. lähemmin erillisneuvotteluista sovinnon edistämisen ja tuomarin puolueettomuuden kannalta Tapanila 2007, s. 251–252.

nolle otollisten riita-asioiden voidaan olettaa suuntautuvan yhä enemmän tuomioistuinsovitteluun varsinaisen riita-asian oikeudenkäynnin sijasta.

Tuomarin eettisten periaatteiden kannalta sovintomenettely on olennainen asiakokonaisuus, josta on kuitenkin verraten vaikeaa antaa yksiselitteisiä ja tyhjentäviä ohjeita. Suomessa laadituissa eettisissä periaatteissa ei suoraan oteta kantaa, miten tuomarin tulisi menetellä sovintoa edistäessään. Norjassa tätä yritettiin, sillä vuonna 2007 annettu työryhmämietintö sisälsi varsin yksityiskohtaisia määräyksiä siitä, mitä sovinnon edistämiseksi ei saa tehdä. Mietinnön kohdassa 21 kiellettiin tuomarin käymät erillisneuvottelut asianosaisten kanssa sekä sovintoesityksen antaminen.<sup>131</sup> Norjassa norminkaltaisten eettisten periaatteiden valmistelusta sittemmin luovuttiin (ks. luku 3.2.2), mutta sinällään mietinnössä esitetyt rajaukset tuomarin sovinnon edistämiseksi kuvaavat niitä vaikeuksia, joihin puolueettomuuden ja tasavertaisuuden kannalta voidaan joutua tuomarin edistäessä aktiivisin toimin sovintoa asianosaisten välillä.

## **5.4 Käsittelyn laatuun sopivan ilmapiirin luominen**

”Tuomari pyrkii luomaan oikeudenkäyntiin asiallisen, avoimen ja asian laatuun sopivan ilmapiirin.”

Eettisten periaatteiden kohta 9 on valmisteluvaiheessa käytyjen keskustelujen tulosta. Tuomariliiton vuosikokouksessa 2011 käyty keskustelu tuotti aloitteen siitä, että periaatteissa pitäisi ottaa kantaa tuomarin velvollisuuteen huolehtia hyvän ilmapiirin luomisesta oikeussaliin. Ilmapiirin luomisen merkitys korostuu etenkin yleisissä tuomioistuimissa, joissa suullisten käsittelyiden toimittaminen on säännönmukaista. Voi olettaa, että niissä juttuja hoitavat asianajajat ja syyttäjät pitävät tärkeänä myös sitä, millä tavoin puheenjohtajana toimiva tuomari suhtautuu istunnossa esiintyviin asianosaisiin ja oikeudenhoidon ammattilaisiin. Periaatteiden 9. kohta osoittaa konkreettisesti, että tuomarin eettisiä periaatteita ei ole laadittu ainoastaan kansainvälisiä malleja suomeksi kääntäen tai noudatellen vertailukelpoisten maiden esimerkkiä, vaan ne on valmisteltu tuomarikunnan keskinäisessä vuorovaikutuksessa ja sovittaen eettiset periaatteet suomalaisiin olosuhteisiin.

<sup>131</sup> Etiske regler for dommere 2007 s. 71: ”Dommeren skal på ethvert trinn av saken vurdere muligheten for å få rettsvisten helt eller delvis løst i minnelighet gjennom mekling eller rettsmekling, om ikke sakens karakter eller forholdene for øvrig taler mot en slik løsning, jf. tvisteloven § 8-1. Utenfor rettsmekling skal dommeren ikke holde møter med hver part for seg eller motta opplysninger som ikke kan gjøres kjent for begge parter. Dommeren kan ikke sette frem forslag til løsning, gi råd eller gi uttrykk for synspunkter som er egnet til å svekke tilliten til rettens upartiskhet, jf. tvisteloven § 8-2. Partene skal ikke utsettes for press til å inngå forlik.”

Tarve hyvän ilmapiirin luomisesta voi tuntua turhanaikaiselta tai muiden asian käsittelyyn osallistuvien vastuulla olevalta asialta. On kuitenkin muistettava, että tuomioistuimen puheenjohtajana toimiva oikeuden jäsen johtaa prosessia ja tässä roolissa hänen vaikutuksensa käsittelyn etenemiseen ja tunnelmaan on keskeinen. Ei ole yhdentekevää, millä tavoin käsittelyn kuluessa asiaan osallisiin suhtaudutaan. Oikeudenkäynnin ilmapiirillä on erityistä merkitystä asianosaisille, joille osallistuminen oikeudenkäyntiin voi olla ainutkertainen ja käsiteltävän asian puolesta jopa ahdistava kokemus. Etenkin rikosoikeudenkäynnissä asianomistaja saattaa joutua oikeuteen selvittämään itselleen traumaattista kokemusta, jolloin muiden oikeudenkäyntien osallisten osoittamalla arvonannolla ja hienotunteisuudella on erityistä merkitystä hänen kannaltaan.

Pohdittaessa asian laatuun sopivaa ilmapiiriä on myös muistettava, että oikeudenkäynnit eroavat jo lähtökohdiltaan olennaisesti toisistaan eikä siten yhteen juttuun sopiva lähestymistapa välttämättä sovellu toiseen. Esimerkkeinä voidaan esittää vaikkapa henkirikosasia, jossa asianomistajina ovat raa'alla tavalla surmatun henkilön läheiset taikka taparikollisten juttuvyyhti, jossa kukaan syytetyistä ei ole ensimmäistä eikä viimeistä kertaa oikeudessa eivätkä tekojen asianomistajat ole edes saapuvilla istunnossa. Tietysti rikosasiat kokonaisuudessaan edellyttävät toisenlaista lähestymistapaa kuin riita-asiat ainakin siltä osin kuin niissä on kysymys rahassa mitattavien vaatimusten käsittelemisestä. Rikosasioissa tuomarin on syytä muistaa, että etenkin asianomistaja on taho, joka on useimmiten oikeudessa vastoin tahtoaan ja siitä syystä, että häntä on syytteenalaisella teolla tavalla tai toisella loukattu.

Tässä yhteydessä on syytä vielä lyhyesti tarkastella yhtenä oikeudenkäynnin ilmapiiriin liittyvänä kysymyksenä nuoren rikoksenteikijän puhuttelua.<sup>132</sup> Toisinaan rikosasian käsittelyn päätyttyä istunnon puheenjohtaja lausuu tietyllä tavalla pöytäkirjan ulkopuolelta jotakin syytettyä vastaisuudessa ojentavaa tai kasvattavaa, josta voidaan käyttää termiä puhuttelu. Tämänkaltaisen puhuttelu on perusteltu silloin, jos syytettynä on nuori henkilö, joka on mahdollisesti ensimmäistä kertaa oikeudessa, jolloin tuomarin pöydän takaa lausuttujen elämänohjeiden voidaan olettaa vielä johtavan omien valintojen pohdintaan. Sen sijaan mittavan rikosrekisterin omaavan taparikollisen kohdalla vastaavanlaisen puhuttelun toimittaminen voi tuntua naiivilta ja tarkoituksettomalta sekä saattaa johtaa vaikutelmaan siitä, että puhutteluun ryhtyvällä tuomarilla ei ole tehtävän edellyttämää tilannetajua eikä ymmärrystä asianosaisten elämän realiteeteista.

<sup>132</sup> Mainittakoon, että lokakuussa 2012 pidetyillä tuomaripäivillä oikeusministeri Anna-Maja Henriksson otti esille nuorten puhuttelemisen tuomarin taholta. Myöhemmin valtakunnan-syyttäjät kannusti sanomalehtihaastattelussa tuomareita omaksumaankasvattavia sävyjä tuomion julistamiseen.

Puhuttelun voi olettaa jollakin tavoin tehoavan syytettyyn silloin, jos teko itsessään johtuu enemmän ajattelemattomuudesta ja siitä, että syytetty ei ole mieltänyt teon mahdollisten vahinkoseurausten vakavuutta. Tuomari voi silloin puhuttelullaan herättää syytetyn siihen ajatukseen, että teolla olisi voinut olla kohtalokkaita seurauksia. Joskus myös kannustavassa hengessä suoritettu ääneen pohdiskelu valintojen merkityksestä voi tuottaa myönteisiä tuloksia. Tuomarin on kuitenkin oltava varovainen puhutteluun ryhtyessään ja pidättyä siitä, ellei ole varma sen sopivuudesta käsiteltävän asian tai asianosaisen kohdalla. Puhuttelu ei myöskään saisi merkitä mitään ylimääräistä rangaistusta, joksi puhuttelu voi muuttua tuomarin puheillaan osoittaessa henkilökohtaista paheksuntaansa syytettyä kohtaan. Tällöin on hyvä muistaa, että tuomarin ei pidä ryhtyä julkituomaan omia asenteitaan asianosaisia kohtaan, vaan pitäytyä tekojen ja tosiseikkojen arvioinnissa sekä niistä tehtävissä päätelmissä.

## 6 AMMATTITAITO

### 6.1 Oikeudelliset tiedot ja ymmärrys

”Tuomarin ammattitaito ilmenee hänen oikeutta koskeissa tiedoissaan ja ymmärryksessään. Tuomari pitää yllä ja täydentää ammattitietojaan ja -taitojaan jatkuvasti.”

Tuomarin tehtävä on vaativa asiantuntija-ammatti, jolle on luonteenomaista normatiivisen toimintaympäristön jatkuva muuttuminen ja oikeudellisten kysymysten monimutkaistuminen. Pystyäkseen hoitamaan lainkäyttötehtäväänsä sen edellyttämällä ammattitaidolla tuomarin tulee tavalla tai toisella hankkia ja päivittää tietopuolista osaamistaan jatkuvasti. Tuomarin tehtävässä on osa-alueita, joihin harjaantuminen ei ole mahdollista yksinomaan kouluttautumalla, mutta silti ainakin lainsäädännön jatkuva muuttuminen edellyttää ammattitietojen pitämistä ajan tasalla. Tuomarin tehtävässä on siten suhtauduttava myönteisesti ammatilliseen täydennyskouluttautumiseen ja uusien tietojen sekä taitojen omaksumiseen.<sup>133</sup> Kouluttautuminen toki edellyttää myös sitä, että siihen tarjotaan työnantajan taholta sopivia tilaisuuksia ja huomioidaan kouluttautumisen edellyttämä ajankäyttö yhtenä viranhoidon osa-alueena, jolloin sille tulee varata myös ajankäyttöön liittyvät edellytykset muiden virkatehtävien hoitamiselta.

<sup>133</sup> Ks. Statement of Principles of Judicial Ethics for the Scottish Judiciary 2010, s. 33.

Yhtenä ajankohtaisena kysymyksenä tuomareiden ammatillisesta koulutautumisesta voidaan esittää keskustelu siitä, pitäisikö tuomarin erikoistua johonkin tiettyyn lainkäytön osa-alueeseen vai onko tuomarin roolin kannalta eduksi, jos hän on eräänlainen yleisosaaja, jolla on mahdollisimman laajat tiedot erilaista tuomioistuinasioista, mutta ei pitkälle vietyä erikoistumista. Yleisosaamisen ja erikoistumisen välinen punninta on sekä asianajaja- että syyttäjälaitoksessa johtanut siihen, että työtehtävissä erikoistutaan lainkäytön eri sektoreille. Esimerkiksi syyttäjälaitoksessa tiettyjä vaativampia rikosoikeuden osa-alueita, kuten talous- ja huumausainerikoksia, hoitavat erikoissyöttäjät.<sup>134</sup>

Tuomioistuimissa erikoistuminen ilmenee siten, että yleiset tuomioistuimet, hallinto- ja erityistuomioistuimet hoitavat erilaisia jutturyhmiä. Toisaalta yleisissä tuomioistuimissa käsitellään riita-, rikos- ja hakemusasioita, jotka eroavat toisistaan olennaisesti sisällöltään ja noudatetun menettelyn osalta. Myös näiden kolmen prosessilajin sisällä on olennaisia eroavuuksia, joista esimerkiksi edellä mainittu syyttäjien erikoistuminen johtuu. Eräissä käräjäoikeuksissa on siirrytty juttujaossa menettelyyn, jossa riita- ja rikosasioita käsittelevät eri tuomarit, mutta osassa käräjäoikeuksia sekä yleisissä oikeusasteissa pääperiaatteena on, että tuomarit käsittelevät kaikkia asiaryhmiä. Voidaan siten sanoa, että etenkin yleisissä tuomioistuimissa ei ole systemaattisesti toteutettu erikoistumista.<sup>135</sup>

Tuomareiden kohdalla pitkälle viety erikoistuminen ei ole kuitenkaan ongelmatonta eikä tuomaria voida kaikilta osin rinnastaa tässä suhteessa asianajajiin tai syyttäjiin. Tuomarin rooli eroaa niistä, ja kuten edellä luvussa 5.1 on todettu, tuomarin tehtävissä on eduksi tietynlainen kokonaisnäkemys oikeusjärjestyksestä. Tältä kannalta on hyvä, jos tuomarin tehtäviin valikoituu laaja-alaista kokemusta hankkineita henkilöitä, joille tällaista kokonaisnäkemystä on karttunut jo aikaisemmissa työtehtävissä. Tuomarin urallakin on perusteltua pyrkiä turvaamaan tuomarikunnalle tietty yleisosaaminen. Sen sijaan tällä näkökohdalla ei voida vakuuttavasti perustella sitä, että tuomarin tulisi hoitaa jatkuvasti kaikkia mahdollisia tuomioistuinasioita, vaan työekonomiset ja osaamista ylläpitävät syyt puoltavat sitä, että tuomari keskittyy tietyksi määrääjäksi johonkin lainkäytön osa-alueeseen. Erityisen tärkeää on huolehtia siitä, että tuomarille

<sup>134</sup> Syyttäjälaitoksen arvoja koskevassa VKSV:n julkaisussa on erikseen lausuttu, että koulutus on ehkä keskeisin lainkäyttöorganisaation johtamisen väline (Kuusimäki – Toiviainen 2007, s. 13).

<sup>135</sup> Tätä on arvoiteltu muun muassa asianajajien taholta, ks. Asianajajatutkimus 2012, s. 55–56, jossa lähes kaikki vastanneista asianajajista pitivät tuomareiden erikoistumista tärkeänä tai erittäin tärkeänä. Myös saaduissa avoimissa vastauksissa pidettiin tuomareiden erikoistumisen ja ammattitaidon lisäämistä keskeisenä. Tutkimustulosta voi pitää merkittävänä, koska se edustaa oikeudenkäynneissä esiintyvien asianajajien näkemystä tuomarikunnasta.

tarjotaan mahdollisuus hankkia käsittelemiensä jutturyhmien tietopuolista osaamista ja tuomaria kannustetaan ylläpitämään virkatehtävien vaatimia tiedollisia valmiuksia.

## **6.2 Noudatetut työskentelytavat**

”Tuomari hoitaa virkatehtävänsä ahkerasti ja tunnollisesti tiedostaen, että asiaan osalliselle on tärkeää saada perusteellisesti harkittu ja punnittu ratkaisu kohtuullisessa ajassa.”

Tuomarin tehtävä edellyttää valmiuksia erottaa olennainen epäolennaisesta sekä kykyä harkita periaatteellisia kysymyksiä, joskin myös pikikutarkkuudesta on etua tietyissä työhön liittyvissä velvoitteissa, joista voidaan esimerkkeinä mainita vapaudenmenetyksaikojen laskemiseen ja syyteoikeuden vanhentumisen tarkistamiseen liittyvät työvaiheet. Tuskin kukaan on luonteenpiirteidensä puolesta täydellisen soveltuva hyvin erilaisia valmiuksia edellyttävään työtehtävään, mutta eettisesti vastuullinen tuomari tunnistaa tilanteet, joissa edellytetään tunnollista perehtymistä ja tarkkuutta. Yksityiskohtien selvittäminen ei kuitenkaan saa tapahtua laajempien kokonaisuuksien kustannuksella, koska tuomarin tehtävän pääpaino on oikeudenmukaisen lopputuloksen tavoittelussa.

Tuomarin tehtävässä korostetaan usein huolellisuutta ja tarkkuutta sekä nähdään näiden toteuttamisen olevan ristiriidassa asioiden joutuisan käsittelyn vaatimuksen kanssa. On esitetty sellaisiakin käsityksiä, että lainkäytössä laadun ylläpitäminen ei mahdollista joutuisaa käsittelytapaa, vaan pitkät käsittelyajat ovat ilmiö, joka johtuu pyrkimyksestä turvata lainkäytön laatu. Tämänkaltaisessa päättelyssä syy pitkiin käsittelyaikoihin on tuomioistuimen ulkopuolella, pääasiassa siinä tahossa, joka päättää tuomioistuinlaitoksen resursseista. Sinänsä resurssien ja lainkäytön laadun välillä on yhteys, jolla on olennainen vaikutus myös käsittelyaikoihin. Kun tuomari kuitenkin toimii tehtävässään riippumattomasti eikä tuomioistuimen ulkopuolelta voida tulla sanelemaan ohjeita noudatetuista työtavoista, on osavastuu käsittelyn joutuisuuden varmistamisesta myös tuomioistuimella ja sen yksittäisellä jäsenellä.

Lainkäytön laatu ja käsittelyn joutuisuus eivät ole saman kolikon kääntöpuolia, vaan joutuisuus on asianosaisen näkökulmasta erityisen keskeinen osa asianmukaista lainkäyttöä.<sup>136</sup> Joutuisuus on vieläpä mitattavissa oleva osatekijä niin sanotusta laadusta, kun taas muilta osin lainkäytön laadusta puhuminen on vaikeata ennen kuin on yleistettävällä tavalla määritelty,

<sup>136</sup> Virolainen 1995, s. 108–112.

mitä lainkäytön laadulla tarkoitetaan. Joutuisuutta puolestaan voidaan pitää niin keskeisenä osatekijänä lainkäytön asianmukaisuutta ajatellen, että kovin laadukkaasta lainkäytöstä ei voi olla kysymys, jos asianosaiset joutuvat odottamaan lainvoimaista tuomioistuimen ratkaisua vuosikausia.

Tuomioistuinelaitoksen resursointiin yksittäinen tuomari ei voi vaikuttaa, eikä hän tee työtään tyhjiössä, vaan resursseja koskevilla ratkaisuilla on suora vaikutus hänen työhönsä. Tuomari on kuitenkin riippumattomassa asemassaan vastuussa niistä työtavoista, joita hän soveltaa virkatehtäviensä hoitamisessa. Tuomari ei voi myöskään omavaltaisesti irtisanoutua joutuisuuden tavoitteesta vetoamalla tarpeeseen ylläpitää jotakin sellaista laatutasoa, jonka hän viime kädessä itse määrittelee. Eettisesti vastuullinen tuomari pyrkii turvaamaan käsittelyn joutuisuutta siltä osin kuin se on hänen vallassaan unohtamatta kuitenkaan niitä vaatimuksia, joita oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuus asettaa asian käsittelylle.<sup>137</sup> Tuomarin itsensä vastuulla on myös kehittää ja ylläpitää käsittelyn joutuisuutta turvaavia työtapoja sekä tuoda julki ne epäkohdat tuomioistuimen toimintaedellytyksissä, jotka hän virkaansa hoitaessaan havaitsee. Tuomarin tulee myös sitoutua uusien työmenetelmien käyttöönottoon ja kouluttautumalla tai muuten perehtyä työhön kohdistuviin lainuudistuksiin.

### 6.3 Työkyvyn ylläpitäminen

”Tuomarin työn vaativuuden takia on tärkeää, että tuomari huolehtii työkykynsä ylläpitämisestä. Tuomari kantaa osaltaan vastuunsa työhyönteisönsä hyvinvoinnista.”

Tuomarin työkykyyn liittyvä eettisten periaatteiden kohta 12 on luonteellinen modernille yhteiskunnalle. Menneinä aikoina tätä näkökohtaa tuskin pidettiin niin merkityksellisenä, että se olisi edellyttänyt periaatteellista pohdintaa. Työkyvyllä on kuitenkin olennainen vaikutus siihen, pystyykö tuomari suorittamaan virkaansa liittyvät tehtävät niiden edellyttämällä tasokkuudella. Työkykyyn vaikuttaa luonnollisesti työn kuormittavuus, ja tässä suhteessa tuomarin työtä voidaan pitää ainakin henkisesti vaativana, sillä tehtävä on luonteeltaan vireää ajatustoimintaa ja kykyä uuden oppimiseen edellyttävä. Myös työn määrä on pikemminkin lisääntynyt kuin vähentynyt ja työn laatuun kohdistuvat vaatimukset ovat korostuneet; prosessinjohtoon ja perusteluvollisuuden toteuttamiseen kohdistuvat hyvin toisenlaiset odotukset kuin aikaisemmin.

<sup>137</sup> Ks. Hirschfeldt 2011, s. 523–524.

Tuomarin työkykyyn vaikuttavat työnantajan ratkaisut sekä työpaikan yleinen ilmapiiri ja viihtyvyys. Viime kädessä kukaan ulkopuolinen ei kuitenkaan voi huolehtia työntekijän työkyvystä eikä voi olla siihen liittyvistä tekijöistä kattavasti perillä. Voidaan sanoa, että ensisijainen vastuu työkyvystä on jokaisella työntekijällä itsellään. Tämä edellyttää työtapojen ja -menetelmien sovittamista sellaisiksi, että fyysinen ja psyykinen kunto pysyvät tehtävien vaatimalla tasolla. Paljon on kiinni myös siitä, että työntekijä muistaa vapaa-ajalla huolehtia riittävästä levosta ja fyysisen kunnan ylläpitämisestä. Tässä tarkoituksessa työnantaja voi luonnollisesti toimia työntekijää kannustavasti vaikkapa tarjoamalla mahdollisuuksia liikuntaharrastuksiin. Työkyky on riippuvainen myös työntekijän elämäntilanteesta, sillä vaikeudet yksityiselämässä heijastuvat helposti myös työhön ja kykyyn selviytyä siihen liittyvistä tehtävistä. Poikkeuksellisissa elämäntilanteissa työnantajan on syytä huolehtia siitä, että työ ei muodostu työntekijän kannalta ylen määrin kuormittavaksi.

Työkyvyn ylläpitämisen mainitseminen tuomarin eettisissä periaatteissa osoittaa aihepiirin tärkeyttä käytännön tuomarin tehtävien kannalta. Periaatteiden kohdassa 12 on myös olennainen maininta siitä, että tuomarin tulee omalta osaltaan huolehtia, että työyhteisö voi hyvin. Tältä kannalta ajateltuna jokaisen on hyvä muistaa, että työtovereiden ystävällisellä ja kannustavalla suhtautumisella on suuri merkitys työssä jaksamisen kannalta, ja viihtyisässä sekä ilmapiiriltään positiivisessa työyhteisössä työskentely auttaa vähentämään työstä muutoin aiheutuvaa kuormitusta. Jokainen voi pohtia asian merkitystä siltäkin kannalta, että minkälaisessa yhteisössä itse haluaa työskennellä, ja mitä voi omalla käytöksellään ja valinnoillaan tehdä tällaisen tilanteen saavuttamiseksi.

## **6.4 Ennakkoluulottomuus ja viestinnälliset taidot**

”Tuomari tekee työtään avoimin mielin ja ennakkoluulottomasti. Tuomari kiinnittää huomiota selkeään suulliseen ja kirjalliseen ilmaisuun sekä kuuntelemisen taitoon.”

Eettisten periaatteiden kohta 13 on muihin kohtiin verrattuna sikäli erityislaatuinen, että siinä tullaan lähimmäksi tuomarin ominaisuuksien määrittelyä. Eettisten periaatteiden laatimisessa on ollut tarkoituksena välttää luonteenpiirteiden kuvaamista, koska viime kädessä eettisiin valintoihin on jokaisella mahdollisuus, eikä eettisyyttä voida pitää sisäsyntyisenä kenenkään kohdalla. Tuomarin tehtävä vaatii avointa mieltä ja ennakkoluulottomuutta, sillä tuomari törmää työssään hyvin monenlaisiin inhimillisen



elämän ilmiöihin, joita hänen tulee tarkastella pintaa syvemmältä. Tuomari ei tähän tehtävään kykene, jos hän tarkastelee asioita pitäytyen omissa ennakkokäsityksissään kykenemättä irrottautumaan niistä käsiteltävän asian edellyttämällä tavalla. Hyvää tuomaria voidaan luonnehtia vaikka niin, että mikään inhimillinen ei ole hänelle vierasta. Tämä ei kuitenkaan tarkoita sitä, että hänen pitäisi jollakin ylimaallisen humaanilla tavalla hyväksyä vahingollisetkin inhimillisen toiminnan muodot, jotka tulevat hänen arvioitavakseen. Tuomarin tulee siten tarkoin erottaa toisistaan ihmisten toiminnan ymmärtäminen ja toisaalta sen hyväksyminen.

Etenkin rikosasioita käsitellessään tuomari joutuu toimimaan yhteiskunnallisen moraalien tulkitsijana, jolloin hänen on hyvä pyrkiä ymmärtämään asiaan osallisten vaikuttimia sekä tekojen syitä ja seurauksia. Syyksilukemiseen liittyviä näyttökysymyksiä harkitsevalta tuomarilta odotetaan kykyä hahmottaa inhimillisen toiminnan moninaisuutta. Syyksilukemisen edellyttämät pohdinnat tulee kuitenkin erottaa niistä, joita tuomarilta edellytetään hänen harkitessaan seuraamusta syyksiluetusta teosta. Seuraamusta määrätessään tuomari ei saa painottaa omia henkilökohtaisia mieltymyksiään eikä toteuttaa omaa kriminaalipoliittista agendaansa, vaan hänen tehtävänsä lainsäätäjän tarkoittamien seuraamusten määräämisessä muotoutuu sen mukaan mitä syyksiluetut teot moitittavuudeltaan edellyttävät. Seuraamuskysymyksiä käsiteltäessä käyttökelpoinen mittapuu ei ole rikollisen teon yleinen ymmärrettävyys tai syytetyn herättämä myötätunto, vaan asiaa tulee lähestyä pohtimalla teon laatua ja vahingollisuutta sekä sen ilmentämää tekijän syyllisyyttä.

Tavoiteltavina tuomarin ominaisuuksina voidaan pitää ennakkoluulottomuuden ohella tietynlaista rohkeutta, sillä tuomarin tulee suorittaa harkintaansa itsenäisesti ja vapaana ulkopuolisesta vaikuttamisesta.<sup>138</sup> Tuomari ei saa ratkaisua harkitessaan ryhtyä myötäilemään yleistä kansalaismielipidettä, ammattikollegojen käsityksiä tai pelätä tuomion asianosaisissa herättämiä reaktioita. Tuomarin tulee olla siten kaikenlaisen uhkaamisen ja painostuksen ulottumattomissa. Yhtenä tuomarin tehtävien hoitamiseen vaikuttavana tekijänä voidaan nähdä odotus siitä, että asianosaiset saattavat asian ylempien tuomioistuimen käsiteltäväksi. Tuomari saattaa kokea velvollisuudekseen pyrkiä vähentämään muutoksenhaun tarvetta omilla valinnoillaan tai toisaalta pohtia, millä tavoin ylempi tuomioistuin tulee hänen ratkaisunsa suhtautumaan. Pyrkimys vaikuttaa muutoksenhakualltiuteen on sinänsä asianmukaista, jos se heijastuu vaikkapa tavoitteena antaa hyvin perusteltu ratkaisu tai hoitaa oikeudenkäynti menettelyllisesti oikeudenmukaisesti, jolloin näistä syistä johtuva tarve muutoksenhauille poistuu.

<sup>138</sup> Brusiin 1938, s. 101–102.

Tuomari ei kuitenkaan tee työtään muutoksenhakutuomioistuinta varten, vaan asianosaisille ja yhteiskunnalle. Tuomari hoitaa tehtävänsä itsenäisesti ja riippumattomasti, eikä hän ole sidottu ylempään tuomioistuimeen tehtävänsä hoitamisessa. Näin ollen hänen ei tule virkatehtäviään hoitaessaan pohtia sitä, miten asiaa mahdollisesti muutoksenhakuvaiheessa käsitellään. Riittävää on, että tuomari tekee työnsä hyvin ja perusteellisesti, jolloin ei ole merkityksellinen näkökohta, että muutoksenhakutuomioistuin mahdollisesti päätyy arvioissaan toisenlaiseen lopputulokseen. Tuomarin pitää muistaa myös se, että muutoksenhaku ei ole hänen työhönsä kohdistuvaa arvostelua, vaan muutoksenhauille voidaan nähdä asianosaisten näkökulmasta moninaisia vaikuttimia ja muutoksenhakuoikeus on kansalaisen perusoikeus. Tässä yhteydessä voidaan toistaa se, että mikäli tuomari on parhaan kykynsä mukaan ja asiaa perusteellisesti harkittuaan päätenyt antamaan määrätynsisältöisen ratkaisun, ei hänellä ole aihetta pohtia muutosta hakevien asianosaisten vaikuttimia tai pelätä, mihin ratkaisuun ylempi tuomioistuin aikanaan päätyy.<sup>139</sup> Tuomarin on hyvä muistaa, että hän ei ratkaisuntekijän roolissaan tule osalliseksi asiaan, vaan kysymys on aina asianosaisten eikä hänen omasta asiastaan.

Tuomarille on suureksi eduksi myös kyky selkeään suulliseen ja kirjalliseen ilmaisutaitoon. Etenkin alemmissa oikeusasteissa tuomarin työ painottuu suullisten istuntojen hoitamiseen, jolloin myös ratkaisut julistetaan usein suullisesti. Kuitenkin myös näissä tuomioistuimissa ja ylempissä tuomioistuimissa ratkaisut laaditaan pääsääntöisesti kirjalliseen muotoon, jolloin kirjallinen ilmaisutaito korostuu. Eettisten periaatteiden kohdassa 13 on otettu esille myös kyky kuuntelemiseen. Jo oikeudenkäynnin kontradiktorinen periaate edellyttää asianosaisten kuulemista. Normatiivisesti kuulemisella yleensä tarkoitetaan ainoastaan tilaisuutta esittää asiansa ja saada tieto vastapuolen vaatimuksista sekä todisteista, mutta pohjimmiltaan kontradiktorisuus edellyttää myös sitä, että ratkaisun tekijä paitsi kuulee, myös kuuntelee asianosaisia. Asian ajaminen ja todisteiden esittäminen menettävät täysin merkityksensä, jos tuomari ei herkällä korvalla kuuntele asiaan osallisten sanottavaa.

Suomalaisissa tuomarin eettisissä periaateissa on merkille pantavaa, että eräänlaiset humanit arvot ovat saaneet sellaisia ilmauksia, joita ei vastaavassa määrin löydy kansainvälisistä malleista tai vertailukelpoisten maiden eettisistä periaateista. Tuomarilta odotetaan kykyä luoda oikeussaliin asiallinen ja avoin ilmapiiri, kuuntelemisen taitoa sekä vastuullisuutta

---

<sup>139</sup> Tässä yhteydessä on paikallaan siteerata jälleen Olaus Petriä, jonka ohjeiden kohta 39 kuvaa asiaa osuvasti: ”Monet tuomarit pitävät kunniaansa loukkaavana kun heidän tuomioistaan valitetaan. Monet sanovat tahtovansa puolustaa kunniaansa, kun he puolustavat antamaansa tuomiota. Tämä johtuu ajattelemattomuudesta. Kun tuomari tuomitsee parhaan ymmärryksensä ja hänelle esitettyjen perusteiden mukaan, häntä ei voi moittia.”

työyhteisön hyvinvoinnista.<sup>140</sup> Tämänkaltaisia muotoiluita voidaan pitää jälkinä hyve-eettisestä lähestymistavasta, joka oli vielä korostuneemmin esillä periaatteiden ensimmäisessä luonnoksessa.<sup>141</sup> Ammattietiikkaan tämänkaltaiset muotoilut sopivat hyvin, sillä ne ilmentävät tiettyjä tavoitetiloja, joihin ammatin edustajien tulee pyrkiä. Kuuntelemisen taitoa tai kykyä luoda asiallista tai avointa ilmapiiriä oikeussaliin ei voida pitää luontaisina ominaisuuksina, vaan jokainen voi pyrkiä kehittämään omaa toimintaansa eettisissä periaatteissa esitettyyn suuntaan.

## 7 AVOIMUUS

### 7.1 Tiedonvälitys ja tuomioistuimet

Tuomarin eettisten periaatteiden neljäs osa-alue liittyy oikeudenkäynnin julkisuuteen, tuomioistuimen ratkaisun laatimiseen sekä tuomarin osallistumiseen julkiseen keskusteluun. Teemat liittyvät toisiinsa ainakin sikäli, että ne ovat olennaisia etenkin tiedonvälityksen ja tiedon välittäjien näkökulmasta. Julkisuuden asettamat vaatimukset ovat yksi olennaisimmista tuomioistuimien toimintaympäristöön liittyvistä muutoksista.<sup>142</sup> Takavuosina tuomioistuimien toiminnan julkisuus, oikeudenkäyntien käsitteleminen mediassa tai tuomareiden julkinen esiintyminen olivat vain marginaalista huomiota edellyttäviä kysymyksiä. Toisin on nykyään, sillä kattavaan ja nopeaan tiedonvälitykseen sekä monimuotoiseen tiedonvälityksen toimijoiden joukkoon liittyy paljon myös tuomioistuimien työtä sivuavia juonteita. Yhteiskunnallista valtaa ei ole mahdollista käyttää julkisuudelta piilossa ja mitä olennaisemmasta yhteiskunnan vallankäytöstä on kysymys, sitä tiiviimpää on median suorittama seuranta.

Tiedon välittäjät eli kaupalliset tiedotusvälineet sekä median edustajat laajemmin ymmärrettynä edustavat itsessään yhteiskunnallista valtaa käyttävää tahoja. Vaikka median tehtäväksi on perinteisesti ymmärretty vallan vahtina oleminen, joka voi puuttua epäasialliseen vallankäyttöön julkisuuden välityksellä, voidaan mediaa pitää nykyään myös aktiivisena toimijana, joka muokkaa kansalaismielipidettä yhteiskunnallisista asioista ja päättäjistä.<sup>143</sup> Esimerkiksi kansalaisten käsitykset tuomioistuimien toiminnasta ovat usein tiedotusvälineistä omaksuttuja eli kuva tuomioistuimista

<sup>140</sup> Kuuntelemisen taito on otettu esille myös ENCJ:n taholla (ks. Judicial Ethics Report 2009–2010, s. 7).

<sup>141</sup> Ks. luonnos periaatteista 2010.

<sup>142</sup> Hirschfeldt 2011, s. 519.

<sup>143</sup> Ks. Ollila 2002, s. 207–214.

muodostuu oikeudenkäyntejä koskevien uutisten välityksellä.<sup>144</sup>

Intensiivinen tiedonvälitys aiheuttaa tuomioistuimille kahdensuuntaista painetta. Ensinnäkin uutisoiminen tuomioistuinten tekemisistä on kattavampaa ja nopeatahtisempaa kuin aikaisemmin. Mediassa ei myöskään tarkoituksellisesti selitetä tuomioistuinten toimintaa parhain päin, vaan media voi kohdistaa tuomioistuinten ratkaisuihin ankaraakin kritiikkiä, joskus aiheesta ja toisinaan taas aiheettomasti. Toiseksi media muokkaa kansalaismielipidettä tuomioistuinten toiminnasta, millä puolestaan on tuomioistuinten legitimitettiin kannalta keskeinen merkitys. Voidaan siten sanoa, että tuomioistuimen ratkaisuiden ohjausvaikutus suhteessa ympäröivään yhteiskuntaan ja toisaalta ratkaisuiden oikeellisuuden arviointi tapahtuvat tiedotusvälineiden välityksellä.<sup>145</sup> Jotta tuomioistuimet voisivat toteuttaa omaa ydintehtäväänsä eli lainkäyttöä legitiimillä tavalla vailla väärinymmärryksiin perustuvaa lainkäyttötoiminnan ulkoista arviointia, tulee tuomioistuinten työssä ottaa huomioon tiedotusvälineiden välittävä rooli suhteessa tuomioistuimeen ja yleisöön.<sup>146</sup>

Vaikka tiedonvälityksen ja tiedon välittäjien merkitys ja rooli ovat korostuneet, ei tuomioistuin voi luopua omasta ydintehtävästään eli oikeudenmukaisten ratkaisuiden antamisesta eikä sivuuttaa asianosaisten yhdenvertaisen kohtelun vaatimusta. Tuomioistuinten taholta tapahtuvassa tiedottamisessa pitää ottaa huomioon, että yksittäisistä oikeudenkäynneistä tiedotettaessa tuomioistuimen tehtävänä on tarjota oikeaa tietoa ymmärrettävässä muodossa sitä tarvitseville ja pyrkiä tietoja antamalla estämään väärinymmärryksiä. Sen sijaan tuomioistuimen perustehtävä rajoittaa sitä, että tuomioistuin aktiivisesti tiedottaisi tai pyrkisi saamaan tiedotusvälineissä esille yksittäisiä oikeudenkäyntejä koskevia asioita. Median merkityksen korostuminen ei siten sinällään muuta tai ole muuttanut tuomioistuimen roolia tiedon tuottajana.

## 7.2 Tuomari julkisuuden toteuttajana

”Tuomari toimii niin, että asiaan osalliset ja yleisö saavat oikeudenkäynnin julkisuusperiaatteen edellyttämät tiedot oikeudenkäynnistä. Tuomari pyrkii laatimaan ratkaisunsa niin, että se on selkeä, seikkaperäinen ja ymmärrettävä.”

Tuomarin eettisten periaatteiden kohdassa 14 viitataan oikeudenkäynnin julkisuusperiaatteen. Perustuslain 21 §:n 2 momentti edellyttää oikeu-

<sup>144</sup> Tapanila 2009, s. 17–22.

<sup>145</sup> Ibid. s. 29–32.

<sup>146</sup> Ks. Judicial Ethics Report 2009–2010, s. 9.

denkäynniltä julkisuutta, joka on määritelty tarkemmin lainsäädännöllä. Lisäksi Euroopan ihmisoikeussopimus edellyttää etenkin rikosasioilta julkista käsittelyä ja ratkaisun julkisuutta.<sup>147</sup> Oikeudenkäynnin julkisuus ei ole kuitenkaan poikkeuksetonta, koska vaatimus julkisuudesta saattaa toisinaan olla ristiriidassa jonkin muun perus- tai ihmisoikeuden kanssa, joista voidaan mainita esimerkkeinä yksityisyys tai elinkeinovapaus, joka edellyttää tietyissä tilanteissa liiketaloudellisiin etuihin liittyvien tietojen salaamista oikeudenkäynnissä. Yksityisyys puolestaan voi edellyttää vaikkapa terveydentilaan liittyvien tietojen salaamista. Yleisissä tuomioistuimissa käytännön kannalta erittäin merkityksellinen salaamisintressi liittyy seksuaalirikostapausten asianomistajien henkilöllisyyden salassapitoon, jota on perusteltu tarpeella suojata erityisen arkaluontoisia yksityiselämään liittyviä tietoja.<sup>148</sup> Hallintotuomioistuimissa salassapito on yleisiä tuomioistuinta yleisempää, johtuen muun muassa siitä, että niissä käsitellään sosiaalietuuksiin, henkilön taloudelliseen asemaan, mielenterveyteen sekä huostaanottoon liittyviä asiaryhmiä.

Tuomarin tehtävänä on osaltaan huolehtia siitä, että oikeudenkäynnin julkisuus toteutuu lain vaatimassa laajuudessa. Yksittäisessä oikeudenkäynnissä saattaa olla asianosaisten yhteisenä intressinä saada käsittely salattua, jolloin viime kädessä tuomarin tehtäväksi jää huolehtia siitä, että käsittelyn julkisuutta puoltava yleinen etu tulee otetuksi huomioon, kun oikeudenkäynnin julkisuudesta päätetään. Tuomari joutuu julkisuuskysymyksiä ratkaistessaan toisinaan ottamaan huomioon keskenään ristiriidassa olevia periaatteita, sillä salassapito saattaa käytännössä edellyttää varsin laajaa julkisuuden rajoittamista. Laissa määritelty salassapidon syy voi kuitenkin yksittäisessä oikeudenkäynnissä olla painoarvoltaan sellainen, että julkisuuden rajoittaminen on ymmärrettävää yleiseltäkin kannalta. Voidaan ajatella, että vaikkapa seksuaalirikosasioissa asianomistajan henkilöllisyyden julkituleminen oikeudenkäynnissä voisi vaikuttaa siten, että asianomistajat eivät haluaisi saattaa tekoja lainkaan viranomaisten tietoon leimautumista pelätessään.

Erityistä merkitystä tuomarin toimilla julkisuuden toteutumiseksi on silloin, kun oikeudenkäynnin julkisuutta joudutaan joiltakin osin rajoittamaan. Käsiteltäessä asiaa suljetuin ovin jää ainoaksi julkisuuden toteutumistavaksi tuomioistuimen ratkaisu, joka saatetaan joutua salaamaan joko kokonaan tai osittain tuomiolauselmaa lukuun ottamatta. Tällöin tuomarille asetetaan erityisiä odotuksia näin syntyvän julkisuusvajeen paikkaamiseksi. Tuomari joutuu esimerkiksi harkitsemaan julkisen selosteen laatimista

<sup>147</sup> Pellonpää – Gullans – Pölönen – Tapanila 2012, s. 523–526 ja Tapanila 2009, s. 33–35 ja 46–47.

<sup>148</sup> Ibid. s. 61.

muutoin salassa pidettävästä ratkaisusta.<sup>149</sup> Selosteen laatiminen toki lisää tuomarin työtä ja voi itsessään olla vaativaa, sillä hänen pitää varmistaa, että selosteen sisältö ei paljasta salassapidettäviä tietoja. Selosteen laatimalla tuomari voi kuitenkin osaltaan turvata julkisuuden toteutumista. Mikäli näin ei menetellä, saattaa kokonaisia tuomioistuimissa käsiteltäviä asiaryhmiä jäädä julkisuuden ulkopuolelle, mikä aiheuttaa julkisuuden funktioihin liittyviä ongelmia. Niistä voidaan mainita vaikkapa se, että salassapidettävissä asiaryhmissä lainkäytöltä odotettu ohjausvaikutus jää toteutumatta eikä kyseisestä lainkäytön osa-alueesta pystytä käymään asiapohjaista yhteiskunnallista keskustelua.

Tuomarin eettisten periaatteiden kohta 14 kehottaa tuomaria myös laatimaan antamansa ratkaisut selkeiksi, seikkaperäisiksi ja ymmärrettäviksi. Tuomarin tärkein tehtävä oikeudenkäynnissä on käsiteltävän asian ratkaiseminen, ja tuomioistuimen ratkaisu on väline tämän tehtävän hoitamiseen. Tuomioistuimien ratkaisuja on aikojen kuluessa laadittu hyvin monenlaisilla periaatteilla ja ratkaisuiden ilmaisu- sekä perustelemistapa ovat olleet aikakauteen sidonnaisia kysymyksiä.<sup>150</sup> Tuomion avoin ja seikkaperäinen perustelemistapa on kuitenkin omaksuttu Suomessa siinä määrin, että tuomarilta edellytetään sitoutumista näitä laatuvaatimuksia edistäviin työtapoihin. Tässä yhteydessä ei ole mahdollista syventyä perustelemiseen liittyviin kysymyksiin laajemmin, vaan on tyydyttävä viittaamaan aihepiiriä käsittelevään oikeuskirjallisuuteen.<sup>151</sup>

Perusteleminen voidaan nähdä jatkona kontradiktorisen periaatteen sävyttämälle oikeudenkäynnille, jossa tuomari huolehtii siitä, että kaikki asianosaiset voivat tasavertaisesta asetelmasta esittää asiansa tuomioistuimessa. Tarkkakorvaisesti asianosaisia kuultuaan ja huolellisesti kaikkia esille tulleita seikkoja harkittuaan tuomarin tulee tehdä ratkaisunsa, jonka asianmukaisuutta arvioidaan esitettyjen perusteluiden valossa. Peruste-

<sup>149</sup> Julkisella selosteella tarkoitetaan kokonaan tai osittain salassapidettävästä ratkaisusta tehtävää tiedotetta, joka sisältää pääpiirteittäisen selostuksen asiasta ja ratkaisun perusteluista. Selosteeseen voidaan ottaa julkiseen tuomiolauselmaan sisältyvät seikat ja ratkaisuun liittyviä seikkoja siinä määrin kuin se on mahdollista paljastamatta salassapidettäviä tietoja tai vaikkapa salassapidettävää asianomistajan henkilöllisyyttä. Ks. lähemmin Tapanila 2009, s. 229–234.

<sup>150</sup> Tuomion perustelemista käsittelevään Jyrki Virolaisen ja Petri Martikaisen teokseen ”Pro & Contra – tuomion perustelemisen keskeisiä kysymyksiä” vuodelta 2003 sisältyy kattava katsaus tuomion perustelemisen historiaan (s. 178–205). Vaatimus perustelemisesta näyttää liittyneen demokraattiseen valtiojärjestykseen ja kansalaisten oikeudenhoidolle asettamien vaatimusten lisääntymiseen, jolloin tuomioistuimilta odotetaan korkeatasoista ratkaisutoimintaa eikä tuomion asianmukaisuutta enää arvioida tuomioistuimen auktoriteettiaseman perusteella. Oikeudenkäynnin painottuminen kirjalliseen prosessiin sekä muutoksenhakuoikeuden toteutuminen lisäävät niin ikään perusteluihin kohdistuvia vaatimuksia. Perustelutapa vaihtelee myös maittain, sillä esimerkiksi Ranskassa tuomioistuimien perustelutapa on suppeampi verrattuna vaikkapa Saksaan tai Englantiin.

<sup>151</sup> Ks. Virolainen – Martikainen 2003 sekä Virolainen – Martikainen 2010, passim.

lemisen intressitahoina voidaan asianosaisten lisäksi nähdä mahdollinen ylempi tuomioistuin, jonka käsiteltäväksi asia voi päätyä muutoksenhaun seurauksena. Perustelut ovat myös yleisölle ja tiedotusvälineiden edustajille tärkein keino selvittää, mihin tuomioistuimen ratkaisu on perustunut.

Perustelemisen avoimuus, seikkaperäisyys ja selkeys ovat laatuvaatimuksia, joista on vaikea olla eri mieltä. Käytännössä perustelemistapaan vaikuttaa kuitenkin moni muukin asia, joista voidaan tässä yhteydessä ottaa esille esimerkiksi joutuisan käsittelyn vaatimus sekä se, kenelle perustelut ensisijaisesti laaditaan. Joutuisuus asettaa omat reunaehdonsa perustelemiselle, sillä loppuun asti hiottujen perusteluiden laatiminen etenkin kirjalliseen muotoon on aikaa vievää. Oikeudenkäynnin joutuisuus sinänsä puoltaisi tuomion suullista julistamista istunnon päätteeksi, mikä on alioikeuksissa pääsääntöinen menettelytapa. Laajoissa ja vaikeissa asioissa, joissa on runsaasti kannanottoa edellyttäviä oikeus- ja tosiseikkakysymyksiä, joudutaan tuomio kuitenkin usein laatimaan kansliassa kirjalliseen muotoon.<sup>152</sup>

Yhteenvedonomaaisesti voidaan todeta, että lainsäädännössä asetetut aikarajat tuomion antamiselle yleensä mahdollistavat riittävän ajan tuomion laatimiselle, eivätkä aikarajat yleensä voine muodostaa estettä asianmukaisen tuomion laatimiselle. Tuomari voi myös kohdentaa perustelemisen vaatimaa työpanosta niin, että hän keskittyy yksittäisen jutun perustelemisessa niihin kysymyksiin, joita asianosaiset ovat ottaneet esille. Myös oikeudenkäyntien välillä on eroa sen suhteen, missä laajuudessa ratkaisu edellyttää perustelemista. Tuomiossa ei ole välttämättä aihetta toistaa itsestäänselvyksiä tai ottaa kantaa sellaisiin seikkoihin, joihin ei ole käsittelyn kuluessa vedottu. Etenkin rikosasioissa on runsaasti sellaisia oikeus- ja tosiseikkakysymyksiltään yksinkertaisia asioita, joiden laajaan perustelemiseen ei ole oikeusturvanäkökohdista johtuvaa pakottavaa tarvetta.

Lopuksi on syytä ottaa esille kysymys siitä, kenelle ja mihin tarkoitukseen tuomari perustelunsa laatii. Perustelut ovat tuomarin vastaus siihen, mitä asianosaiset ovat oikeudenkäynnin kuluessa vaatineet ja väittäneet. Asiassa esitettyä näyttöä on lisäksi selostettava siinä laajuudessa kuin se on tarpeen asian hahmottamiseksi. Näytön selostamista olennaisempaa on ilmaista, millä perusteella tuomioistuin on katsonut tietyn tosiseikan näytetyksi, ja millä perusteella päätynyt tiettyyn käsitykseen jutun tosiseikastosta.<sup>153</sup> Perusteluiden ensisijainen kohderyhmä ovat jutun asianosaiset, joille oikeudenkäyntiaineisto on tuttu. Siten heidän intressissään ei ole saada tuomioistuimelta kirjalliseen muotoon puettua esitystä asiassa

<sup>152</sup> Ks. tuomion julkistamisen tavoista lähemmin Virolainen – Martikainen 2010, s. 129–140.

<sup>153</sup> Ks. näyttöratkaisun perustelemisesta Virolainen – Martikainen 2010, s. 253–353. Näyttöratkaisun perustelemisesta on laadittu myös väitöskirjatutkimus, jossa asiaa on tarkasteltu alioikeuksien näkökulmasta (Huovila, Mika: ”Periaatteet ja perustelut. Tutkimus käräjäoikeuden tuomion faktaperusteluista prosessuaalisten periaatteiden valossa arvioituna”, 2003).

esitetystä näytöstä, vaan punnittu kannanotto olennaisista kysymyksistä. Perusteleminen asianosaisia varten edellyttää kuitenkin harkintaan vaikuttaneiden seikkojen avointa esittämistä sekä sitä, että perustelut esitetään ymmärrettävällä tavalla. Perusteluilla on merkitystä myös yleisölle, muutoksenhakutuomioistuimelle ja esimerkiksi oikeustieteen tutkijoille, mutta heidän tiedonintressinsä on toissijaista verrattuna asianosaisiin.

### **7.3 Tuomari keskusteluun osallistujana**

”Tuomarin tärkein puheenvuoro virassa käsitellystä asiasta ilmenee tuomioistuimen ratkaisusta. Yhteiskunnalliseen tai tieteelliseen keskusteluun osallistuessaan tuomari muistaa virastaan johtuvat velvoitteet kuten pääätösneuvottelun salassapidon.”

Tuomarin osallistuminen yhteiskunnalliseen keskusteluun on ollut Suomessa harvinaista, ja perinteisesti tuomarit ovat pidättäytyneet julkisista kannanotoista oikeuspoliittisiin kysymyksiin. Rivituomareita herkemmin julkisuudessa ovat esiintyneet päällikkötuomarit, mikäli heidän johtamansa tuomioistuimen antama yksittäinen ratkaisu on joutunut poikkeuksellisen laajan julkisen keskustelun kohteeksi. Ylimpien tuomioistuimien päällikkötuomarit ovat lisäksi aika ajoin osallistuneet oikeuspoliittiseen keskusteluun tuoden siihen yleisempää oikeuslaitoksen näkökulmaa. Muutoin oikeudenkäyntejä hoitavat syyttäjät ja asianajajat ovat olleet aktiivisempia keskusteluun osallistujia. Tuomareiden näkymättömyys korostuu etenkin silloin, kun tiedotusvälineet uutisoivat jostakin oikeudenkäynnistä, jolloin tuomioistuimen antamaa ratkaisua saattavat kommentoida juttua hoitaneet syyttäjä ja asianajaja. Sen sijaan tuomarit ovat pidättäneet tämänkaltaiseen keskusteluun osallistumisesta.<sup>154</sup>

Tuomarin eettisten periaatteiden valmistelun yhteydessä toteutetussa oikeudenkäynnin osallisten kuulemistilaisuudessa (ks. luku 1.3.2) kiinnitettiin huomiota siihen, että eettisissä periaatteissa ei tulisi omaksua liian kategorista linjaa tuomarin yhteiskunnalliseen tai tieteelliseen keskusteluun osallistumiseen. Sittemmin muotoilua lievennettiin ja eettisissä periaatteissa pyritään ennemminkin ilmaisemaan reunaehtoja tällaiselle osallistumiselle kuin rajoittamaan sitä kokonaan. Eettisissä periaatteissa mainitaan erik-

<sup>154</sup> Tuomarikunnan pidättyvä suhtautuminen oikeuskäytännöstä keskustelemiseen heijastui myös palautteeseen, jota tuomarit antoivat keväällä 2012 esiteltyn periaateluonnokseen. Palautteissa toisaalta ymmärrettiin, että keskustelulla voidaan tarkoittaa hyvin monenlaisia aihepiirejä eikä tuomareita voida rajoittaa esimerkiksi harjoittamasta tieteellistä tutkimusta. Työryhmän vastauksessa tuotiin esille, että eettisillä periaatteilla ei ole tarkoitus ottaa kantaa siihen, pitääkö tuomarin olla aktiivinen tieteellisesti tai yhteiskunnallisesti. Ks. työryhmän vastaus 2012.



seen päätösneuvotteluiden salassapito. Muita huomioon otettavia seikkoja ovat vaatimus tuomarin riippumattomuudesta ja puolueettomuudesta sekä edellytys vaitiolosta virassa saaduista salassapidettävistä tiedoista, joihin päätösneuvotteluiden sisältö toki kuuluu.

Tuomarin tulee yleisesti ottaen suhtautua pidättyvästi siihen, että hän ryhtyisi omasta aloitteestaan käymään keskustelua sellaisesta asiasta, jonka ratkaisemiseen hän on osallistunut. Tuomarin tulee laatia antamansa ratkaisut niin, että niihin tutustumalla asianosaiset tai yleisö voivat päätellä, mihin ratkaisu perustuu. Väärinkäsitysiltä ei voi kuitenkaan aina välttyä, sillä kysymyksessä voi olla oikeudellisesti monimutkainen asia, josta ainakaan maallikoilla ei välttämättä ole edellytyksiä ottaa selkoa. On myös mahdollista, että ratkaisua kommentoiva tai uutisoiva taho tarkoituksella pyrkii luomaan virheellisen kuvan ratkaisusta. Tällä tavoin voidaan ajautua tilanteeseen, jossa tuomioistuimen taholta olisi sinänsä perusteltua oikaista selvästi virheelliset käsitykset, mutta toisaalta ratkaisun perusteet parhaiten tuntevalla henkilöllä eli ratkaisun antaneella tuomarilla on vain rajalliset mahdollisuudet osallistua keskusteluun.

Tuomarin keskusteluun osallistumista rajoittaa edellytys salassapidettävien tietojen suojaamisesta. Keskustelussa ei tule ainakaan ilmaista tuomioistuimen päätösneuvottelujen sisältöä eikä salassapidettävästä oikeudenkäyntiaineistosta ilmeneviä tietoja. Ratkaisusta käytävään keskusteluun osallistumista rajoittaa myös se, että tuomari ei saa leimautua keskusteluun osallistumisessa sillä tavoin, että hän ei enää kykene uskottavasti puolueettomana ratkaisuntekijänä käsittelemään vastaavankaltaisia asioita tulevaisuudessa. Tällainen tilanne voi syntyä esimerkiksi niin, jos tuomari ryhtyy ottamaan kantaa siihen, miten samankaltaisia asioita pitäisi yleisesti ottaen arvioida. Oikeudenkäynnin aikaista kommentointia luonnollisesti rajoittaa se, että tuomari ei saa osoittaa ennakoasennetta asianosaista kohtaan eikä ilmaista etukäteen sitä, miten hän tulee asian ratkaisemaan.<sup>155</sup> Sinällään ratkaisun tekemisen jälkeen vaatimus puolueettomuudesta ei ole yhtä korostunut, koska tuomari on jo ratkaisullaan tullut ilmaiseeksi oman kantansa asiaan.

Tuomarin osallistumista hänen tekemästään ratkaisusta käytävään keskusteluun on pidetty torjuttavana. On kuitenkin mahdollista, että kattavalle tiedonvälitykselle ja mielikuvien luomiselle perustuvassa maailmassa tuomioistuinten pysyttelemine keskustelun ulkopuolella ei ole enää toimiva vaihtoehto. Tuomioistuinten legitimitietin kannalta merkityksellistä on myös se, millä tavoin niihin kansalaismielipiteessä suhtaudutaan, eli nauttivatko tuomioistuimet kansalaisten enemmistön luottamusta. Luottamuksen kannalta ei ole yhdentekevää, millä tavoin tuomioistuinten toimintaa ja

<sup>155</sup> Tapanila 2007, s. 322–324.

yksittäisiä ratkaisuja julkisuudessa käsitellään. Tuomioistuimien toiminnan legitimitetin kannalta olisi eduksi, jos tuomioistuimilla olisi käytettävissä keinoit oikaista selvästi virheelliset tai tarkoitushakuiset kannanotot yksittäisistä ratkaisuista. Tähän voidaan pyrkiä ratkaisujen perusteluita kehittämällä, mutta tämän keinoit heikkoutena on, että monimutkaisia oikeudellisia kysymyksiä ei ole aina mahdollista laatia niin yksinkertaiseen muotoon ja kaikki taustatiedot tyhjentävästi ja ymmärrettävästi esittäen, että kuka tahansa kansalainen ne ymmärtäisi.

Ratkaisun tehnyt tuomari on varsin sidottu keskusteluun osallistumisessa, joten perustellumpaa olisi jättää yksittäisiä ratkaisuja koskevaan keskusteluun osallistuminen tuomioistuimen tiedottajalle tai jollekin nimetylle tuomarille, joka voi tarvittaessa taustoittaa annettuja ratkaisuja. Tällaisen järjestelyn hyvänä puoleena on, että ratkaisun tekemiseen osallistumattoman on helpompi pysytellä keskustelussa yleisellä tasolla menemättä salassapidettäviin tietoihin. Ratkaisua tehtäessä on mahdollista vaikuttaa julkisuuteen myös sillä tavoin, että ratkaisun tehnyt tuomari laatii antamastaan ratkaisusta tiedotteen, jossa ilmaistaan helppotajuisessa muodossa, mistä asiassa on ollut kysymys. Mikäli ratkaisun tehnyt tuomari osallistuu keskusteluun ratkaisun antamisen jälkeen, tulee osallistumisen tapahtua suunnitellusti ja tuomioistuimen edustajan roolissa eikä esimerkiksi osallistumalla oma-toimisesti kirjoitteluun yleisönosastolla tai internetin keskustelupalstalla.

Tuomarinvirka tai osallistuminen yksittäisten ratkaisujen tekemiseen ei ole esteenä sille, etteikö tuomari voisi osallistua yleiseen oikeuspoliittiseen, tieteelliseen tai yhteiskunnalliseen keskusteluun. Silloin kun keskustelu ei sivua virassa käsiteltyä asiaa, tuomari on vapaa edellä mainituista salassapidettäviin tietoihin liittyvistä rajoitteista. Hänen tulee kuitenkin muistaa, että kärjekäs mielipiteiden esittäminen voi olla haitallista tuomarinviran edellyttämän riippumattomuuden tai puolueettomuuden kannalta.<sup>156</sup> Tuomarin tulisi pysytellä keskustelussa yleisellä tasolla ja suhtautua varoen kommentointiin, joka liittyy johonkin toisen tuomarin tai tuomioistuimen käsittelemään asiaan taikka tuomarin käsittelemän asian asianosaisiin.

Sen sijaan mentäessä tuomioistuihin liittyvän oikeuspoliittisen keskustelun ulkopuolelle esimerkiksi yleiseen yhteiskunnalliseen keskusteluun tai tieteelliseen julkaisutoimintaan, tuomarin osallistumista voidaan pitää verraten ongelmattomana. On myös muistettava, että tuomarille on läh-  
tökohtaisesti taattu sananvapaus kuten muillekin yhteiskunnan jäsenille. Tältä kannalta olisi ongelmallista, jos tuomarinviran katsottaisiin olevan esteenä tavanomaiselle keskusteluun osallistumiselle ja mielipiteiden ilmaisemiselle. On vaikea perustella ainakaan tuomarin virkaan liittyvillä syillä sananvapauden rajoittamista silloin, jos se ei ole välttämätöntä

<sup>156</sup> Ks. Tapanila 2007, s. 312–314.

puolueettomuuden tai riippumattomuuden kannalta tai salassapidettävien tietojen turvaamiseksi.

## 8 LOPPUPÄÄTELMIÄ

Suomalaiset tuomarin eettiset periaatteet on laadittu osana laajempaa kansainvälistä ja eurooppalaista kehityskulkua, jossa tuomareille monen muun ammattikunnan tavoin on vahvistettu eettinen ohjeistus. Vaikka tuomarin ammattitoiminta on varsin kattavan normatiivisen sääntelyn kohteena, eettisten ohjeiden lähtökohta ja tarkoitus poikkeavat lainsäätäjän asettamasta normistosta. Eettiset ohjeet laaditaan ammattikunnan toimesta ja ne ovat siten yhteinen ilmaus siitä, minkälaisiin arvoihin ja eettisiin toimintatapoihin ammatin edustajat haluavat sitoutua. Tarkasteltaessa Suomessa vahvistettuja tuomarin eettisiä periaatteita yleisesti etiikan kannalta voidaan periaatteissa nähdä heijastumia etenkin hyve-etiikasta ja velvollisuusetiikasta. Hyve-etiikkaan liittyvät hyvän tuomarin ominaisuuksia koskevat kohdat, vaikka periaatteissa onkin ollut lähtökohtana, että jokaisella on mahdollisuus pyrkiä eettisesti korkeatasoiseen toimintaan. Hyve-etiikka sinällään sisältää vastaavan ajatuksen, jossa hyviä ominaisuuksia ei pidetä myötäsyntyisinä vaan tietoisien kilvoittelun kohteena.

Tuomarin eettisille periaatteille voidaan antaa myös velvollisuusetiikkaan liittyvä luonnehdinta, sillä kysymys on ammattikunnan määrittelemistä eettisen toiminnan suuntaviivoista, jolloin eettiseltä kannalta hyvälle ammattitoiminnalle on annettu toimijasta eli yksittäisestä tuomarista riippumaton merkityssisältö. Hyvän tuomarin toimintatapa on siten ammattikunnan itsensä yleisellä tasolla viitoittama eikä arvorelativismille ominaiseen tapaan jokaisen itsensä pääteltävissä ja päätettävissä. Kolmas etiikan laji eli utilitaristinen etiikka sulkeutuu pitkälti tarkastelun ulkopuolelle sikäli, että tuomarin tehtävän funktio tulee hahmottaa yhteiskunnan ja yhteisön edun kautta eikä olennaista ole tuomarin itsensä tehtävästä saama hyöty. Voidaan pikemminkin sanoa, että utilitaristisella punninnalla saavutettaisiin varsin toiseen suuntaan käyviä periaatelausumia jopa niin, että utilitaristisella argumentoinnilla päädyttäisiin tuomarin yhteiskunnallisen tehtävän kannalta ristiriitaiseen tilanteeseen. Hyvän tuomarin toiminta nähtäisiin tällöin tuomarin etujen kannalta, vaikka periaatteissa nimenomaisesti poissuljetaan tuomarinviran käyttäminen tuomarin omien etujen tavoittelemiseksi.

Kansainvälisessä katsannossa tuomarin eettiset periaatteet noudattelevat pääosin kansainvälisiä esikuvia, joskin niissä on selviä suomalaisesta oikeusperinteestä johtuvia painotuksia sekä periaatteiden valmisteluvaiheessa

käytyjen keskustelujen tuloksena syntyneitä oivalluksia. Vertailukelpoissa maissa vahvistetut tuomarin eettiset periaatteet edustavat erilaisia lähestymistapoja, joskin valtaosassa tarkastelluista maista periaatteet on Suomen tavoin laadittu luetteloksi noudatettavista periaatteista, joita on lyhyesti sanallisesti kuvattu. Tässä suhteessa Ruotsi ja Schleswig-Holstein ovat poikkeuksia, sillä niissä periaatteilla on ymmärretty keskustelevaa prosessia, jossa etukäteen annettua ovat vain keskustelun kysymyksenasettelut. Suomessa periaatteiden valmistelun alkuvaiheessa on tehty tietoinen valinta lähestymistavasta ja toteutunutta periaatteiden valmisteluprosessia on leimannut tuomarikunnan edustajista koostuneen valmisteluryhmän aktiivinen rooli, tuomarikunnalle ja sidosryhmille suunnatut kuulemiset sekä eettisen näkökulman painottaminen normatiivisen lähestymisen sijaan.

Tarkasteltaessa periaatteita yksitellen ja haettaessa esimerkkejä käytännön tuomarin työkentältä voidaan havaita, että ei ole lopulta kovin vaikea löytää sellaisia tilanteita, joissa tuomari joutuu eettisten pohdintojen äärelle. Tuomari työskentelee inhimillisten peruskysymysten äärellä ja joutuu työssään jatkuvasti valintatilanteiden eteen. Eettisten suuntaviivojen asettaminen ei lopulta ole erityisen vaativaa, ja monessa tilanteessa vaikuttaa verraten selkeästi hahmottuvalta, mikä vaihtoehtoista on eettisesti painavimmin perusteltavissa. Todellinen haaste tulee kuitenkin siitä, että eettisesti perustelluin vaihtoehto ei useinkaan ole helpoimmin toteutettavissa. Eettisestä näkökulmasta kiinni pitävä tuomari saattaa joutua toimimaan vastoin omaa etuaan tai aiheuttaa riskin siitä, että hän joutuu valintojensa seurauksena huonoon valoon asianosaisten, ammattikollegojen tai yleisön silmissä. Eettisesti korkeatasoiset valinnat eivät ole välttämättä niitä, joista tuomaria kiitetään tai ansiomerkein muistetaan. Inhimillinen heikkous voi estää tuomaria toimimasta oikein, vaikka hän tykönään hyvin tietäisikin, miten hänen pitäisi toimia.

Tuomarin eettiset periaatteet luovat sikäli hyvän pohjan tuomareiden eettisille pohdinnoille ja tuomarin etiikasta käytävälle keskustelulle, että ne edustavat tuomarikunnan yksimielisesti julkilausumaa käsitystä eettisestä toiminnasta. Koska periaatteet laatinut ja vahvistanut Tuomariliitto ei ole asettanut mitään toimielintä seuraamaan tuomarikunnan toiminnan eettisyyttä tai yleistä ammattietiikkaan liittyvää kehitystä, on vaarana, että vahvistetut eettiset periaatteet unohdetaan eikä niistä tule sellaista lähdettä, josta tuomarit hakevat tukea ammattinsa valintatilanteissa. Tältä kannalta ajateltuna eettisten periaatteiden esillä pitäminen niin lakimieheksi koulutautuvien kuin täydennyskoulutusta hankkivien tuomareiden joukossa on keskeinen keino ylläpitää keskustelua eettisistä kysymyksistä. Eettisistä periaatteista keskusteleminen ei saa päättyä periaatteiden julkaisemiseen, vaan sen tulisi vasta alkaa siitä, kun keskustelun pohjaksi on saatu ajanta-

sainen ja käytännönläheinen julkaisu eettisistä periaatteista. Lopultahan eettisesti oikeat valinnat tehdään kunkin tuomarin oman harkinnan pohjalta, joihin eettiset julkilausumat voivat vaikuttaa tai olla vaikuttamatta. Tämän on oivallisesti kiteyttänyt eettisten periaatteiden valmistelutyöryhmää luottanut Tapani Vasama, jonka mukaan eettisesti korkeatasoisen toiminnan perusta on tuomari, joka tunnistaa eettiset näkökohdat, tuntee toimintaansa ohjaavat periaatteet ja sitoutuu niitä noudattamaan.

## LÄHTEET

### Kirjallisuus

- Aarnio, Aulis*: Tulkinnan taito – ajatuksia oikeudesta, oikeustieteestä ja yhteiskunnasta. Vantaa 2006.
- Aarnio, Aulis*: Hyvän asianajotavan eettinen perustelu. Defensor Legis 5/2010, s. 541–547.
- Airaksinen, Timo*: Moraalifilosofia. 3. painos. Juva 1993.
- Airaksinen, Timo*: Ammattien etiikan filosofiset perusteet. Teoksessa Airaksinen, Timo (toim.), Ammattien ja ansaitsemisen etiikka. 2. painos. Helsinki 1992, s. 19–60.
- Aristoteles*: Nikomakhoksen etiikka. Suom. Simo Knuuttila. Juva 1981.
- Asianajajatutkimus 2012. Suomen Asianajajaliiton julkaisuja. – [Http://www.asianajajat.fi/viestinta/asianajajatutkimus\\_2012](http://www.asianajajat.fi/viestinta/asianajajatutkimus_2012).
- Björne, Lars*: ”... syihin ja lakiin eikä mielivaltaan...” – Tutkimus Turun hovioikeuden poliittisista oikeudenkäynneistä vuosina 1918–1939. Vammala 1977.
- Blomstedt, Yrjö*: Tuomarinohjeet oikeusperinteessämme. Teoksessa Olavus Petri: Tuomarinohjeet. 2. uudistettu painos. Helsinki 2001.
- Einarsdottir, Ingveldur*: Krav och förväntningar på den moderna domaren. 39. Pohjoismaisen juristikokouksen pöytäkirja 2011, s. 59–62.
- Etiske regler for dommere – utkast fra arbeidsgruppe oppnevnt av Domstoladministrasjonen. Oslo 2007. – [Http://www.domstol.no/Nar-jeg-skal-i-retten/Aktorene-i-retten/Dommere/Etiske-prinsipper-for-dommeratferd/](http://www.domstol.no/Nar-jeg-skal-i-retten/Aktorene-i-retten/Dommere/Etiske-prinsipper-for-dommeratferd/) (28.12.2012).
- Frände, Dan – Havansi, Erkki – Helenius, Dan – Koulu, Risto – Lappalainen, Juha – Lindfors, Heidi – Niemi, Johanna – Rautio, Jaakko – Virolainen, Jyrki*: Prosessioikeus. 4. uudistettu painos. Helsinki 2012.
- Harva, Urpo*: Etiikka. Porvoo 1958.
- Hirschfeldt, Johan*: Domareetik – fyra grundsatser och många frågor. Svensk Jurist Tidning 2011, s. 517–526.
- Huovila, Mika*: Periaatteet ja perustelut – tutkimus kärjäoikeuden tuomion faktaperusteista prosessuaalisten periaatteiden valossa arvioituna. Jyväskylä 2003.
- Jyränki, Antero*: Valta ja vapaus – valtiosääntöoikeuden yleisiä kysymyksiä. 3. uudistettu painos. Jyväskylä 2003.
- Kekkonen, Jukka*: Laillisuuden haaksirikko – rikosoikeudenkäyttö Suomessa 1918. Tampere 1991.

- Kuusimäki, Matti – Toiviainen, Raija:* Arvot syyttäjälaitoksessa. Julkaisussa Arvot ja pe-  
riaatteet. Valtakunnansyyttäjänviraston julkaisusarja nro 5, 2007.
- Laitinen, Ahti – Launis, Veikko:* Juridiikka ja etiikka – johdatus juristin ammattietiikkaan.  
Helsinki 1996.
- Lappi-Seppälä, Tapio:* Rikosten seuraamukset. Porvoo 2000.
- Mäenpää, Olli:* Hallintoprosessioikeus. Porvoo 2005.
- Niiniluoto, Ilkka:* Totuuden rakastaminen – tieteenfilosofisia esseitä. Keuruu 2003.
- Nozick, Robert:* Anarchy, state and utopia. New York 1974.
- Ollila, Maija-Riitta:* Erheitä ja virheitä. Juva 2002.
- Pellonpää, Matti – Gullans, Monica – Pölönen, Pasi – Tapanila, Antti:* Euroopan ihmis-  
oikeussopimus. 5. uudistettu painos. Liettua 2012.
- Pietarinen, Juhani:* Platonin filosofia. Rauma 2001.
- Pursiainen, Terho:* Ammattien etiikka. Defensor Legis 1/2001, s. 31–50.
- Rentto, Juha-Pekka:* Moraali, teoksessa Encyclopedia Iuridica Fennica VII. Jyväskylä  
1999, s. 481–497.
- Rentto, Juha-Pekka:* Laillinen esivalta – puhdas valtio- ja oikeusoppi Lutherin mukaan.  
Lakimies 5/2012, s. 677–698.
- Sandgren, Claes:* Etiska riktlinjer för domare och åklagare. Juridisk Tidskrift 2009, s.  
752–765.
- Tapanila, Antti:* Tuomarin esteellisyys. Jyväskylä 2007.
- Tapanila, Antti:* Oikeudenkäynnin julkisuus riita- ja rikosasioissa. Helsinki 2009.  
Tuomioistuinlaitoksen kehittämiskomitean mietintö KM 2003:3.
- Utgård, Karl Arne:* Etiske prinsipp for dommaråtfærd. Foredrag på årsmøtet i Den norske  
Dommerforening 1.10.2010. – [Http://www.domstol.no/Nar-jeg-skal-i-retten/Ak-  
torene-i-retten/Dommere/Etiske-prinsipper-for-dommeratferd/](http://www.domstol.no/Nar-jeg-skal-i-retten/Ak-<br/>torene-i-retten/Dommere/Etiske-prinsipper-for-dommeratferd/) (28.12.2012).
- Virolainen, Jyrki:* Lainkäyttö – oikeudenkäynnin perusteet ja lainkäyttöelimet siviili- ja  
rikosprosessissa. Helsinki 1995.
- Virolainen, Jyrki – Martikainen, Petri:* Pro & contra – tuomion perustelemisen keskeisiä  
kysymyksiä. Saarijärvi 2003.
- Virolainen, Jyrki – Martikainen, Petri:* Tuomion perustelemisen. Hämeenlinna 2010.
- Virolainen, Jyrki – Pölönen, Pasi:* Rikosprosessin osalliset. Porvoo 2004.

## **Julkaistut ammattieettiset ohjeet ja kannanotot**

- Bangalore principles of Judicial Conduct 2003.  
CCJE Opinion 3 (2002).  
CCJE Opinion 3 (2010) ”Magna Charta of Judges”.  
CCJE Opinion 12 (2010).  
ENCJ Recommendation 12 (2010).  
Ethical principles for Judges 1998, Kanada.  
Etiske prinsipper for dommeratferd 2010, Norja.  
Greco fourth evaluation round, evaluation report Finland 27.3.2013.  
Guide to Judicial Conduct 2011, Englanti ja Wales.  
Hyvää asianajajatapaa koskevat ohjeet 15.1.2009.

Journalistin ohjeet 2011.

Judicial Ethics Report 2009–2010 ENCJ working group 2011.

Statement of Principles of Judicial Ethics for the Scottish Judiciary 2010, Skotlanti.

Terveystuollon yhteinen arvopohja, yhteiset tavoitteet ja periaatteet, ETENE julkaisu 1, 2001.

Tuomarin eettiset periaatteet 2012, Suomi.

The Wels Declaration of Ethics 2007, Itävalta.

### **Tuomarin eettisiä periaatteita valmistelleen työryhmän asiakirjat**

Kuulemistilaisuus 2011, muistio 31.1.2011 lainkäytön osallisille järjestetystä kuulemistilaisuudesta.

Luonnos periaatteista 2010, työryhmän luonnos periaatteista 2.11.2010.

Muistio tuomarietiikasta 2010, Suomen Tuomariliitto ry:n ja Korkeimpien oikeuksien tuomarien yhdistyksen hallituksille 23.12.2010.

Pöytäkirja 2.3.2011, työryhmän kokouspöytäkirja.

Työryhmän vastaus 2012, kevään 2012 kuulemiseen osallistuneille tahoille toimitettu työryhmän vastauskirjelmä 22.3.2012.

## LIITE: PERIAATTEET

### **Riippumattomuus ja puolueettomuus**

1. Tuomari on uskollinen antamalleen tuomarinvalalle tai -vakuutukselle. Tuomari sitoutuu oikeusvaltioperiaatteeseen sekä ihmis- ja perusoikeuksien kunnioittamiseen. Tuomari ei ylitä laillisuuden tai harkintavaltansa rajoja.
2. Tuomari on lainkäyttötehtävässään riippumaton lakiasäätävästä ja toimeenpanevasta valtiovallasta. Tuomarin riippumattomuus edellyttää lisäksi vapautta sidoksista muihin yhteiskunnallisiin vallankäyttajiin, kuten politiikan, talouselämän ja tiedotusvälineiden edustajiin. Tuomarin riippumattomuus on tarkoitettu oikeudenkäynnin asianosaisten turvaksi ja suojaamaan kansalaisia epäasianmukaiselta vallankäytöltä. Riippumattomuutta ei ole tarkoitettu suojaamaan tuomarin omia etuja.
3. Tuomari on puolueeton. Tuomari suorittaa virkatehtävänsä pelkäämättä muiden reaktioita, ilman ennakkoasenteita ja säilyttäen puolueettomuutensa. Yksittäisessä oikeudenkäynnissä tuomari ei ole julkisen keskustelun ja painostusryhmien ohjailtavissa. Tuomari ei suosi eikä syrji ketään virkatehtäviään hoitaessaan. Tuomarin tai hänen lähipiirinsä henkilökohtainen etu tai vahinko ei saa vaikuttaa hänen työhönsä.
4. Tuomarin toiminta ja käyttäytyminen vahvistaa luottamusta siihen, että hänen ammattitoimintansa perustuu lakiin ja oikeudenmukaisuuteen. Tuomari huolehtii siitä, että hänen käyttäytymisensä myöskään yksityiselämässä ei vaaranna hänen puolueettomuuttaan eikä luottamusta tuomarin viran hoitoon.
5. Tuomarilla on sanan- ja yhdistymisvapaus kuten muillakin yhteiskunnan jäsenillä. Näitä vapauksia käyttäessään tuomari ottaa huomioon virkansa vastuullisuuden sekä tuomioistuimen riippumattomuuden, puolueettomuuden ja tasapuolisuuden.

### **Oikeamielisyys**

6. Tuomari toteuttaa oikeamielisyyttä päätöksenteossaan ja käytöksessään. Tuomari perustaa antamansa ratkaisut huolelliseen ja tasapuoliseen harkintaan.
7. Tuomari kunnioittaa kaikkien inhimillistä arvokkuutta. Tuomari suhtautuu oikeudenkäytön osallisiin, oikeudenkäyntien yleisöön, ammattikollegoihin ja työyhteisön jäseniin arvostavasti ja kohteliaasti tavalla, joka ei vahingoita tuomioistuimen arvoa.



8. Tuomari kohtelee kaikkia asianosaisia tasapuolisesti ja yhdenvertaisesti kuitenkin ottaen huomioon heidän erilaisuutensa. Tuomari ei suhtaudu kehenkään oikeutta hakevaan väheksyvästi tai ylimielisesti. Tuomari ottaa huomioon kaikkien asiaan osallisten sanottavan, mutta on velvollinen tarvittaessa rajoittamaan oikeudenkäyntiin osallistuvien esiintymistä.

9. Tuomari pyrkii luomaan oikeudenkäyntiin asiallisen, avoimen ja asian laatuun sopivan ilmapiirin.

### **Ammattitaito**

10. Tuomarin ammattitaito ilmenee hänen oikeutta koskevissa tiedoissaan ja ymmärryksessään. Tuomari pitää yllä ja täydentää ammattitietojaan ja -taitojaan jatkuvasti.

11. Tuomari hoitaa virkatehtävänsä ahkerasti ja tunnollisesti tiedostaen, että asiaan osalliselle on tärkeää saada perusteellisesti harkittu ja punnittu ratkaisu kohtuullisessa ajassa.

12. Tuomarin työn vaativuuden takia on tärkeää, että tuomari huolehtii työkykynsä ylläpitämisestä. Tuomari kantaa osaltaan vastuunsa työyhteisönsä hyvinvoinnista.

13. Tuomari tekee työtään avoimin mielin ja ennakkoluulottomasti. Tuomari kiinnittää huomiota selkeään suulliseen ja kirjalliseen ilmaisuun sekä kuuntelemisen taitoon.

### **Avoimuus**

14. Tuomari toimii niin, että asiaan osalliset ja yleisö saavat oikeudenkäynnin julkisuusperiaatteen edellyttämät tiedot oikeudenkäynnistä. Tuomari pyrkii laatimaan tuomioistuimen ratkaisun niin, että se on selkeä, seikkaperäinen ja ymmärrettävä.

15. Tuomarin tärkein puheenvuoro virassa käsitellystä asiasta ilmenee tuomioistuimen ratkaisusta. Yhteiskunnalliseen tai tieteelliseen keskusteluun osallistuessaan tuomari muistaa virastaan johtuvat velvoitteet kuten päätösneuvottelun salassapidon.

## ETHICAL PRINCIPLES FOR JUDGES

In Finland, the Association of Judges adopted the ethical principles for judges in May 2012. Principles were drafted by a working group consisting of lawyers and judges working in different courts. Principles were formally released on 12 October 2012 at the Judge's Day event.

This article concerning ethical principles for judges has three main objectives. The first and foremost is to evaluate how the ethical principles will affect practical working assignments of a judge. Ethical rules for judges has a long history since already ancient written sources, for example legal scriptures of the Romans and the Bible contains statements for a judge's professional conduct.

Ethical principles have also a strong connection to professional ethics in different fields of legal activities. Therefore it is necessary to compare judges' ethical principles to professional ethics for advocates and prosecutors. Common aspects of professional ethics are also taken into account, as well as judges' ethical rules in different countries especially in Scandinavia and Northern Europe.

Ethical principles are understood as ethical guidelines, not as a purely legal phenomenon. Finnish ethical principles for judges are formulated in a rather abstract manner. The idea behind principles is to provide judges with an utility for the identification and interpretation of ethical questions.

Ethical principles concern topics such as judges' impartiality and independence, righteousness, professional skills and openness. Independence is understood as a structural phenomenon and impartiality as a requirement which has to be fulfilled in each trial. Questions of legality and respect of human and fundamental rights are examined as basic elements of judicial independence. Since Finland has a long-standing tradition of strict obedience for legislation in judicial interpretation, it may cause strains when a judge must found his decisions ultimately on human or fundamental rights.

Judges' impartiality requires that a judge shall not, for example, have such secondary occupation which could cause interference with his position in office. In Finland judges may act as arbitrators, which can be seen incompatible with their official duties, since arbitration duties may establish ties to the interests of business. Also certain memberships of associations, freemasonry as a case in point, could be considered problematic when impartiality is required.

Righteousness is understood as a profound understanding of society and its legal framework. Compared to other legal professions, a judge has to have an extensive and thorough knowledge of jurisdiction in order to be

able to solve conflicts between individuals or between an individual and the state. A judge is also bound to legislation and his decisions have to be based on law instead of his personal opinions or affections.

Since society and legislation are objects of constant change, a judge is required to have the ability to learn new knowledge and skills. In Finland, advocates and prosecutors have an obligation to participate in professional training, but for judges it has been voluntary and specialization of judges for certain fields of law may be rather casual depending on the court a judge is working for.

The last topic considered is openness, which has a strong connection to the interests of publicity and media, which can be seen as a principal source of information on court activities among citizens. A judge must be prepared to take into account publicity, which can be promoted in various ways even in cases where publicity must be restricted in order to protect right to privacy, as for example in criminal cases concerning sexual offences.

The ethical principles for judges in Finland can be seen as part of an international process. Ethical principles have their models in recommendations of European institutions, which have drafted ethical principles for judges among other legal professions. Finnish ethical principles have features similar to ethical principles in Norway and Austria, but also purely national features can be found. Newly adopted ethical principles form a practical utility for ethically justified choices and also give a foundation for continuous discussion on ethical topics relevant in judges' professional conduct. In the end it has to be underlined that ethically sound judiciary is built on judges who are aware of ethical considerations and committed to observing ethical principles.

---

# Kirjoittajat

## **Kati Marjasuo**

OTM, YTM, yhtiölakimies, NCC Rakennus Oy

## **Anne Nenonen**

OTL, VT, esittelijäneuvos, korkein hallinto-oikeus

## **Pekka Savola**

TkL, OTM, Legal Counsel, CSC – Tieteen tietotekniikan keskus Oy

## **Antti Tapanila**

OTT, ma. kärjätuomari, Pirkanmaan kärjäoikeus